

DIRITTO DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

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

Publicazione trimestrale - sped. in a.p. - art. 2 comma 20/b legge 662/96 - Filiale di Varese

Ricerche
Contrattazione collettiva europea
Il lavoro degli extracomunitari
Servizi per l'impiego ed esternalizzazione del lavoro

Interventi
La applicazione del D.Lgs. 626/1994

Rassegne
Giurisprudenza italiana:
licenziamento illegittimo e risarcimento del danno
accertamenti sanitari in fase di preassunzione
Giurisprudenza straniera:
le conseguenze della inidoneità al lavoro in Francia
Contrattazione collettiva straniera:
la clausola di sganciamento salariale in Spagna

Diritto delle relazioni industriali

rivista della Associazione Lavoro e Ricerche -ALAR
anno 9 - numero 3 - luglio 1999

Indice

Federico Mancini: un Maestro di cultura <i>di Marco Biagi</i>	pag. 293	Editoriale
Diritto comunitario del lavoro e contrattazione collettiva europea		Ricerche
Diversità di ispirazione e contenuti normativi fra l'organizzazione internazionale del lavoro e l'ordinamento comunitario europeo <i>di Pietro Ichino</i>	pag. 295	
Contrattazione collettiva europea e rappresentatività cumulativa sufficiente <i>di Alessandro Bellavista</i>	pag. 301	
Il lavoro degli extracomunitari		Ricerche
Le politiche dell'immigrazione in Italia in base alla Legge n. 40/1998 <i>di Maria-rosaria Damiani</i>	pag. 311	
Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi <i>di Laura Castelvetti</i>	pag. 321	
Servizi per l'impiego ed esternalizzazione del lavoro		Ricerche
Il decentramento dei servizi per l'impiego. Un impegno comune per il cambiamento <i>di Paola Chiari, Elena D'Angelo, Angela Dipino</i>	pag. 333	
« Esternalizzazioni » e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce <i>di Franco Scarpelli</i>	pag. 351	
La applicazione del D.Lgs. 626/1994		Interventi
La sicurezza sul lavoro negli appalti pubblici dopo la Legge Merloni <i>ter di Andrea Ferruti</i>	pag. 369	
Osservatorio sulla giurisprudenza italiana		Rassegne: la giurisprudenza italiana
Rilevanza dell'assenza di colpa del datore di lavoro in ipotesi di risarcimento del danno conseguente a licenziamento illegittimo <i>di Matteo Golferini</i>	pag. 379	
Accertamenti sanitari in fase di preassunzione: è tempo di un intervento legislativo? <i>di Paola Villani</i>	pag. 387	

La giurisprudenza straniera	Osservatorio sulla giurisprudenza straniera	
	Le conseguenze della inidoneità al lavoro nella giurisprudenza francese <i>di Clara Enrico Lucifredi</i>	pag. 393
La contrattazione collettiva straniera	Osservatorio sulla contrattazione straniera	
	Nuove forme di flessibilità del mercato del lavoro spagnolo: la clausola di sganciamento salariale <i>di Carmen Agut García</i>	pag. 399
	Abbreviazioni	pag. 409
	Notizie sugli autori	pag. 411

Federico Mancini: un Maestro di cultura

Marco Biagi

Federico Mancini non è stato per me solo un Maestro nel senso accademico del termine. Fin dall'inizio il nostro rapporto fu molto intenso (in particolare negli anni Settanta e Ottanta, prima dei suoi impegni a livello comunitario) soprattutto per la componente extrauniversitaria. Politica, molta politica: quante volte ho letto in anteprima i suoi bellissimi articoli per i giornali con cui collaborò, in quante occasioni abbiamo rivisto assieme qualche progetto che aveva preparato nell'ambito della sua collaborazione con il Partito socialista. Certo, anch'io come tutti gli allievi, portavo a Federico i miei lavori scientifici ed aspettavo con ansia il giudizio. Ma la conversazione scivolava inesorabilmente sull'attualità, per poi concludersi con giri di orizzonte di politica internazionale. Ecco perché ricorderò sempre Federico come un Maestro di cultura, e non solo di Università.

Tutti gli anni Settanta, prima degli incarichi romani e comunitari, furono anni di intensissima frequentazione personale. Non solo universitaria. Anzi, tra gli allievi di Federico forse sono stato il più coinvolto nel suo impegno politico. Abbiamo vissuto (talvolta con perplessità, più spesso con convinzione) gli anni del socialismo craxiano. Per la prima volta vidi come un intellettuale, un grande uomo di cultura come fu Federico Mancini, interloquiva con il potere. Federico non fu solo un prezioso consigliere in materie istituzionali di leaders politici o di uomini di Governo: fu soprattutto un grande intellettuale, un vero Maestro di cultura. E, dotato di una cultura enciclopedica, con una capacità linguistica che aveva dell'incredibile, stupiva tutti, impressionava il prossimo, influenzandone profondamente il comportamento e le decisioni.

Federico Mancini è stato sicuramente un uomo di grande fascino, dovuto al possesso di una cultura superiore. Un vero Maestro di cultura che prima contribuì a dare definitiva dignità scientifica ad una materia ancora in cerca di affermazione, ed in seguito lasciò anche in ambienti extrauniversitari un'impronta altrettanto indelebile. Anche perché non credo di aver mai letto una prosa così superba, perfetta, ancora una volta affascinante come la sua. Trattasse di diritto del lavoro o di politica, lo stile era sempre impeccabile.

A Federico Mancini ero molto legato al di là ed oltre il rapporto accademico. Anche il nostro ultimo colloquio si era incentrato, poche settimane prima della morte, sui due temi che ci hanno sempre legato: la politica e le esperienze internazionali. Continuare a coltivare questi interessi, caro Federico, sarà sempre un modo per ricordarti, per sentirti ancora vicino. Non più con i tuoi consigli, ma sempre con il tuo modello.

Diversità di ispirazione e contenuti normativi fra l'organizzazione internazionale del lavoro e l'ordinamento comunitario europeo (*)

Pietro Ichino

Sommario

1. La distorsione monopsonistica nel mercato del lavoro originario e in quello maturo. **2.** L'Organizzazione Internazionale del Lavoro come risposta al monopsonio strutturale. **3.** Il diritto comunitario del lavoro come risposta al monopsonio dinamico. **4.** Disarmonia e armonizzazione fra i due ordinamenti. **5.** Una considerazione conclusiva.

1. La distorsione monopsonistica nel mercato del lavoro originario e in quello maturo.

Tra le diverse ragioni d'essere economico-sociali dell'intervento protettivo dell'ordinamento giuridico in materia di lavoro, la più rilevante è sempre consistita nella correzione di una disfunzione del mercato che gli economisti indicano come « distorsione monopsonistica ». Nella prima fase dello sviluppo industriale quella distorsione è causata dall'unicità, nel mercato del lavoro locale, dell'impresa che cerca manodopera, a fronte di un'offerta largamente sovrabbondante: cioè da una situazione di *monopsonio strutturale*. Nella fase di maturità dello sviluppo industriale, invece, scomparso o divenuto marginale quel dato strutturale, la distorsione monopsonistica è causata principalmente da una asimmetria informativa: l'imprenditore è dotato di una capacità di scelta assai più ampia in conseguenza della sua frequentazione continuativa e professionale del mercato, nonché della rete informativa articolata ed estesa di cui solitamente dispone, mentre il lavoratore si trova per lo più ad affrontare il mercato soltanto episodicamente, disponendo delle scarse informazioni sulla domanda ottenibili attraverso reti informative parentali e amicali, e talvolta neppure di quelle; egli, inoltre, ha sovente compiuto un investimento in capacità produttive personali il cui rendimento è massimo nell'organizzazione in funzione della quale esso è stato compiuto, ma si riduce notevolmente in organizzazioni diverse, penalizzando fortemente la mobilità dello stesso lavoratore. Questo insieme di fattori, che è causa di uno squilibrio analogo a quello causato dal monopsonio strutturale nelle possibilità di scelta — quindi nel potere contrattuale — delle due parti del rapporto di lavoro, dà luogo a una situazione di mercato che gli economisti indicano col termine *monopsonio dinamico*.

Alla duplice possibile causa della distorsione monopsonistica corrisponde una diversità di possibili interventi correttivi:

— in una situazione di monopsonio strutturale le misure più efficaci consistono nell'imposizione inderogabile, mediante legge o contratto collettivo, di standard minimi di trattamento; questa, però, è suscettibile di trasformarsi, in conseguenza dell'evoluzione della struttura del mercato del lavoro e/o di un innalzamento eccessivo degli standard minimi, in una causa di diminuzione dei livelli occupazionali e in un ostacolo grave all'accesso al lavoro

note

(*) È il testo, corredato delle note, dell'intervento svolto dall'A. al Congresso internazionale di sociologia del diritto su *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, svoltosi a Courmayeur il 10 e 11 settembre 1998.

Diversità di ispirazione e contenuti normativi

Pietro Ichino

regolare per chi ne è escluso, con la conseguente “dualizzazione” del mercato del lavoro caratteristica di numerosi sistemi economici sviluppati;

— in una situazione di monopsonio dinamico, invece, le misure correttive più efficaci — oltre che esenti dal rischio di produrre quell’effetto indesiderato — consistono nell’attivazione di servizi di informazione, formazione professionale e assistenza alla mobilità nel mercato, capaci di incrementare la possibilità di scelta del lavoratore (quella che negli ultimi anni ha preso a essere indicata col termine *employability*) e quindi il suo potere negoziale effettivo.

2. L’Organizzazione Internazionale del Lavoro come risposta al monopsonio strutturale.

L’Organizzazione Internazionale del Lavoro è nata all’indomani della rivoluzione russa e della conclusione del primo conflitto mondiale, in un contesto economico planetario che vedeva prevalere ancora quasi ovunque condizioni di monopsonio strutturale nei mercati del lavoro, anche là dove il processo di industrializzazione era più avanzato. Scopo dell’Organizzazione era la promozione di accordi tra il maggior numero possibile di Stati di ogni parte del mondo, che, impedendo una concorrenza internazionale fra le imprese fondata sul peggioramento delle condizioni del lavoro, favorissero il diffondersi universale di standard minimi di trattamento sempre più elevati: obiettivo che è stato perseguito con la progressiva costruzione di un imponente sistema di convenzioni internazionali e di raccomandazioni, fundamentalmente ispirato alla logica della correzione della distorsione monopsonistica mediante la regolamentazione eteronoma — di fonte legislativa o collettiva — dei rapporti individuali di lavoro.

Il diritto del lavoro di cui l’O.I.L., fin dal suo nascere, ha promosso la diffusione su scala planetaria è un ordinamento che privilegia un modello di rapporto individuale tendenzialmente stabile, con una retribuzione non inferiore a minimi fissati con effetto generale per legge o per contratto collettivo, con una precisa disciplina del tempo di lavoro e del riposo giornaliero, settimanale e annuale, con una retribuzione non inferiore a determinati standard nazionali o regionali, con diritto alla conservazione del posto e di una parte almeno della retribuzione in caso di malattia, infortunio o maternità. Quando poi, negli ultimi decenni, le condizioni di monopsonio strutturale — pur sempre dominanti in zone vastissime, dall’America meridionale all’Africa, all’Asia centro-meridionale — sono andate invece progressivamente marginalizzandosi nei Paesi di più antica industrializzazione europei, nord-americani e del Pacifico occidentale, l’O.I.L. si è trovata a dover difendere il proprio grande sistema di standard minimi, concepito in funzione della protezione del lavoro nel mercato originario e tuttora necessario in gran parte del pianeta, ma per molti aspetti ormai inadatto nella parte più sviluppata, dove i suoi effetti pratici possono subire la « mutazione genetica » di cui si è detto.

Alle tensioni e sfasature tradizionali fra gli standard promossi dall’O.I.L. e quelli praticati dai Paesi in via di sviluppo meno sensibili all’esigenza di protezione del lavoro, è venuta così aggiungendosi la tensione fra la filosofia complessivamente sottesa al sistema protettivo patrocinato dall’O.I.L. e le politiche del lavoro di molti fra i Paesi più sviluppati, tendenti a spostare il baricentro del sistema dalla protezione del lavoratore in azienda, mediante la regolamentazione inderogabile del rapporto contrattuale, alla sua protezione nel mercato, mirata a garantirgli la massima possibile libertà negoziale effettiva.

3. Il diritto comunitario del lavoro come risposta al monopsonio dinamico.

Diversa, per questo aspetto, è la vicenda di un’altra organizzazione internazionale a cui pure l’Italia appartiene: la Comunità europea, che è stata fondata quasi quarant’anni più tardi rispetto all’O.I.L., da un gruppo di nazioni tra le più sviluppate e ricche del mondo.

Anche l’atto costitutivo di questa organizzazione indica tra le sue finalità quella di « promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera che consenta la loro parificazione nel progresso » (art. 117 del Trattato di Roma); e anche questa organizzazione si propone di impedire che la competizione fra le imprese nell’area di sua competenza si giochi in tutto o in parte sul terreno della riduzione degli standard di trattamento dei lavoratori. Ma nel mercato del lavoro della Comunità europea il monopsonio strutturale costituisce un fenomeno sempre più isolato e marginale.

Ne consegue che, mentre, per un verso, i *policy makers* comunitari tendono a individuare le

cause principali della debolezza contrattuale dei lavoratori soprattutto nei difetti di informazione, formazione e mobilità che riducono le possibilità effettive di scelta di questi ultimi nel pur ricco mercato del lavoro continentale, per altro verso è sempre più nitidamente avvertito — e studiato, sul piano teorico come su quello empirico — il rischio che un eccesso nell'attivazione degli strumenti tradizionali di protezione del lavoro finisca col pregiudicare la mobilità del lavoro necessaria e col produrre effetti contrari all'obiettivo della piena occupazione, o comunque di dualizzazione del mercato.

È accaduto così che l'obiettivo dell'armonizzazione « nel progresso » (cioè “verso l'alto”) delle normative sociali proprie degli Stati membri, pur enunciato — come si è visto — fin dal trattato istitutivo, sia stato di fatto perseguito quasi esclusivamente sul terreno del divieto di discriminazioni fra uomini e donne e su quello dell'igiene e sicurezza del lavoro, registrandosi per il resto soltanto negli ultimi anni l'avvio di un — meno ambizioso — processo di riavvicinamento delle discipline nazionali del rapporto di lavoro, che tuttavia non appare affatto univocamente orientato nel senso della generalizzazione degli standard inderogabili più elevati. I campi nei quali invece la Comunità europea si è impegnata maggiormente fin dall'inizio della sua esistenza, per quel che riguarda la politica del lavoro, sono stati: quello della garanzia formale della libera circolazione delle persone tra i Paesi membri, con il suo ovvio corollario del divieto di discriminazione per motivi di nazionalità (artt. 48 e 49 del trattato istitutivo); quello della garanzia di effettività sostanziale della libertà di circolazione, perseguita con la promozione della mobilità geografica e professionale dei lavoratori per mezzo del Fondo sociale europeo (artt. 123-125); quello della diffusione, intensificazione e miglioramento qualitativo dei servizi di formazione o riqualificazione professionale (art. 128), e in particolare di quelli rivolti ai più giovani.

In questa politica del lavoro comunitaria è evidente l'intendimento prioritario di affrontare le distorsioni tipiche del monopsonio dinamico, piuttosto che quelle tipiche del monopsonio strutturale; e di farlo intervenendo sulle loro cause più che sui loro effetti; di farlo, cioè, piuttosto che attraverso l'imposizione di una disciplina inderogabile dei rapporti contrattuali, preferibilmente attraverso la correzione dei difetti di informazione, formazione professionale e mobilità che limitano le possibilità effettive di scelta del lavoratore, generano disoccupazione e pongono anche gli occupati regolari in posizione di debolezza contrattuale nei confronti dell'imprenditore.

Rispetto alle sue origini, nell'ultimo quarto di secolo e particolarmente con l'Atto Unico Europeo del 28 febbraio 1986 e il trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992 la politica del lavoro dell'Unione Europea è venuta via via arricchendosi di nuovi contenuti, cui hanno corrisposto alcuni interventi del legislatore comunitario volti alla regolamentazione autoritativa di altrettanti aspetti inerenti alla costituzione e svolgimento del rapporto individuale — soprattutto in materia di parità di trattamento e di sicurezza del lavoro — e alla sua cessazione. Ma della politica del lavoro comunitaria non è sostanzialmente cambiata l'ispirazione di fondo, cioè la sua finalizzazione alla correzione delle distorsioni competitive piuttosto che alla limitazione dell'autonomia negoziale individuale in funzione dell'imposizione di standard minimi di trattamento. E rimangono escluse dal suo campo di intervento zone molto estese del diritto sindacale (ivi compresa la disciplina del diritto di sciopero) e tutta la materia inerente alla determinazione dei minimi retributivi.

4. Disarmonia e armonizzazione fra i due ordinamenti.

Ne è derivata non soltanto una marcata diversità — per questo aspetto — di contenuti normativi fra l'ordinamento comunitario europeo e quello dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, ma anche qualche attrito non del tutto marginale (1): mi riferisco a quanto è accaduto una prima volta in materia di lavoro notturno femminile, dove la Corte di Giustizia comunitaria ha ritenuto che il divieto disposto dagli ordinamenti statali in ottemperanza alla Convenzione O.I.L. n. 89/1948 violasse il principio di parità di trattamento fra uomini e donne (2); una seconda volta in materia di servizi privati per l'impiego,

note

(1) Sui possibili contrasti fra norme dell'ordinamento O.I.L. e norme dell'ordinamento comunitario v. anche il parere 19 marzo 1993 espresso dalla Corte di Giustizia su richiesta della Commissione in materia di rapporti fra la Comunità europea e l'O.I.L., in *FI*, 1994, IV, c. 4, con nota di Martines F. Su quel parere v. inoltre Assanti C., 1994, pp. 103-106.

(2) V. soprattutto Corte Giust. 25 luglio 1991, causa n. C-345/89 (*Stoeckel*), in *FI*, 1993, IV, c. 310, con nota di Arbia

Diversità di ispirazione e contenuti normativi

Pietro Ichino

dove la Corte di Giustizia comunitaria ha ritenuto lesivo del principio della libera concorrenza il regime di monopolio pubblico dei servizi di collocamento, previsto invece dalla Convenzione O.I.L. n. 96/1949 (3).

Una significativa disarmonia fra i due ordinamenti si osserva anche per quel che riguarda la garanzia della libertà di associazione e di attività sindacale, che l'O.I.L. annovera fra i propri principi fondamentali (convenzioni n. 87/1948 e n. 135/1970), mentre nell'ordinamento comunitario europeo essa è enunciata soltanto nella c.d. *Carta dei diritti sociali fondamentali* del 1989 (artt. 11-13), cui non è riconosciuto dall'ordinamento stesso valore di norma giuridicamente vincolante (4): onde agli organi dell'Unione sarebbe oggi precluso un intervento sanzionatorio contro lo Stato membro nel quale la libertà sindacale venisse negata o comunque compressa.

Allo stesso modo, su questo terreno è preclusa tanto l'emanazione di direttive che impongano vincoli, quanto l'adozione di iniziative volte all'armonizzazione delle normative nazionali. Anche questa non casuale astensione dell'ordinamento comunitario si spiega con la considerazione dell'ambiguità — particolarmente avvertibile e ineliminabile in un sistema economico maturo — del ruolo dell'associazione sindacale, che può facilmente trascorrere dalla promozione di interessi generali, condivisi da occupati regolari (gli *insiders*) e disoccupati o irregolari (gli *outsiders*), alla protezione esclusiva dell'interesse dei primi contro quello dei secondi, con gli effetti di dualizzazione e sclerosi del mercato del lavoro di cui dicevo poc'anzi.

5. Una considerazione conclusiva.

Per questo aspetto la differenza di contenuti fra il diritto del lavoro comunitario e quello promosso dall'O.I.L. è la stessa che corre fra il diritto del lavoro comunitario e il diritto del lavoro interno della maggior parte dei Paesi europei continentali, che ormai compie quasi ovunque il secolo di vita. Si è parlato, in proposito, di una « differenza di codice genetico » fra diritto del lavoro nazionale e « diritto sociale » comunitario: dove il primo è visto come il prodotto più rilevante della democratizzazione dello Stato nazionale, « istituzione politica generale dei suoi cittadini », mentre il secondo è visto come il sotto-prodotto di una « istituzione giuridico-amministrativa particolare (...) legittimata democraticamente solo indirettamente (...) munita di una forte costituzione economica (le libertà del Trattato) ma di semplici frammenti di costituzione civile e sociale » (D'Antona M., 1994, pp. 695-717; la citazione è tratta dalle pp. 704-705). Questa lettura della politica sociale dell'Unione Europea coglie, certo, un aspetto assai rilevante della realtà; essa, però, forse non considera l'ipotesi che il neonato diritto del lavoro comunitario abbia occhi per vedere ambiguità e disfunzioni delle vecchie tecniche di tutela, che il diritto del lavoro della prima generazione, più vecchio di almeno mezzo secolo, è assai meno capace di cogliere e valutare.

note

S.; Corte Giust. 13 marzo 1997, causa n. C-197-96 (*Comm. C.E. - Rep. francese*), in *RIDL*, 1997, p. II, 255, con nota di Covi M. Sull'intera vicenda v. Roccella M., 1997, pp. 55-83.

(3) Corte Giust. 11 dicembre 1997, causa n. C-55/1996 (*Job Centre II*), che può leggersi, con i riferimenti al dibattito dottrinale che l'ha preceduta, in *RIDL*, 1998, II, p. 22. Gli atti principali del procedimento possono leggersi in *Lavoro interinale e servizi per l'impiego*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 153-227, per quel che riguarda la sua prima fase, conclusasi con una sentenza interlocutoria della Corte (19 ottobre 1995, *Job Centre I*, in *RIDL*, 1996, II, p. 3); in *RIDL*, 1997, III, pp. 167-184 per quel che riguarda la seconda fase. La sentenza *Job Centre II* del 1997 ribadisce e generalizza quanto già affermato — nel senso della ravvisabilità di un abuso di posizione dominante vietato dagli artt. 86 e 90 del Trattato di Roma nell'imposizione da parte di uno Stato membro di un regime di monopolio pubblico dei servizi di collocamento, quando servizio pubblico non sia in grado di soddisfare compiutamente e adeguatamente la domanda di mercato — dalla stessa Corte nella precedente sentenza *Macrotron* del 23 aprile 1991. Il contrasto con l'ordinamento comunitario europeo è stato certamente uno dei motivi determinanti che hanno spinto l'O.I.L. ad operare per il superamento della Conv. n. 96/1949: la Conferenza Internazionale del Lavoro, nel corso della sua 85ma sessione, il 3 giugno 1997 ha approvato la nuova Convenzione n. 181/1997 sui servizi per l'impiego, destinata a sostituire la precedente (una parte degli atti preparatori di questa decisione può leggersi in *Lavoro interinale e servizi per l'impiego*, cit., pp. 29-151).

(4) La *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori* è stata approvata il 9 dicembre 1989 a Strasburgo da undici Stati membri della Comunità Europea, ma non dalla Gran Bretagna: ciò la priva di valore giuridico nell'ambito dell'ordinamento europeo. Sugli intendimenti che hanno portato alla sua elaborazione e le relative tappe v. Catala N., Bonnet R., pp. 119-120; AA.VV., 1996, pp. 147-156. Sul difetto di valore giuridico vincolante della Carta nell'ordinamento comunitario v. anche Scarpelli F., 1993, p. 163; Wedderburn W., 1991, p. 404 e ss.; Roccella M., Treu T., 1995, pp. 344-350.

Assanti C. (1994), *Il ruolo delle forze sociali nell'OIL nel quadro della costruzione giudiziaria dell'Europa*, in *RGL*, I.

Catala N., Bonnet R. (1996), *Droit social européen*, in AA.VV., *A manifesto for social Europe*, Eur. Trade Union Institute, Bruxelles.

D'Antona M. (1994), *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, in *RTDPC*.

Roccella M. (1997), *Diritto comunitario, diritto internazionale, diritti interni. Ancora sulla questione del lavoro*

notturmo femminile, in Roccella M., *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.

Roccella M., Treu T. (1995), *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova.

Scarpelli F. (1993), *Diritto comunitario, diritto sindacale italiano e sistema di relazioni industriali: principi e compatibilità*, in *DRI*, n. 1.

Wedderburn W. (1991), *Comparazione e armonizzazione nel diritto del lavoro*, in *DLRI*.

Diversità di ispirazione e contenuti normativi
Pietro Ichino

Bibliografia

Contrattazione collettiva europea e rappresentatività cumulativa sufficiente

Alessandro Bellavista

Sommario

1. L'Accordo sulla Politica Sociale di Maastricht e la contrattazione collettiva europea. **2.** I soggetti legittimati a partecipare alla consultazione e alla negoziazione. Il problema della rappresentatività delle parti sociali europee. **3.** L'argomentazione del Tribunale. L'esclusione del nesso di consequenzialità, nel quadro dell'APS, tra diritto delle parti sociali ad essere consultate e diritto a partecipare alle trattative. **4.** La rappresentatività cumulativa sufficiente.

1. L'Accordo sulla Politica Sociale di Maastricht e la contrattazione collettiva europea.

La pronuncia qui in commento del Tribunale di prima istanza delle Comunità Europee riguarda una delicata questione interpretativa dell'Accordo sulla Politica Sociale di Maastricht (da ora APS), che, peraltro, com'è noto, a seguito del Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, è stato inglobato nel Trattato che istituisce la Comunità Europea (da ora TCE). Infatti, il punto 22 dell'articolo 2 del Trattato di Amsterdam prevede la sostituzione degli articoli 117-120 del TCE con i nuovi articoli 117-120 nei quali sono riprodotti, seppure con alcune modifiche, gli articoli 1-7 dell'APS (cfr. Arrigo, 1997, p. 12; Foglia, 1998, p. 63; Veneziani, 1998, p. 242). Peraltro, l'articolo 12 del Trattato di Amsterdam dispone la rinumerazione degli articoli del TCE: sicché gli articoli 117-120 del TCE sono diventati gli articoli 136-143 del TCE nella cosiddetta « versione consolidata ».

Quanto al caso in esame, la vicenda nasce dal ricorso proposto contro la direttiva 96/34/CE da parte dell'UEAPME (Unione Europea dell'artigianato e delle piccole e medie imprese). La direttiva impugnata concerne la materia del congedo parentale (Izzi, 1997) ed è la prima che è stata adottata alla stregua della peculiare procedura delineata dall'APS (cfr. *amplius* Biagi, 1997; Veneziani, 1998; Foglia, Santoro-Passarelli, 1996, p. 83 e ss.; AA.VV., 1995). Più precisamente, il paragrafo 1 dell'art. 3 dell'APS dispone che « la Commissione ha il compito di promuovere la consultazione delle parti sociali a livello comunitario e prende ogni misura utile per facilitarne il dialogo provvedendo ad un sostegno equilibrato delle parti ». E il paragrafo 2 dello stesso art. 3 aggiunge che « a tal fine la Commissione, prima di presentare proposte nel settore della politica sociale, consulta le parti sociali sul possibile orientamento di un'azione comunitaria ». Poi, il paragrafo 3 dell'art. 3 dice che « se, dopo tale consultazione, dovesse ritenere opportuna un'azione comunitaria, la Commissione consulta le parti sociali sul contenuto della proposta prevista » e che « le parti sociali trasmettono alla Commissione un parere o, eventualmente, una raccomandazione ».

A questo punto, le parti sociali hanno la possibilità di bloccare l'iniziativa legislativa della Commissione almeno per un certo periodo (Veneziani, 1998, p. 255). Infatti, si può verificare quanto descritto dal paragrafo 4 dell'art. 3: e cioè che « in occasione della consultazione le parti sociali possono informare la Commissione della loro volontà di avviare il processo previsto dall'articolo 4 »; con la precisazione, contenuta nel secondo periodo del paragrafo

Contrattazione
collettiva europea
Alessandro Bellavista

4 dell'art. 3 dell'APS, che « la durata della procedura non potrà superare nove mesi, salvo proroga decisa in comune dalle parti sociali interessate e dalla Commissione ». E secondo il paragrafo 1 dell'art. 4 dell'APS « il dialogo fra le parti sociali a livello comunitario può condurre, se queste lo desiderano, a relazioni contrattuali, ivi compresi accordi ».

Come si vede, l'APS non si ferma nel sancire l'obbligo della Commissione di consultare previamente le parti sociali secondo un meccanismo che prevede una procedura di consultazione articolata in due fasi. Ma l'APS attribuisce alle parti sociali « un potere di iniziativa diretta, che può addirittura 'sostituire' l'attività di elaborazione e proposta della Commissione » (Roccella, Treu, 1995, p. 35). Infatti, alla stregua del paragrafo 4 dell'art. 3 dell'APS, le parti sociali, in occasione della consultazione, possono informare la Commissione « della loro volontà di avviare il processo previsto dall'articolo 4 » e cioè di tentare di raggiungere un'accordo contrattuale per regolare la materia in questione; e in questo caso la scelta della via contrattuale produce l'effetto di bloccare l'iniziativa della Commissione per il periodo definito dal secondo periodo del paragrafo 4 dell'art. 3 dell'APS.

Inoltre, per il paragrafo 2 dell'art. 4 dell'APS, « gli accordi conclusi a livello comunitario sono attuati secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri o », nelle materie di competenza comunitaria, « e a richiesta congiunta delle parti firmatarie, in base ad una decisione del Consiglio su proposta della Commissione ».

Nel caso in esame, infatti, la direttiva impugnata è stata varata seguendo la procedura dell'APS. E' assai utile ripercorrere la genesi della direttiva impugnata attraverso la ricostruzione offerta da una comunicazione del 1996 della stessa Commissione Europea. Da questa risulta che la Commissione, fin dal 1983, aveva cercato di spingere il Consiglio ad adottare una direttiva sul congedo parentale e sui permessi per motivi di famiglia. Ma « constatato che, dopo undici anni, in seno al Consiglio non si era pervenuti ad alcun risultato concreto, la Commissione decise di ricorrere alle nuove procedure fissate nell'APS, avviando l'iter contemplato dall'art. 3 e approvando, in data 22 febbraio 1995, la consultazione delle parti sociali ai sensi del secondo capoverso dell'art. 3, sulla base di un testo che rifaceva la cronistoria delle iniziative della Commissione in questo settore, analizzando la problematica sotto una pluralità di profili, ed al quale, al termine d'una consultazione di sei settimane, la Commissione ricevette un totale di 17 risposte » (Commissione, 1996, Allegato I). E « dopo che, ultimato lo spoglio delle reazioni al proprio documento, la Commissione decideva di dar corso alla seconda tornata di consultazioni, prevista all'art. 3, terzo capoverso, dell'APS, il 5 luglio 1995 tre organizzazioni (l'UNICE, il CEEP e la CES) annunciavano l'intenzione d'avviare un negoziato sulla problematica, con particolare riguardo alla questione del congedo parentale, conclusosi il 14 dicembre dello stesso anno con la stipula di un accordo quadro il cui testo fu trasmesso dai firmatari alla Commissione con la richiesta di darvi esecuzione in forma di decisione del Consiglio, su proposta della Commissione, secondo il disposto dell'art. 4, secondo capoverso, dell'APS ». Di conseguenza, « verificate la rappresentatività delle parti firmatarie, la legalità delle clausole dell'accordo e l'osservanza delle norme a tutela delle piccole e medie imprese, il 31 gennaio 1996 la Commissione emanava una proposta di direttiva il cui testo era trasmesso per conoscenza al Parlamento europeo — sebbene il suo intervento non fosse richiesto dal fondamento giuridico cui si faceva riferimento nel documento — il quale il 15 marzo 1996 emetteva su di esso il proprio parere, dopo di che, il 29 dello stesso mese, il Consiglio approvava la direttiva, adottata formalmente il 3 giugno 1996 » (Commissione, 1996, Allegato I, p. 6). Dal punto di vista tecnico-formale, la direttiva non incorpora direttamente l'accordo quadro sul congedo parentale, ma si limita a regolare le modalità di attuazione del medesimo accordo, il cui testo accompagna la direttiva come allegato (cfr. *amplius* Veneziani, 1998, p. 258 e ss.; Biagi, 1997, p. 27).

Come si vede, l'accordo, cui la direttiva dà attuazione, non è stato stipulato dall'UEAPME. Sicché, questa organizzazione ricorre al Tribunale di prima istanza per chiedere l'annullamento della direttiva. E tale ricorso è sostanzialmente basato su due motivi.

In primo luogo, la ricorrente sostiene che, nonostante sia stata consultata dalla Commissione nelle due fasi di cui ai paragrafi 2 e 3 dell'art. 3 dell'APS, non le è stato consentito di partecipare alla trattativa che ha portato alla stipula dell'accordo sui congedi parentali: infatti, essa è stata esclusa dal negoziato, sebbene avesse chiesto più volte alla stessa Commissione di potere partecipare alle trattative intraprese dalle altre parti sociali. In secondo luogo, l'UEAPME rileva che l'accordo e la direttiva non tengono conto delle esigenze delle piccole e medie imprese e che quindi risulta violato l'art. 2, paragrafo 2,

dell'APS, secondo cui le « direttive eviteranno di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese ».

Contrattazione
collettiva europea
Alessandro Bellavista

2. I soggetti legittimati a partecipare alla consultazione e alla negoziazione. Il problema della rappresentatività delle parti sociali europee.

Le disposizioni dell'APS non forniscono criteri né per l'individuazione delle parti sociali che la Commissione deve consultare nell'ambito della procedura di cui all'art. 3, paragrafi 2 e 3, APS, né per l'identificazione delle parti sociali legittimate a negoziare tra loro nel quadro della specifica procedura di cui agli artt. 3, paragrafo 4, e 4 dell'APS.

La Commissione è intervenuta con un'apposita comunicazione del 1993 e ha stabilito che le organizzazioni da consultare, alla stregua dell'art. 3 dell'APS, dovranno rispondere globalmente alle seguenti condizioni: « essere interprofessionali, settoriali o di categoria ed essere organizzate a livello europeo; essere composte da organizzazioni esse stesse riconosciute come facenti parte integrante delle strutture delle parti sociali degli Stati membri e avere la capacità di negoziare accordi, nonché, nella misura del possibile, essere rappresentative in tutti gli Stati membri; disporre di strutture adeguate che consentano loro di partecipare in modo efficace al processo di consultazione » (Commissione, 1993). E si è giustamente detto che il « rinvio alle prassi e al tasso di rappresentatività nazionali ha un che di tautologico », anche se « è una tautologia figlia del *selfrestraint* della Commissione, conscia com'è di addentrarsi in un terreno in cui la sussidiarietà può avere maggiori *chances* » (Veneziani, 1998, p. 283).

Comunque, sulla base di questi criteri la Commissione ha redatto una lista (che figura come allegato 2 al testo della comunicazione del 1993) delle organizzazioni che vanno necessariamente consultate nell'ambito della procedura di cui all'art. 3 dell'APS. Tra queste vi rientrano organizzazioni interprofessionali a carattere generale, come l'UNICE (Unione delle confederazioni dell'industria e dei datori di lavoro d'Europa) e le sue organizzazioni settoriali, il CEEP (Centro europeo dell'impresa pubblica) e la CES (Confederazione europea dei sindacati), ma anche organizzazioni interprofessionali rappresentanti certe categorie di lavoratori o di imprese come appunto l'UEAPME (Commissione, 1993).

Invece, la Commissione non si pronuncia sui requisiti idonei ad identificare le parti sociali legittimate ad avviare la procedura negoziale di cui agli artt. 3, paragrafo 4, e 4 dell'APS. A questo proposito si limita ad affermare che « le parti sociali interessate saranno quelle che accettano di negoziare tra di loro ». Inoltre, la Commissione aggiunge — si è osservato: « in una versione italiana alquanto singolare » (Biagi, 1997, p. 26); anche se il testo francese suona allo stesso modo — che « la conclusione di questo accordo è una faccenda esclusiva delle varie organizzazioni » (Commissione, 1993). Nel commentare questa soluzione si è sottolineato che « resta in tal modo affermato il principio del reciproco riconoscimento, un principio che vale ad aggirare numerosi ostacoli che almeno attualmente si presenterebbero sul piano della rappresentatività degli attori sociali comunitari » (Biagi, 1997, p. 26).

Successivamente, la Commissione, su sollecitazione del Parlamento europeo, ha considerato opportuno ritoccare i criteri di rappresentatività, già individuati nella comunicazione del 1993, « cui si fa riferimento per individuare le organizzazioni nei cui confronti, secondo l'APS, vale l'obbligo formale della consultazione » (cfr. Commissione, 1996, p. 13; Biagi, 1997, p. 26; Veneziani, 1998, p. 283). Ma tale questione non riguarda direttamente l'analisi della decisione in commento: perché ciò che la ricorrente lamenta è di essere stata estromessa dalle trattative, che hanno portato all'accordo sul congedo parentale e poi alla direttiva d'attuazione, nonostante sia stata consultata dalla Commissione, proprio alla stregua dei criteri di individuazione dei soggetti da consultare fissati dalla comunicazione del 1993.

In effetti, quanto al caso qui in esame, rispetto al ricorso avanzato dall'UEAPME contro la direttiva sul congedo parentale e prima della decisione del Tribunale, s'è detto che « sarà assai utile il pronunciamento dei giudici di Lussemburgo, anche se il nesso di consequenzialità fra il coinvolgimento nella procedura di consultazione e diritto di essere ammessi alle trattative appare difficile da configurare alla luce del tenore degli articoli 3 e 4 dell'APS ». E si è concluso affermando che « in ogni caso un chiarimento sulla questione della rappresentatività anche sul piano giurisprudenziale non potrà che giovare all'approfondimento del dibattito » (Biagi, 1997, p. 27).

3. L'argomentazione del Tribunale. L'esclusione del nesso di consequenzialità, nel quadro dell'APS, tra diritto delle parti sociali ad essere consultate e diritto a partecipare alle trattative.

Pertanto, il pregnante e immediato problema, di spiccato interesse sotto il profilo giuslavoristico, che deve risolvere il Tribunale, è quello se esista o no un nesso di consequenzialità tra coinvolgimento nella procedura di consultazione di cui all'art. 3 dell'APS e partecipazione alle trattative tra le parti sociali alla stregua degli artt. 3, paragrafo 4, e 4 dell'APS. Però, prima di arrivare ad analizzare direttamente questo punto, di fronte al Tribunale si pone la questione se possa essere ritenuto ricevibile, alla stregua dell'art. 173, paragrafo 4, del TCE, un ricorso proposto da una persona giuridica nei confronti di una direttiva: ciò perché, in forza della norma appena citata, una persona giuridica può solo impugnare una decisione e non una direttiva; più precisamente, il paragrafo 4 dell'art. 173 del TCE dice che qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre ricorso alla Corte di Giustizia e al Tribunale di prima istanza « contro le decisioni prese nei suoi confronti e contro le decisioni che, pur appearing come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardano direttamente ed individualmente ». Però, il Tribunale rileva che non basta per dichiarare irricevibile il ricorso accertare che l'atto impugnato sia una direttiva, ma occorre verificare due condizioni.

In primo luogo, va accertato se la direttiva impugnata « sia un atto normativo o se vada considerata come una decisione presa sotto forma di direttiva ». Il Tribunale esamina la struttura della direttiva 96/34 e conclude dichiarando che essa « ha di per sé carattere normativo », perché è rivolta a tutti gli Stati membri e comunque a una generalità di soggetti, e quindi « non costituisce una decisione ai sensi dell'art. 189 del TCE ».

In secondo luogo, come il Tribunale subito dopo aggiunge, va esaminato se, nonostante « il carattere normativo della direttiva 96/34, si possa nondimeno considerare che quest'ultima riguarda la ricorrente direttamente e individualmente ». Il Tribunale ricorda che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, « anche se un atto normativo si applica alla generalità degli operatori economici interessati, non può per questo escludersi che esso possa concernere individualmente alcuni di loro ». E, « tuttavia, una persona fisica o giuridica non può affermare che l'atto di cui trattasi la riguarda individualmente salvo che quest'ultimo la tocchi in ragione di determinate qualità personali ovvero di particolari circostanze atte a distinguerla dalla generalità ». Sicché, « nella fattispecie, per valutare se la direttiva 96/34 riguardi effettivamente la ricorrente in ragione di determinate qualità personali ovvero di particolari circostanze atte a distinguerla dalla generalità, occorre esaminare le peculiarità del procedimento che ha portato alla sua adozione, iniziando con l'analisi dei meccanismi procedurali istituiti » dall'APS. E questo fa il Tribunale.

In particolare, il Tribunale mette in evidenza come, nell'area della politica sociale, gli obiettivi dell'APS possono essere « realizzati con due procedimenti alternativi » che comunque hanno « una fase iniziale comune che consiste, per la Commissione, nel consultare le parti sociali, ai sensi dell'art. 3, nn. 2 e 3 » dell'APS. E a questo punto il Tribunale dà conto dei criteri utilizzati dalla Commissione per individuare le parti sociali che vanno necessariamente consultate e di cui s'è parlato nel § 2. Poi il Tribunale descrive nel dettaglio i « procedimenti alternativi » che permettono di realizzare gli obiettivi dell'APS. Il primo è quello di cui all'art. 2 dell'APS, nel cui ambito tutta l'iniziativa legislativa resta nelle mani della Commissione e sfocia con il varo di una direttiva; il secondo è quello di cui agli artt. 3, paragrafo 4, e 4 dell'APS che si conclude con un accordo tra le parti sociali attuato mediante le tecniche delineate nello stesso art. 4, paragrafo 2, dell'APS.

Rispetto a questo secondo procedimento, il Tribunale rimarca che « le formulazioni dell'art. 3, n. 4, e dell'art. 4 dell'APS non precisano quindi esplicitamente quali sono le parti sociali della trattativa menzionata »; e aggiunge che « la struttura delle citate disposizioni e l'esistenza di una preventiva fase di consultazione indicano tuttavia che le parti sociali interessate dalla trattativa si trovano almeno tra quelle che sono state consultate dalla Commissione ». Però, e questo è uno dei punti cardine del ragionamento del Tribunale, « ciò non implica tuttavia che tutte le parti sociali consultate dalla Commissione, vale a dire le parti sociali riportate sulla lista che figura nell'allegato 2 della comunicazione » del 1993 (di cui s'è già detto: cfr. § 2), « abbiano il diritto di partecipare alle trattative che saranno intraprese ». E « infatti, occorre constatare che la fase di trattativa che inizia eventualmente nel corso della fase di consultazione iniziata dalla Commissione, è devoluta unicamente all'iniziativa delle parti sociali che vogliono avviarla »: e cioè, « le parti sociali interessate da

tale fase di trattativa sono quindi quelle che hanno reciprocamente manifestato la loro volontà di avviare il processo previsto dall'art. 4 dell'APS e di portarlo a termine ».

Il Tribunale argomenta tale lettura delle disposizioni dell'APS anche facendo espresso riferimento alla comunicazione del 1993 della Commissione e di cui si è già ampiamente parlato: comunicazione dalla quale, ad avviso del Tribunale, risulta in modo espresso (basta vedere pure l'intitolazione dei vari punti della comunicazione) che i criteri di identificazione delle parti sociali da essa forniti nonché l'elencazione delle medesime parti sociali contenuta nell'allegato 2, sono elementi che servono esclusivamente ad individuare le parti sociali che hanno diritto ad essere consultate dalla Commissione, ma che non si pronunciano in ordine all'accertamento delle parti sociali legittimate a partecipare alla trattativa di cui agli artt. 3, paragrafo 4, e 4 dell'APS. Così, il Tribunale può affermare a chiare lettere che « emerge dagli elementi di cui sopra che l'art. 3, nn. 2, 3, e 4, e l'art. 4 dell'APS non conferiscono alle parti sociali, qualunque siano gli interessi che affermano di rappresentare, un diritto generale a partecipare a qualsiasi negoziato intrapreso ai sensi dell'art. 3, n. 4 dell'APS, anche se tutte le parti sociali consultate ai sensi dell'art. 3, nn. 2 e 3 dell'APS, hanno la facoltà di avviare tale trattativa ». E quindi « il mero fatto che, nella fattispecie, la ricorrente abbia chiesto a più riprese alla Commissione di poter partecipare alle trattative intraprese da altre parti sociali è irrilevante, poiché il controllo della fase di trattativa propriamente detta compete unicamente all'iniziativa delle parti sociali interessate e non della Commissione ». In sostanza, il Tribunale collega la legittimazione a partecipare alle trattative di cui agli artt. 3, paragrafo 4, e 4 dell'APS al reciproco riconoscimento delle parti sociali: il che ha consentito di ritenere che con ciò si sia sancita « la sussistenza, anche a livello europeo, del principio di libertà di organizzazione sindacale, comprensivo dell'attività contrattuale e della connessa libertà di scelta negoziale » (Pelaggi, 1998, p. 89).

Subito dopo il Tribunale afferma che anche « l'art. 2, n. 2, primo comma, dell'APS » — in verità è l'art. 2, paragrafo 2, secondo periodo, dell'APS — « non conferisce alla ricorrente un diritto a partecipare ai negoziati di cui all'art. 3, n. 4, dell'APS ». Secondo tale norma, com'è noto, le direttive emanate per la realizzazione degli obiettivi di cui all'art. 2 dell'APS, « evitano di imporre limiti amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese ». Ma, per il Tribunale, « questa disposizione non riguarda il diritto dei rappresentanti delle piccole e medie imprese ad essere automaticamente associati a tutte le trattative intraprese da parti sociali ai sensi dell'art. 3, n. 4 dell'APS ». Ciò perché « si tratta di una disposizione che impone un obbligo sostanziale », dalla quale non deriva alcuna implicazione procedurale; e quindi « ne consegue che nessuna organizzazione intercategoriale che rappresenti gli interessi delle piccole e medie imprese, qualunque sia d'altra parte il grado di rappresentatività che essa rivendica, può dedurre dall'art. 2, n. 2, primo comma, dell'APS, un diritto a partecipare a tali trattative ».

Tale argomentazione, di cui qui si sono ricostruite le linee essenziali, consente al Tribunale di dichiarare che « deriva da quanto precede che, tenuto conto delle disposizioni dell'APS, la ricorrente non può affermare di avere un diritto generale a partecipare alla fase di trattativa del secondo procedimento previsto dall'APS » — cioè alla fase negoziale di cui agli artt. 3, paragrafo 4, e 4 dell'APS —, « né, nella fattispecie, un diritto particolare al negoziato dell'accordo quadro ». Sicché, si potrebbe pensare che il Tribunale abbia risolto la questione principale sollevata dalla ricorrente. Ma così non è. Infatti, nel punto immediatamente successivo della decisione, il Tribunale dice che « tale considerazione tuttavia non motiva di per sé l'irricevibilità del presente ricorso »; ciò perché « le peculiarità del procedimento che ha portato all'adozione della direttiva 96/34 in base all'art. 4, n. 2, dell'APS, impongono, infatti, di esaminare inoltre se l'eventuale mancata osservanza, da parte del Consiglio o della Commissione, degli obblighi che incombono loro nell'ambito di tale procedimento violi un diritto della ricorrente la cui tutela giurisdizionale implichi che sia considerata direttamente ed individualmente interessata, in ragione di determinate qualità personali ovvero di circostanze atte a distinguerla dalla generalità ».

4. La rappresentatività cumulativa sufficiente.

Allora il Tribunale intraprende una ricerca degli obblighi gravanti sulla Commissione e il Consiglio nell'ambito dello speciale procedimento, delineato dall'APS, che permette l'attuazione di un accordo tra le parti sociali a livello comunitario attraverso una decisione del

**Contrattazione
collettiva europea**
Alessandro Bellavista

Consiglio su proposta della Commissione. Il Tribunale ribadisce che « l'iniziativa e il controllo della fase di trattativa propriamente detta del procedimento disciplinato dagli artt. 3, n. 4, e 4, dell'APS » riguardano « esclusivamente le parti sociali interessate ». Ma, qualora le parti sociali « concludono un accordo di cui chiedono congiuntamente l'attuazione a livello comunitario, in forza dell'art. 4, n. 2 dell'APS », esse « rivolgono quindi la loro domanda congiunta alla Commissione che, recuperando allora il controllo del procedimento, esamina se occorra presentare una proposta in tal senso al Consiglio ».

Detto ciò, il Tribunale aggiunge che « l'intervento della Commissione deve essere conforme ai principi che reggono la sua azione nel settore della politica sociale, più in particolare concretizzati nell'art. 3, n. 1 dell'APS ». Secondo questa disposizione, « la Commissione ha il compito di promuovere la consultazione delle parti sociali a livello comunitario e prende ogni misura utile per facilitarne il dialogo provvedendo ad un sostegno equilibrato delle parti ». Ricordato il testo di questa disposizione, il Tribunale rileva che « come hanno giustamente sottolineato sia la ricorrente che la Commissione, si tratta in particolare per quest'ultima, al momento in cui essa dispone di un diritto di intervenire nello svolgimento del procedimento, di esaminare la rappresentatività dei firmatari di tale accordo ». Tale passaggio della motivazione del Tribunale è alquanto ermetico. Un'opinione ritiene che il Tribunale abbia desunto dal dovere della Commissione di provvedere « al sostegno equilibrato delle parti », di cui all'art. 3, paragrafo 1, dell'APS, l'ulteriore dovere di esaminare la rappresentatività dei firmatari di un accordo di cui le medesime parti sociali stipulanti chiedono l'attuazione mediante apposita decisione del Consiglio, alla stregua dell'art. 4, paragrafo 2, dell'APS (cfr. Pelaggi, 1998, p. 89). Ma se ciò fosse vero, la conclusione del Tribunale sarebbe basata su un argomento fragile: anche perché è estremamente difficile trarre dal dovere della Commissione di assicurare il « sostegno equilibrato delle parti », il dovere della stessa di verificare la rappresentatività dei firmatari di accordi come quello qui in esame. Infatti, la dottrina prevalente ritiene che la garanzia del « sostegno equilibrato delle parti », di cui all'art. 3, paragrafo 1 dell'APS, attiene all'impegno della Commissione di rivolgere il proprio sostegno ad entrambe le parti, pur « tenendo conto della persistente diversità fra le parti collettive » (Roccella, Treu, 1995, p. 382): e cioè « di creare le condizioni di effettiva uguaglianza fra le parti per gli scopi cooperativi che la norma si prefigge » (Veneziani, 1998, p. 252). Tuttavia, anche l'intero testo dell'art. 3, paragrafo 1, dell'APS, non contiene alcuna parola in ordine alla necessità della verifica della rappresentatività degli attori sociali comunitari: semmai, la prassi del dialogo sociale fin dalle sue origini è avvenuta tra parti sociali considerate rappresentative e disponibili ad un reciproco riconoscimento (cfr. Biagi, 1997, p. 18 e ss.; Roccella, Treu, 1995, p. 374 e ss.).

Comunque, il Tribunale continua affermando che « la Commissione si è impegnata, nella sua comunicazione » (che è sempre quella del 1993) « a verificare la rappresentatività delle parti sociali firmatarie di un accordo prima di proporre al Consiglio di adottare una decisione che impone la sua attuazione a livello comunitario ». In effetti, come ricorda il Tribunale, al punto 39 della suddetta comunicazione si legge: « la Commissione elaborerà le proposte di decisione che essa presenterà al Consiglio tenendo conto del carattere rappresentativo delle parti contraenti, del loro mandato e della 'legalità' di ciascuna clausola della convenzione collettiva riguardo al diritto comunitario nonché del rispetto delle disposizioni relative alle piccole e medie imprese di cui all'art. 2, n. 2 » dell'APS. E il Tribunale precisa che al Consiglio spetta il compito di verificare se la Commissione ha adempiuto gli obblighi scaturenti dall'APS, « onde evitare di ratificare una irregolarità di procedura che può inficiare la legittimità dell'atto che sarà infine adottato ».

Beninteso, il Tribunale passa a mettere in evidenza « l'importanza dell'obbligo della Commissione e del Consiglio di verificare la rappresentatività delle parti sociali firmatarie di un accordo concluso in forza degli artt. 3, n. 4, e 4, dell'APS, la cui attuazione a livello comunitario è richiesta al Consiglio ». Il Tribunale giunge a tale affermazione attraverso una comparazione tra il tradizionale procedimento legislativo della Comunità, che vede la partecipazione del Parlamento europeo, e quello di cui agli artt. 3, n. 4, e 4 dell'APS, che non prevede la partecipazione del Parlamento. Secondo i giudici, la partecipazione del Parlamento « al processo legislativo della Comunità è il riflesso, sul piano comunitario, di un fondamentale principio di democrazia secondo il quale i popoli partecipano al potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa ». Pertanto, « il rispetto del principio della democrazia, sul quale l'Unione è fondata, richiede — in mancanza di partecipazione del Parlamento europeo al processo di adozione di un atto legislativo — che la partecipazione dei popoli a tale processo sia garantita in modo alternativo, nella fattispecie per il tramite

delle parti sociali che hanno concluso l'accordo » di cui viene chiesta l'attuazione con decisione del Consiglio. E quindi, dice il Tribunale, « per garantire il rispetto di tale condizione » — cioè quella della partecipazione dei popoli al processo legislativo della Comunità — « spetta alla Commissione e al Consiglio verificare la rappresentatività delle parti sociali interessate ».

Così il Tribunale può affermare che le parti sociali stipulanti l'accordo devono avere « una rappresentatività cumulativa sufficiente » che va verificata « alla luce del contenuto dell'accordo di cui trattasi ». Di conseguenza, se le parti firmatarie non possedessero rappresentatività cumulativa sufficiente, la Commissione e il Consiglio dovrebbero negare l'attuazione dell'accordo concluso a livello comunitario. Pertanto, qualora le parti firmatarie non abbiano rappresentatività cumulativa sufficiente, « le parti sociali consultate dalla Commissione ai sensi dell'art. 3, nn. 2 e 3, dell'APS, che non avrebbero concluso l'accordo di cui trattasi e la cui rappresentatività propria, sempre alla luce del contenuto di quest'ultimo, è necessaria per integrare la rappresentatività cumulativa dei firmatari, dispongono del diritto di impedire alla Commissione e al Consiglio di garantire l'attuazione a livello comunitario con un atto legislativo ».

Il Tribunale, a questo punto, delinea un percorso che va necessariamente seguito per accertare se le condizioni poc'anzi richieste siano state soddisfatte. In primo luogo, attraverso la ricostruzione della procedura di emanazione della direttiva 96/34, il Tribunale rileva che la Commissione e il Consiglio « hanno effettivamente verificato se la rappresentatività cumulativa dei firmatari dell'accordo quadro era sufficiente ». In secondo luogo, il Tribunale si muove nella direzione di individuare in che modo, nel caso specifico, dovesse essere concretamente misurata la rappresentatività cumulativa delle parti firmatarie dell'accordo. Posto che la rappresentatività cumulativa sufficiente va accertata « alla luce del contenuto dell'accordo di cui trattasi », il Tribunale esamina l'oggetto dell'accordo attuato con la direttiva 96/34 e mette in evidenza che « l'accordo quadro è volto a enunciare prescrizioni minime valide per tutti i rapporti di lavoro qualunque sia l'ambito nel quale si inseriscono ». Perciò, « per soddisfare la condizione di una rappresentatività cumulativa sufficiente, è di conseguenza necessario che i diversi firmatari dell'accordo possano rappresentare tutte le categorie d'impresе e di lavoratori a livello comunitario ».

Secondo il Tribunale tale capacità rappresentativa è confermata dal fatto che i firmatari dell'accordo sono appunto « le tre parti sociali qualificate come organizzazioni intercategoriale a carattere generale nella lista che figura all'allegato 2 della comunicazione » del 1993; e ciò giustificherebbe la loro posizione differenziale rispetto alla ricorrente che invece figura, nella medesima lista, tra le « organizzazioni intercategoriale che rappresentano talune categorie di lavoratori o d'impresе ».

Il Tribunale deve poi ribattere alle osservazioni della ricorrente, per la quale « le due organizzazioni intercategoriale di impresе, l'UNICE e la CEEP », firmatarie dell'accordo quadro, « non hanno un carattere più generale del suo ». In particolare, l'UEAPME cerca di argomentare di essere più rappresentativa delle piccole e medie impresе rispetto all'UNICE. Ma il Tribunale, facendo ampio uso dei dati empirici provenienti soprattutto dagli atti del giudizio, dimostra la superiore rappresentatività dell'UNICE e del CEEP rispetto alla ricorrente. Per quanto concerne l'UNICE, il Tribunale ha buon gioco nel rilevare « che è pacifico tra le parti che, nel momento in cui l'accordo quadro è stato concluso, l'UNICE rappresentava impresе del settore privato di tutte le dimensioni, di modo che essa poteva rappresentare le piccole e medie impresе », e inoltre che « essa annoverava, tra i suoi membri, associazioni di piccole e medie impresе » molte delle quali erano per giunta associate alla ricorrente. Peraltro, il fatto che l'UNICE rappresenta impresе di qualunque dimensione è tale da confermare il « carattere generale » di questa organizzazione, al contrario dell'UEAPME che « difende specificamente ed esclusivamente gli interessi di una categoria di impresе » e cioè le sole piccole e medie impresе. Inoltre, posto che il CEEP rappresenta « il complesso delle impresе del settore pubblico a livello comunitario », la « sola assenza del CEEP tra le organizzazioni firmatarie dell'accordo quadro avrebbe inficiato definitivamente il carattere sufficiente della rappresentatività cumulativa di queste ultime », perché in questo caso le impresе del settore pubblico non sarebbero state rappresentate.

Peraltro, il Tribunale contesta l'effettiva capacità rappresentativa dell'UEAPME degli interessi delle piccole e medie impresе, ovviamente nel caso in questione. Il che serve per confutare l'affermazione della ricorrente secondo cui la rappresentatività cumulativa delle parti firmatarie dell'accordo non fosse sufficiente. Infatti, l'UEAPME sostiene di rappre-

Contrattazione
collettiva europea
Alessandro Bellavista

sentare un numero di piccole e medie imprese tale che — anche in considerazione dell'attenzione particolare riservata a tale categoria di imprese dall'art. 2, paragrafo 2, dell'APS — « la sua assenza in occasione dei negoziati per l'accordo quadro rende necessariamente insufficiente la rappresentatività cumulativa » delle parti sociali firmatarie dell'accordo. Ma il Tribunale, da un lato, osserva che il criterio del mero numero di piccole e medie imprese rappresentate non può essere considerato decisivo, alla luce del contenuto dell'accordo quadro, per valutare il carattere sufficiente della rappresentatività cumulativa dei firmatari dello stesso. Ciò perché l'accordo riguarda qualsiasi rapporto di lavoro e quindi « non è in particolare la qualità dell'impresa che conta, ma piuttosto quella del datore di lavoro ». E il Tribunale ricorda una dichiarazione del Consiglio secondo cui, « rappresentando principalmente l'artigianato, la maggior parte dei membri della ricorrente non annoverava nessun impiegato »: e perciò l'assenza di personale dipendente in gran parte della base rappresentata dall'UEAPME polverizza la capacità di questa organizzazione di essere rappresentativa nel caso specifico. Dall'altro lato, il Tribunale suffraga tale constatazione ricordando i dati numerici, prodotti dalle parti del giudizio, dai quali risulta che una percentuale tra un terzo e i due terzi delle imprese rappresentate dalla ricorrente « fanno parte peraltro di un'organizzazione rappresentata dall'UNICE »: e pertanto questi dati dimostrerebbero che l'UEAPME non si può arrogare il monopolio della rappresentatività delle piccole e medie imprese rispetto all'UNICE.

Il Tribunale poi, nella parte finale della sua motivazione, esamina se, come lamentato dalla ricorrente, l'accordo quadro, e quindi la direttiva 96/34, si pongano in contrasto con l'art. 2, paragrafo 2, dell'APS. I giudici sottolineano che scopo di questa norma « non è di vietare l'adozione di misure che implicano limiti amministrativi finanziari e giuridici per le piccole e medie imprese, ma piuttosto di vegliare a che le misure emanate nel settore sociale non violino in modo sproporzionato la creazione e lo sviluppo delle piccole e medie imprese, imponendo loro taluni limiti amministrativi, finanziari e giuridici ». Così, il Tribunale vaglia punto per punto le doglianze della ricorrente ed accerta che le norme dell'accordo quadro da essa contestate non ledono affatto gli interessi delle piccole e medie imprese ovvero presentano margini di flessibilità tali da adattarsi alle specifiche esigenze delle piccole e medie imprese.

Completato il suo *iter* argomentativo il Tribunale può dichiarare irricevibile il ricorso.

Certo, non si può nascondere che il criterio della rappresentatività cumulativa sufficiente, fornito dal Tribunale, possa apparire alquanto evanescente; ma probabilmente è quanto di meglio ci si possa aspettare allo stato attuale dell'evoluzione del diritto sociale comunitario e tenuto conto delle persistenti profonde differenze tra i sistemi sindacali e contrattuali degli Stati membri dell'Unione. D'altra parte, la stessa Commissione, con la sua comunicazione del 1996, ha tracciato, anche se in termini un po' rudimentali, la strada poi seguita dal Tribunale. Infatti, dopo avere accennato alla contestazione dell'UEAPME della validità dell'accordo sul congedo parentale, la Commissione premette che « la partecipazione ai negoziati nel quadro dell'APS, com'era da attendersi, si è dimostrato un tema che suscita reazioni e controversie ». E che « la Commissione continua a ritenere che solo le parti sociali possano creare da sé le proprie strutture di dialogo e pattuizione, mentre da parte sua non ha facoltà di imporre partecipanti ad un negoziato liberamente avviato ».

Ma, aggiunge la Commissione, « quando è in causa l'applicazione dell'art. 3.2. (*rectius* 4.2) dell'APS, la Commissione ha comunque il dovere di giudicare la validità di un'intesa in base al suo contenuto: il che implica l'obbligo di verificare se le parti su cui ricadrà l'applicazione dell'intesa sono state rappresentate nella trattativa che ha portato alla sua sottoscrizione ». E inoltre: « la posizione della Commissione su questo punto è che, poiché le condizioni variano di volta in volta in funzione del tema oggetto della trattativa, la questione della rappresentatività andrà vagliata caso per caso e che alla Commissione spetterà controllare in ogni caso se i partecipanti ai negoziati sono direttamente interessati alla materia e in grado di provare una rappresentatività significativa nel settore » (Commissione, 1996, p. 15 e ss.). È probabile che tale comunicazione, benché non espressamente menzionata nella motivazione della decisione, al contrario di quella precedente del 1993, abbia costituito un preliminare punto di riferimento per permettere al Tribunale di arrivare all'elaborazione del criterio della rappresentatività cumulativa sufficiente.

In conclusione, è anche possibile che la motivazione del Tribunale abbia qualcosa di tautologico. Quando si afferma che « per soddisfare la condizione di una rappresentatività cumulativa sufficiente, è di conseguenza necessario che i diversi firmatari dell'accordo quadro possano rappresentare tutte le categorie d'impres e di lavoratori a livello comuni-

tario », non si dice nulla in ordine a come si misura la rappresentatività effettiva e differenziata delle diverse parti sociali firmatarie e di quelle non partecipanti all'accordo. D'altra parte, lo stesso Tribunale sembra consapevole della complessità della questione, a tal punto che, alla fine della motivazione, sottolinea che la rappresentatività cumulativa dei firmatari dell'accordo « era sufficiente alla luce del contenuto di quest'ultimo »; e che questa constatazione « non incide né sulla rappresentatività propria della ricorrente... né sulla valutazione del carattere sufficiente della rappresentatività cumulativa delle parti sociali firmatarie di qualsiasi altro accordo ». Tale affermazione pone l'accento sulla necessità di un accertamento caso per caso della rappresentatività; e se è giustificata in forza della logica democratica, tuttavia può fare correre il rischio che siffatto accertamento non sia governato da regole tendenzialmente generali e da valutazioni ponderate.

Invero, il criterio della rappresentatività cumulativa sufficiente, per assicurare l'accertamento di una rappresentatività « provata » e non « presunta », avrebbe bisogno di essere arricchito da altri strumenti di verifica: come quelli, proposti dalla stessa Commissione nel 1996 (ma limitatamente all'individuazione delle parti sociali aventi titolo a partecipare alla sola procedura di consultazione), e concentrati sui rapporti interni tra organizzazioni comunitarie e nazionali e che fanno leva sulla solidità dei vincoli endoassociativi e sull'affidabilità del potere negoziale (cfr. Commissione, 1996, p. 13); oppure quelli che richiedono alle organizzazioni europee, da ritenersi rappresentative, di essere diffuse in modo equilibrato nel territorio dell'Unione o quantomeno di essere presenti in un numero minimo di Stati membri (cfr. *amplius* Veneziani, 1998, p. 283). E qui devono essere proprio le parti sociali a muoversi per arricchire e consolidare le regole necessarie per assicurare lo sviluppo di un maturo sistema di relazioni industriali europee nonché per conquistare una più solida legittimazione nelle comunità di riferimento.

Bibliografia

AA.VV. (1995), *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive*, Roma.

Arrigo G. (1997), *Politica sociale e dell'impiego nel Trattato di Amsterdam*, in *LI*, nn. 23-24, p. 5 e ss.

Biagi M. (1997), *Le relazioni industriali nell'Unione Europea*, in *DRI*, p. 17 e ss.

Commissione delle Comunità Europee (1993), *Comunicazione riguardante l'attuazione del Protocollo sulla Politica Sociale presentata dalla Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo*, 14 dicembre 1993, COM (93) 600 final.

Commissione delle Comunità Europee (1996), *Comunicazione della Commissione sull'andamento e sul futuro del dialogo sociale a livello comunitario*, 18 settembre 1996, COM (96) 448 def.

Foglia R., Santoro-Passarelli G. (1996), *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino.

Foglia R. (1998), *Il Trattato di Amsterdam: contenuti precettivi*, in *DL*, I, p. 61 e ss.

Izzi D. (1997), *Congedi parentali: un passo avanti verso la parità lavoratori-lavoratrici*, in *DPL*, n. 21, p. 1523 e ss.

Pelaggi A. (1998), *Resta esclusa un'associazione di categoria se gli altri condividono i suoi interessi*, in *Guida al diritto*, n. 30, p. 86 e ss.

Rocella M., Treu T. (1995), *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, 2^a ed., Cedam, Padova.

Veneziani B. (1998), *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva nella fase della trasformazione istituzionale dell'Unione Europea*, in *RGL*, I, p. 239 e ss.

Le politiche dell'immigrazione in Italia in base alla Legge n. 40/1998

Mariarosaria Damiani

Sommario

1. Premessa. **2.** Quanti sono gli immigrati? **3.** L'impianto generale della Legge n. 40/98. **4.** Le norme in materia di lavoro. **4.1.** Il lavoro subordinato e quello stagionale. **4.2.** Il lavoro autonomo. **5.** La famiglia e i minori. **6.** La tutela della salute. **7.** Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Da circa un anno è entrata in vigore la nuova legge sull'immigrazione (L. 6 marzo 1998, n. 40 (1)). Composta da 49 articoli con cui si è cercato di coprire tutti gli aspetti più rilevanti della vita dell'immigrato nel nostro paese, a una lettura approfondita del testo si può definire innovativa in numerosi aspetti rispetto alla normativa precedente. (Si consideri, ad esempio, l'introduzione della *carta di soggiorno*, una novità per il nostro ordinamento). Essa ha avuto il pregio di dare una sistemazione e una veste organica a una materia che necessitava da tempo di un assetto complessivo (sull'aspetto di questa necessità si veda Bolaffi G., 1996). Infatti, l'ultima legge organica sul tema (la L. n. 39/90) risaliva al governo Craxi ed era riferita a una fase ancora di *insediamento* degli immigrati nel nostro paese (eccezione fatta per alcuni gruppi nazionali, di più antica immigrazione quali, tra gli altri, capoverdiani, filippini, etiopi). La nuova legge, invece, è stata varata in un momento di *stabilizzazione* dei flussi (cfr. Calvanese F., 1993, pp. 173-184) di fronte a cui diventa sempre più rilevante individuare *percorsi di inserimento* concreti e umanamente accettabili.

Un altro punto al suo attivo è quello di aver cercato di rendere più flessibili alcuni strumenti per regolarizzare la loro presenza. Alludo in particolar modo alla diversa tipologia dei permessi di soggiorno in rapporto alla loro finalità e durata.

Innanzitutto, va chiarito qual è il suo ambito di applicazione. Si tratta di un complesso di norme che interessano « i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea » (2) per cui vigono, com'è noto, norme più favorevoli (se non altro, per effetto della condizione di reciprocità). Lo straniero, quindi, cui si applica la L. n. 40/1998, è colui il quale non appartiene all'Unione Europea né allo Spazio Economico Europeo (Norvegia, Islanda, Liechtenstein). Inoltre, il legislatore ha voluto attribuire una forza notevole alle nuove norme, almeno dal punto di vista formale. Infatti, si tratta di « principi fondamentali »

note

(1) Si tratta della « *Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* », pubblicata sulla G.U. del 12/3 /1998, serie generale n. 59. Va precisato che il governo ha stralciato dal testo della legge la parte relativa alla protezione umanitaria e al diritto di asilo, che pertanto sta seguendo un proprio *iter* legislativo attraverso un disegno di legge *ad hoc*. Tra i precedenti della legge vanno ricordati: lo schema di legge in 174 articoli, elaborato dalla Commissione Conti presso il CNEL (settembre 1993) durante il governo Amato; il disegno di legge che produsse poi il testo unificato Nespola, durante il governo Berlusconi; il decreto-legge Dini, successivamente decaduto.

(2) Infatti, la legge esplicitamente stabilisce che essa non si applica ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, « se non in quanto si tratti di norme più favorevoli » (art. 1).

**Le politiche
dell'immigrazione
in Italia**
Mariarosaria Damiani

nell'ambito delle materie di competenza delle regioni a statuto ordinario, e di « norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica » (art. 1) per quelle a statuto speciale. Va segnalato pure il suo carattere programmatico, visto che per numerosi aspetti applicativi rinvia all'emanazione di un regolamento di attuazione. Proprio per queste ragioni, il suo impatto sull'universo dell'immigrazione potrà essere valutato presumibilmente solo quando tale regolamento — (attualmente in corso di approvazione presso le Camere) (3) — sarà divenuto pienamente operativo.

Al di là del riconoscimento formale dei diritti dell'immigrato, un'analisi sociologica non deve perdere di vista l'effettività della norma. In particolare, mi soffermerò sui temi seguenti: permessi di soggiorno, lavoro e servizi, tutela della famiglia e sicurezza sociale (4).

2. Quanti sono gli immigrati?

In primo luogo vorrei fornire alcuni dati generali di riferimento, per dare un'idea del numero degli immigrati interessati sia dalla Legge n. 40/98, sia dal regolamento su indicato. Secondo le anticipazioni del *Dossier statistico Immigrazione*, fornite dalla Caritas di Roma, all'inizio del 1999 gli stranieri regolarmente soggiornanti nel nostro paese erano circa 1.250.214 (cfr. *Anticipazioni del Dossier statistico immigrazione*, a cura della Caritas di Roma, p. 1), di cui 327.438 si trovavano nella condizione di potenziali beneficiari della "carta di soggiorno" (in quanto soggiornanti nel nostro paese da più di cinque anni). A fronte di questi dati, la medesima fonte riporta una stima compresa mediamente tra le 235.000 e le 295.000 unità di presenze irregolari (Id., p. 7).

3. L'impianto generale della Legge n. 40/98.

Un aspetto innovativo contenuto nella legge (5) è quello relativo alla predisposizione, ogni tre anni, di un *documento programmatico* relativo alla politica dell'immigrazione. Tale documento, approvato dal Governo e trasmesso al Parlamento, conterrà le azioni e gli interventi che lo Stato intende attuare, anche in cooperazione con i partners europei, con le organizzazioni internazionali, con le istituzioni comunitarie, con le organizzazioni non governative (O.N.G.). Esso stabilisce le misure di carattere economico e sociale, i criteri generali per la definizione dei flussi di ingresso, gli interventi pubblici volti a favorire le relazioni familiari, l'inserimento e l'integrazione degli immigrati. Questo documento programmatico è stato emanato con D.P.R. 5 agosto 1998, *Approvazione del documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato, a norma dell'art. 3 della L. 6/3/1998, n° 40* (cfr. G.U. 15/9/98, n. 158).

Nel quadro di tale programma generale, sono emanati annualmente decreti, che stabiliscono le quote massime di stranieri ammessi in Italia per svolgervi attività di lavoro (*subordinato, stagionale e autonomo*). Infatti, i visti di ingresso per le suddette attività saranno rilasciati solo « entro il limite delle quote predette » (art. 3, co. 4). In tali quote, va ricordato, non sono computati gli ingressi per effetto dei ricongiungimenti familiari. Ciò perché, anche a seguito di sentenze della Corte Costituzionale, è stato riconosciuto che si tratta di *diritti soggettivi*, perciò « non comprimibili ».

note

(3) Più precisamente, nel marzo 1999, il regolamento attuativo è all'esame delle competenti Commissioni del Parlamento, secondo le procedure di cui al *Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* (Decreto Legislativo 25/7/1998, n. 286, pubblicato sulla G.U. del 18/8/1998, n. 139/L, art. 1, commi 6 e 7). Si veda a proposito delle novità contenute nel regolamento attuativo l'articolo di Nese M., 1999. Si segnala all'attenzione anche l'articolo di Briguglio S., 1999, che esamina criticamente alcuni meccanismi di reclutamento della manodopera immigrata nei paesi d'origine, contenuti nella Legge n. 40/98.

(4) È importante pure la previsione esplicita di obblighi di informazione delle rappresentanze diplomatiche o consolari del paese cui appartiene lo straniero da parte dell'autorità giudiziaria, dell'autorità di pubblica sicurezza e di ogni altro pubblico ufficiale del paese d'accoglimento nell'ipotesi in cui siano stati adottati provvedimenti in tema di libertà personale, di allontanamento dallo Stato, di tutela di minori, etc. che riguardino uno straniero.

(5) Parzialmente perché già la Legge n. 39 del 28 febbraio 1990 aveva introdotto il discorso della programmazione dei flussi, sul versante delle politiche migratorie (cfr. art. 2, commi 3 e 4). La programmazione prevista, però, aveva un ambito di riferimento annuale, come dirò poi, e non triennale, com'è stabilito, invece, dalla nuova Legge n. 40/98. Più precisamente, secondo la legge precedente (Legge n. 39/90), ogni anno il Governo avrebbe dovuto programmare i flussi di entrata in Italia per ragioni di lavoro, considerando, tra gli altri elementi, le esigenze dell'economia nazionale, le disponibilità finanziarie per l'accoglienza, etc.

Un primo problema che si pone al riguardo è quello della lotta agli ingressi clandestini. Infatti, come sovente viene osservato quando si affronta quest'argomento, è quasi impossibile attenersi realmente a tali quote (nel senso che è impossibile attuare un controllo generalizzato delle nostre coste, data la natura del nostro territorio). Perciò si può ragionevolmente sostenere che esse rappresentano degli orientamenti di massima, ma non dei limiti quantitativi a cui attenersi in maniera rigida. Vi è poi un discorso molto più delicato su cui la legge rinvia al regolamento di attuazione: quello dei criteri effettivi in base a cui saranno determinate. Criteri politici, fabbisogni di forza lavoro emergenti sul mercato o quali altri criteri? Secondo quanto indicato nel documento programmatico su citato (D.P.R. 5/8/98), i criteri generali per la definizione dei flussi di ingresso in Italia da cui partire per l'emanazione dei decreti annuali relativi alle quote massime di stranieri da ammettere nel nostro paese sono i seguenti: 1) impatto sul mercato del lavoro dei ricongiungimenti familiari, effetto del radicamento della comunità degli stranieri nel territorio italiano, eventuali problemi posti dalla ricerca di un lavoro da parte della seconda generazione di immigrati; 2) valutazione della situazione interna del mercato del lavoro nazionale e tendenza ad incanalare l'offerta di manodopera straniera verso aree del mercato non del tutto assorbite dalla manodopera italiana; 3) valutazione delle opportunità offerte dalla conclusione di accordi bilaterali con i Paesi d'origine e di eventuali altre azioni che possono essere concluse in cooperazione con l'Unione Europea e con le organizzazioni non governative; 4) « valorizzazione della previsione legislativa che consente l'ingresso in Italia a contingenti predeterminati di persone per le finalità di ricerca di un inserimento lavorativo, piuttosto che sulla base di un contratto di lavoro già esistente » (D.P.R. 5/8/98, p. 30). Per la verità, quest'ultimo criterio sembra in contraddizione rispetto alla previsione di cui all'art. 4, co. 3 della Legge n. 40/98, che subordina l'ingresso nel nostro territorio allo straniero in possesso di idonea documentazione, che comprovi, tra l'altro, la disponibilità di mezzi di sussistenza. Infatti, si può presumere maggiormente l'esistenza di tale disponibilità nel caso in cui il lavoratore straniero giunga in Italia dopo aver sottoscritto già un contratto, piuttosto che nell'ipotesi in cui egli si trovi ad essere alla ricerca di un lavoro.

Interessanti sono pure le disposizioni in materia di *permessi di soggiorno*, che vengono differenziati, come ho detto prima, in rapporto alla loro *finalità* e *durata*. Essi si distinguono in: 1) permessi la cui durata non può essere superiore a tre mesi, per visite, affari, turismo; 2) permessi di sei mesi, per lavoro stagionale (estensibile a nove mesi nell'ipotesi in cui la particolare natura del lavoro stagionale lo richieda); 3) permessi di un anno, per rendere possibile la frequenza di un corso di studio o per conseguire un titolo sul piano della formazione; 4) permessi di due anni per lavoro autonomo, per lavoro subordinato a tempo indeterminato e per ricongiungimenti familiari. Infine, 5) è ammessa la possibilità di un permesso di soggiorno che vada ben al di là delle necessità specificamente documentate « negli altri casi consentiti dalla presente legge o dal regolamento di attuazione » (art. 5, co. 3, punto e). Si può pensare che quest'ultima possibilità sia stata contemplata tenendo presente le diverse « emergenze », legate soprattutto a guerre o calamità naturali, cui il nostro paese ha dovuto far fronte negli ultimi anni (albanesi, kurdi, kosovari, etc.). Al riguardo, se da un lato mi auguro che norme successive definiscano la casistica da includere in quest'ultima categoria, in modo da circoscrivere al massimo i margini d'azione della pubblica amministrazione e del potere esecutivo, dall'altro, però, potrebbe essere utile disporre di una tipologia piuttosto flessibile, in cui far rientrare i casi atipici, di più difficile classificazione e, tuttavia, pur bisognosi di attenzione, proprio sul piano del rispetto sostanziale dei diritti umani (situazioni queste che certamente non mancano nel mondo dell'immigrazione).

Tra questi permessi va ricordato, perché si tratta di una novità, quello legato allo svolgimento di attività di formazione (cfr. punto 3), che vede finalmente nello straniero immigrato una persona con bisogni formativi specifici. In questa categoria si può far rientrare anche il caso di coloro che vengono in Italia per svolgere attività di tirocinio formativo. Si tratta di un'opportunità interessante, che consentirebbe loro di disporre, alla fine del tirocinio stesso, di una qualifica *certificata* dal datore di lavoro (6). Tale permesso può essere convertito,

note

(6) Tra l'altro, il permesso per motivi di formazione (art. 5, co. 3, punto c) prevede la possibilità che esso sia rinnovato annualmente nel caso di corsi di formazione pluriennale. Per quanto riguarda i tirocini (talvolta distinti anche in tirocini di orientamento e tirocini professionali), si tratta di una modalità di inserimento dei giovani in cerca di occupazione che sta riscuotendo attualmente un discreto successo nel nostro paese. Su questa materia, in base alla Legge n. 196/97 (più nota come *Pacchetto Treu*) è stato emanato recentemente un regolamento di

**Le politiche
dell'immigrazione
in Italia**
Marianosaria Damiani

prima della scadenza, in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, *sempre nel rispetto delle quote prefissate* e secondo le modalità che saranno stabilite dal regolamento di attuazione. Si tratta di un'opportunità interessante, anche dal punto di vista dell'alternanza scuola-lavoro: si lavora se si trova un lavoro oppure (alternativamente) ci si forma in attesa di un lavoro finalizzando, per quanto è possibile, la formazione a uno sbocco determinato. Questo meccanismo potrebbe avere un impatto positivo, tra l'altro, anche sul piano della socializzazione alla nostra cultura. È evidente, infatti, che la scuola e il posto di lavoro rappresentano luoghi privilegiati dal punto di vista dello sviluppo di processi di socializzazione e della nascita di reti di solidarietà.

Inoltre, per quanto concerne la formazione, i lavoratori italiani e extracomunitari possono richiedere il riconoscimento dei titoli di formazione professionale acquisiti all'estero. In assenza di accordi specifici, il Ministero del lavoro dispone condizioni e modalità di riconoscimento delle qualifiche per singoli casi (art. 22 del Decreto Legislativo 25/7/1998, n. 286). Quest'ultima norma, anche se probabilmente richiederà tempi lunghi di attuazione, mi sembra importante sul piano del riconoscimento di una condizione di pari opportunità tra stranieri e autoctoni. Inoltre, il lavoratore extracomunitario può partecipare a tutti i corsi di formazione e di riqualificazione programmati nel territorio della Repubblica (cfr. il medesimo articolo).

Una novità importante è poi quella della *carta di soggiorno* che può essere rilasciata allo straniero in presenza di determinate condizioni. Infatti egli deve: 1) essere regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato da almeno cinque anni; 2) essere titolare di un permesso di soggiorno per un motivo che consenta un numero indeterminato di rinnovi e 3) dimostrare di avere un reddito sufficiente per il sostentamento proprio e dei familiari. Pertanto, sembra di poter concludere che non beneficranno della *carta di soggiorno* né i titolari di permesso di soggiorno di breve durata, né gli studenti. Per quanto concerne, invece, il reddito, la legge non stabilisce un importo minimo a partire dal quale si possa parlare di reddito sufficiente né si riferisce a requisiti particolari (ad esempio, la stabilità del reddito). La *carta* permette allo straniero di partecipare alla vita pubblica locale, « esercitando anche l'elettorato quando previsto dall'ordinamento (...) in armonia con le previsioni del capitolo C della Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, fatta a Strasburgo il 5 febbraio 1992 » (7). In base a questa Convenzione viene riconosciuto il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni locali a ogni residente straniero, a condizione che questo soddisfi le stesse condizioni prescritte per i cittadini italiani e abbia risieduto legalmente ed abitualmente nello Stato nei cinque anni precedenti le elezioni (cfr. capitolo C, art. 6 della *Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale*, Strasburgo, 5/2/1992 (L. 8 marzo 1994, n. 203)). In sintesi, questo significa il riconoscimento del diritto di voto amministrativo, attivo e passivo, agli stranieri, diritto che rappresenta indubbiamente un passo avanti in vista del loro inserimento paritario nella nostra società. Infine, la *carta*, rilasciata allo straniero che soggiorni regolarmente in Italia da almeno cinque anni e che sia in grado di dimostrare di avere un reddito sufficiente per il sostentamento proprio e dei familiari (8) è a tempo indeterminato.

Un'altra novità è data dalla possibilità per lo straniero di vedersi riconoscere un permesso di soggiorno particolare, nel caso in cui siano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei suoi confronti ed emergano concreti pericoli per la sua incolumità, qualora egli tenti di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione criminale. In tal caso può essere inserito all'interno di « un programma di assistenza ed integrazione sociale » (9), a patto che

note

attuazione dal Ministero del Lavoro (Decreto 25/3/98, n.142, pubblicato sulla G.U. del 12/5/98, n. 108), le cui disposizioni sono estese anche ai cittadini extracomunitari « secondo principi di reciprocità e criteri e modalità da definire » mediante decreto del medesimo Ministero di concerto con altre amministrazioni (cfr. art. 8 del Decreto n. 142/98).

(7) Circa le polemiche che quest'articolo probabilmente susciterà, sul *Corriere della sera* del 28/3/98 si legge che la Lega intende promuovere un referendum per l'abrogazione di questa norma e di quelle che consentono l'accesso degli extracomunitari ai servizi sociali, poiché rappresenterebbero, a suo avviso, un aggravio della spesa pubblica. In rapporto a questo tema del diritto all'elettorato, molti auspicano la riforma della legge in materia di cittadinanza del 1992.

(8) La Legge n. 40/98 prevede pure particolari norme concernenti il controllo delle frontiere, il respingimento e l'espulsione — norme che la destra (Alleanza Nazionale) considera troppo blande —, nonché disposizioni contro le immigrazioni clandestine.

(9) Art. 16, co. 1. Tale permesso può essere revocato in caso di interruzione del programma o a causa della particolare condotta dello straniero, che possa ritenersi incompatibile con il rilascio del permesso suddetto. È

dia un contributo per cercare di contrastare l'organizzazione criminale di cui era parte o con cui aveva avuto contatti.

Interessante anche il principio più volte ribadito — anche in diversi atti internazionali — del *divieto di espulsione* per lo straniero che possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. Tali norme, (insieme a quelle successive contenute nel medesimo articolo) dovrebbero rappresentare una forma di tutela ulteriore per i rifugiati (art. 17) (10).

**Le politiche
dell'immigrazione
in Italia**
Mariasoria Damiani

4. Le norme in materia di lavoro.

4.1. Il lavoro subordinato e quello stagionale.

In materia di lavoro la legge n. 40/98 disciplina in maniera più ampia e completa rispetto al passato il *lavoro stagionale*, oltre a introdurre, come si è detto, il discorso delle quote. Infatti, l'ingresso nel nostro territorio per motivi di lavoro (*subordinato, stagionale o autonomo*) è sempre sottoposto al vincolo del rispetto delle quote, che sono stabilite — come si è già detto — annualmente con decreti *ad hoc*.

Limitatamente ad alcuni Stati extraeuropei possono essere previste in via preferenziale, quote *riservate* attraverso accordi specifici, finalizzati alla regolamentazione dei flussi di ingresso. Inoltre, viene prevista la possibilità di realizzare *intese* in tema di *flussi di lavoro stagionale*. Ciò sembra riflettere la precisa volontà politica di regolamentare, in maniera definita e chiara, per lo meno i *flussi di carattere stagionale*, cioè quelli che riflettono andamenti ciclici del mercato del lavoro, su cui perciò si possono abbozzare previsioni più attendibili. In questo ambito, la Legge n. 40/98 stabilisce la durata massima dei permessi per lavoro stagionale, che non possono superare i 9 mesi. Inoltre, la loro validità dovrà corrispondere, com'è ovvio, alla durata del lavoro stagionale richiesto. È evidente che dietro queste disposizioni c'è la volontà del legislatore di impedire ingressi di lavoratori stagionali, che poi si trovino ad essere sprovvisti di un'occupazione. Un altro riconoscimento importante per il lavoratore stagionale è anche quello relativo alla possibilità di convertire il proprio permesso di soggiorno in permesso di soggiorno per lavoro subordinato (a tempo determinato o indeterminato).

A un'analisi più approfondita, però, le norme contenute in quest'articolo 19, per la verità, non soddisfano. Infatti, i decreti annuali dovrebbero tener conto delle indicazioni fornite dal Ministero del Lavoro per quanto attiene le qualifiche e le mansioni, in base all'andamento dell'occupazione e dei tassi di disoccupazione, nonché al numero dei disoccupati iscritti nelle liste « non appartenenti all'Unione europea ». Evidentemente l'intenzione prioritaria del legislatore è quella di « bloccare » eventuali nuovi ingressi in relazione a tali indicazioni (che devono essere acquisite perché i decreti possano essere emanati). È appena il caso di osservare che il meccanismo appare nel complesso piuttosto farraginoso: annualmente bisognerebbe stabilire quanti immigrati possono entrare in rapporto a tali indicazioni, riferite necessariamente all'anno o agli anni precedenti. Ora, stabilire una linea di blocco agli ingressi in base a previsioni di massima, del tutto orientative perché riferite agli andamenti del mercato del lavoro degli anni precedenti, mi sembra contenere un elemento di arbitrio. Cosa ci autorizza, infatti, a sostenere che gli andamenti dell'anno precedente si possono considerare validi e perciò estensibili anche all'anno successivo? In fondo si tratta soltanto di stime presunte, in base a cui, però, si viene ad incidere su diritti fondamentali quali la mobilità delle persone, il diritto di soggiorno e quello di stabilimento, etc.

Viene confermato poi il meccanismo delle liste, in cui dovrebbero iscriversi gli immigrati stranieri che entrano in Italia per motivi di lavoro subordinato o stagionale. In tali liste andrebbero specificate le qualifiche possedute e/o le mansioni che l'immigrato intende svolgere. Ora, se da un lato sembra opportuna la predisposizione di un'*anagrafe annuale informatizzata della domanda e dell'offerta di lavoro* dei lavoratori stranieri, esplicitamente prevista dalla legge, non si capiscono le ragioni per cui si insiste a riproporre tale meccanismo delle liste, ormai ampiamente superato dalle dinamiche correnti del mercato del

note

evidente l'influenza esercitata in questo campo dalle disposizioni concernenti il fenomeno del pentitismo e la figura dei cosiddetti « collaboratori di giustizia ».

(10) La norma viene completata con l'indicazione di una serie di casi in cui le espulsioni sono rigorosamente vietate.

315

**Le politiche
dell'immigrazione
in Italia**
Mariarosaria Damiani

lavoro, dove il datore di lavoro si sceglie il personale da assumere (11), a meno che l'intento non sia quello di costruire appunto una sorta di censimento della forza lavoro straniera disponibile in un dato momento (finalità che, però, potrebbe essere realizzata benissimo con l'*anagrafe* a cui si è accennato prima).

Se, da un lato, si può ritenere valida una programmazione "di massima" degli ingressi annualmente consentiti nel senso che per intervenire su un fenomeno bisogna per lo meno avere un'idea delle sue dimensioni da un punto di vista quantitativo, dall'altro nutro forti perplessità circa il fatto che queste quote siano effettivamente rispettate. A parte le aree più interessate dall'evasione (ingressi clandestini e lavoro nero), ritengo che il sistema delle quote avrà bisogno di svariati aggiustamenti e modifiche prima di essere in grado di funzionare effettivamente.

Una norma su cui pure intendo richiamare l'attenzione, se non altro per i riflessi che può produrre in termini di integrazione, è quella contenuta all'art. 21 del *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* (Decreto Legislativo 25/7/1998, n. 286). Secondo quest'articolo è possibile prevedere, previa intese o accordi bilaterali, l'utilizzazione in Italia, con contratto di lavoro subordinato, di gruppi di lavoratori per l'esercizio di determinate opere e servizi limitati nel tempo. Al termine del rapporto di lavoro i lavoratori devono rientrare nel paese di provenienza. È evidente, infatti, che in tali casi si configura una situazione molto simile a quella che ha contraddistinto la condizione della maggior parte degli emigranti italiani in Germania negli anni Sessanta e Settanta. Questi ultimi di fatto non si inserivano nel tessuto sociale del paese d'arrivo proprio per il loro status di lavoratori "ospiti" ("*Gastarbeiter*"), dovendo necessariamente ritornare nel Paese d'origine, una volta concluso il lavoro per cui erano stati "ingaggiati".

Inoltre, il *Testo Unico* già citato prevede, all'art. 21, che il Ministero degli affari esteri, d'accordo con quello del lavoro, possa predisporre progetti integrati per il reinserimento di lavoratori extracomunitari nei Paesi d'origine, previa idonee garanzie fornite dai governi dei Paesi di provenienza. Si tratta di un'altra disposizione interessante dal punto di vista dell'adozione di una politica dei rimpatri più equilibrata rispetto al passato, di cui, tuttavia, si segnala il carattere problematico dell'applicazione. Infatti, è noto che i Paesi di accoglimento degli immigrati hanno grandi difficoltà a controllare i flussi degli aiuti (finanziari e di altro genere) nel Paese d'origine degli immigrati; inoltre, sovente questi ultimi non sono dotati di una macchina amministrativa efficiente etc.

Un'altra norma interessante dal punto di vista dell'inserimento nel nostro paese è quella che prevede la possibilità per l'immigrato di restarvi per un periodo non inferiore a un anno nel caso in cui, originariamente in possesso di un permesso di soggiorno per lavoro subordinato, successivamente perda il posto di lavoro, anche se per dimissioni (12). Al riguardo, fa riflettere la dicitura « non inferiore a un anno », esplicitamente contenuta nella norma. Essa si presta infatti a una duplice lettura. Da una parte, la si può considerare come un'apertura perché per un anno almeno (e forse più) gli si offre l'opportunità di restare. Dall'altra, però, egli si trova a fare i conti con la particolare situazione italiana del mercato del lavoro, affetto da una carenza cronica di opportunità di lavoro, dove, com'è noto, non è facile trovarne uno, neanche per i lavoratori autoctoni. Inoltre, chi deciderà se colui che si trova in questa condizione può restare in Italia per un anno o anche più? Le Questure? In base a quali criteri?

Un altro aspetto su cui porre l'attenzione è quello relativo alla *prestazione di garanzia per l'accesso al lavoro*, soprattutto per il potere che queste norme consentiranno di acquisire alle associazioni del volontariato, cattolico (*Caritas* e *Comunità di Sant'Egidio*) e non (cfr. Zincone G., 1994). In sintesi, il cittadino italiano (o straniero regolarmente soggiornante) che intenda farsi garante dell'ingresso di uno straniero per consentirgli l'inserimento nel mercato del lavoro deve presentare una domanda esplicita in tal senso alla Questura di residenza. Fermi restando il rispetto delle quote sopra indicate e dei requisiti prescritti per

note

(11) Infatti, attualmente il meccanismo delle assunzioni è totalmente liberalizzato dal momento che vige il sistema della *chiamata nominativa*. In base a questo sistema il datore di lavoro individua il lavoratore che intende assumere e ne dà comunicazione all'ufficio di collocamento (« sezione circoscrizionale per l'impiego »), che quindi prende atto della sua decisione; oppure in altri casi previsti dalla legge, egli si limita a inoltrare all'ufficio la comunicazione dell'avvenuta assunzione (successiva quindi all'assunzione stessa).

(12) Va precisato in tale ambito che la norma esplicitamente esclude da questa opportunità il lavoro stagionale che dispone, invece, di tempi più ristretti di permanenza in Italia.

l'ingresso, un ulteriore regolamento — diverso da quello di attuazione — potrà prevedere un elenco degli enti e delle associazioni ammesse a prestare tale garanzia. In quest'ambito sarà stabilito pure il numero massimo delle garanzie che ciascun soggetto può prestare in un anno. Novità vengono introdotte anche sul versante del lavoro stagionale, che viene regolamentato nel nostro paese per la prima volta, se non si considerano i decreti precedenti non convertiti in legge e quindi decaduti. Il lavoratore stagionale che abbia già lavorato regolarmente in Italia, in virtù di questa passata esperienza, ha il diritto di precedenza per quanto riguarda il rientro in Italia nell'anno successivo per ragioni di lavoro stagionale rispetto ai connazionali, che non siano mai venuti in Italia per ragioni di lavoro. Se da un lato sembra giusto e opportuno che venga fissata una priorità del genere, dall'altro, però, si può innescare in tal modo un meccanismo perverso, per cui alla fine gli immigrati che entrano regolarmente nel nostro paese per svolgere attività di lavoro stagionale sono sempre gli stessi. La logica di fondo che si può individuare dietro l'adozione di tale misura è ancora una volta quella della difesa dei nostri confini di fronte allo straniero, che si trovi a essere « un nuovo venuto ».

La legge inoltre stabilisce la possibilità di stipulare convenzioni per favorire l'accesso dei lavoratori stranieri ai posti di lavoro stagionale (cfr. art. 22, co. 5). Tale opportunità, però, potrà essere attivata se se ne faranno promotrici le organizzazioni sindacali delle parti sociali all'interno delle commissioni regionali per l'impiego (CRI). Questo significa, da un punto di vista strettamente pratico, che là dove esse sono più forti e incalzanti rispetto alle istituzioni sarà possibile fruire di questo strumento, mentre nei piccoli centri, ancor più in alcune regioni meridionali, sarà più improbabile che tali convenzioni vengano sottoscritte.

Dal punto di vista delle tutele previste nel campo previdenziale-assicurativo, ai lavoratori stranieri stagionali vengono riconosciute le medesime coperture che vigono per gli italiani (Assicurazione I.V.S. — Invalidità, Vecchiaia e Superstiti —; contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali; contro le malattie; assicurazione di maternità. — Cfr. art. 23 della Legge n. 40/98). In caso di rimpatrio, il lavoratore extracomunitario conserva i diritti previdenziali e di sicurezza sociale maturati e può goderne anche se non vigono accordi di reciprocità in tal senso (art. 22, co. 11 del D.Lgs. 286/98).

Inoltre, sul versante delle pensioni si riconosce esplicitamente la possibilità per il lavoratore che lascia il nostro paese, di vedersi liquidati i contributi, che risultino versati in loro favore presso forme di previdenza obbligatoria, maggiorati del 5 per cento annui, nell'ipotesi in cui la materia non sia regolata da accordi o convenzioni internazionali (cfr. il medesimo articolo su citato). È prevista pure la possibilità di ricostruire la posizione contributiva del lavoratore, successivamente al suo ingresso in Italia (13).

Importanti pure le norme che riconoscono la possibilità per il lavoratore straniero di partecipare a tutti i corsi di formazione e di riqualificazione "programmati" nel nostro paese (art. 22 del *Testo Unico*).

4.2. Il lavoro autonomo.

Anche nel campo del lavoro autonomo la Legge n. 40 ha cercato di disciplinare ulteriormente la materia, su cui era già intervenuta la Legge 39/90. L'insieme delle disposizioni concernenti il *lavoro autonomo*, se da un lato cerca di definire ulteriormente le procedure e i tempi per il rilascio del relativo visto di ingresso, dall'altro, rivela un orientamento piuttosto restrittivo da parte del legislatore. Basti pensare che per l'esercizio di tale attività devono essere acquisiti, tra l'altro, ben tre nullaosta (dal ministero degli affari esteri, da quello dell'interno e dal ministero competente in relazione all'attività che si intende svolgere). Tale orientamento restrittivo, però, è controbilanciato dalla previsione esplicita in base a cui tale autorizzazione deve essere rilasciata o, viceversa, negata entro centoventi giorni dalla data della presentazione della domanda.

Sempre in tema di lavoro autonomo non occasionale, la nuova legge stabilisce preliminarmente che l'ingresso in Italia di lavoratori stranieri non appartenenti all'Unione Europea, è consentito solo *per attività che non siano riservate ai cittadini italiani* o a quelli appartenenti a uno degli stati membri dell'Unione. Si tratta, com'è evidente, di una *norma di salvaguardia*

(13) Anche in questo campo molto specialistico saranno emanate norme applicative (regolamenti, circolari, etc.) dall'INPS.

**Le politiche
dell'immigrazione
in Italia**
Mariarosaria Damiani

dei lavoratori italiani in primo luogo (e, secondariamente, degli altri cittadini dell'U.E.), nei cui confronti viene mantenuto un sistema, peraltro legittimo, di maggior protezione. Le condizioni richieste all'immigrato straniero che intenda svolgere tale attività in maniera non occasionale sono rigide e non facilmente realizzabili. Egli deve dimostrare di disporre: 1) di risorse adeguate per il suo esercizio; 2) di un alloggio idoneo; 3) di un reddito annuo « proveniente da fonti lecite » o di una garanzia corrispondente da parte di enti o cittadini italiani o di stranieri regolarmente soggiornanti. Tale reddito deve essere di importo superiore al livello minimo previsto dalla legge per l'esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria; 4) dei requisiti previsti dalla legge italiana per l'esercizio di quella determinata attività (ad esempio, l'iscrizione in determinati albi o registri). Interessanti anche le norme relative all'esercizio delle libere professioni. Per coloro che possiedono titoli professionali legalmente riconosciuti viene esplicitamente ammessa la possibilità di iscriversi agli Ordini e/o ai Collegi professionali « in deroga alle disposizioni che prevedono il requisito della cittadinanza italiana ». Tuttavia, va rilevato che anche questa iscrizione sarà subordinata al rispetto di quote predefinite (cfr. art. 35 della Legge 40/98).

5. La famiglia e i minori.

La Legge 40/98 riconosce esplicitamente il diritto di mantenere o riacquistare l'unità familiare agli stranieri titolari di carta di soggiorno o di un permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno, rilasciato per ragioni di lavoro (subordinato o autonomo) oppure per ragioni connesse con il diritto di asilo, o ancora di studio o per motivi religiosi. Pertanto, sono esclusi dal ricongiungimento i lavoratori stagionali e coloro che sono autorizzati a soggiornare per un breve periodo per svolgere attività occasionali. In tali casi, la Rappresentanza diplomatica italiana può rilasciare eventualmente un visto per « motivi familiari » di breve durata, che implica, però, il divieto di svolgere attività lavorativa.

Anche il ricongiungimento può essere richiesto a condizione che si disponga di un alloggio e di un reddito annuo idoneo, derivante da fonti lecite — non necessariamente da lavoro —, che viene determinato tenendo conto del reddito annuo complessivo dei familiari che convivono con chi chiede il ricongiungimento. Per quanto riguarda, invece, l'idoneità dell'alloggio, vengono adottati, come parametri di riferimento, alcuni parametri minimi previsti dalle leggi regionali per gli alloggi in materia di edilizia residenziale pubblica. Perciò pure in questo campo si osserva che in tanto viene riconosciuto un « beneficio » all'immigrato in quanto egli disponga già di una « base di partenza » (l'alloggio e il reddito, per lo meno) per proprio conto. (Tra l'altro, l'ammontare del reddito richiesto è via via maggiore a seconda del numero dei familiari da ricongiungere). La regola generale è che se la persona che soggiorna in Italia, chiede l'ingresso di familiari, a questi ultimi va riconosciuto un visto di ingresso e un permesso di soggiorno della medesima durata di quello del richiedente.

Allo straniero che sia entrato in Italia in base a un visto di ingresso per ragioni di ricongiungimento familiare, viene rilasciato un permesso « per motivi familiari » (cfr. art. 28 della Legge n. 40/98) che, diversamente rispetto a quanto previsto dalle norme precedenti, rende possibile l'accesso ai servizi sociali, l'iscrizione a corsi di studio o di formazione professionale, l'iscrizione alle liste di collocamento, la realizzazione di attività di lavoro subordinato o autonomo. Un aspetto degno di attenzione è dato dalla possibilità di trasformare il permesso di soggiorno per motivi familiari in permesso per lavoro subordinato, per lavoro autonomo o per studio, anche nell'ipotesi di separazione legale o di scioglimento del matrimonio. Ciò significa che in questi casi si riconosce allo straniero la possibilità di restare legalmente nel nostro paese, a patto che, però, abbia un lavoro regolare.

Per quanto riguarda i figli minorenni, vengono iscritti nel permesso di soggiorno (o nella *carta di soggiorno*) del genitore straniero regolarmente soggiornante fino al compimento di quattordici anni. Superato tale limite, viene loro riconosciuto un permesso di soggiorno valido fino a quando non diventeranno maggiorenni. Inoltre, sul piano della condizione giuridica, il minore segue quella del genitore con cui convive ovvero la più favorevole, tra quella dei due genitori.

6. La tutela della salute.

In tema di assistenza sanitaria va distinta l'ipotesi di chi è iscritto al servizio sanitario nazionale (cioè dispone di mezzi propri) ed è in regola con le norme relative all'ingresso e

al soggiorno dal caso di chi, invece, non è iscritto e pertanto non è in regola con tali norme. A quest'ultimo saranno assicurate, tuttavia, « le cure ospedaliere urgenti e comunque essenziali (...) per malattia e infortunio » e saranno applicati i programmi di medicina preventiva, « a salvaguardia della salute individuale e collettiva ». Tali prestazioni saranno fornite senza altri oneri per gli stranieri assistiti, qualora siano privi delle risorse economiche, salvo il versamento da parte loro delle quote di partecipazione alla spesa sanitaria, alla stessa maniera e nella stessa misura dei cittadini italiani (cosa che, peraltro, era già prevista dalla Legge n. 39/90). Inoltre, *sono garantiti* sia la tutela sociale della gravidanza e della maternità, sia la tutela della salute del minore. Le donne straniere possono usufruire quindi di tutti i servizi previsti per la gestazione (compresi i consultori e gli esami clinici specialistici) in condizioni di parità rispetto alle donne italiane che si trovino nella medesima condizione.

7. Considerazioni conclusive.

Alcuni esperti che si interessano di immigrazione hanno sottolineato come sussistano difformità tra la nuova legge e gli orientamenti comunitari attualmente prevalenti su aspetti importanti quali le condizioni per consentire l'ingresso dell'immigrato-lavoratore e i ricongiungimenti familiari (cfr. Miele R., 1998). Altri, invece, individuano, tra i punti deboli della legge, le norme relative al respingimento e all'espulsione dell'immigrato clandestino (cfr. articolo di fonte Andkronos, *I gesuiti: cacciate i clandestini*, in *La Stampa* del 5/3/1999. Tra costoro, però, figurano notoriamente esponenti di partiti quali Alleanza Nazionale e la Lega.).

Ciò nonostante, la Legge n. 40/98 appare innovativa, come si è già detto, in numerosi punti. Essa tocca un po' tutti gli aspetti della vita dell'immigrato nel nostro paese e si spinge anche a notevoli livelli di approfondimento. Si considerino al riguardo, ad esempio, gli articoli relativi alla *discriminazione* per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, in cui oltre a tracciare per la prima volta nel nostro ordinamento una possibile tipologia degli atti e delle azioni discriminatorie, si introduce il concetto di *discriminazione indiretta*, intesa come una situazione in cui « la distinzione sia compiuta sulla base di criteri apparentemente neutri, e pertanto non vietati, ma che applicati al destinatario producono un effetto di esclusione » (14). Inoltre si è cercato di definire anche una procedura attraverso cui perseguire tali azioni in virtù della quale il giudice può condannare al pagamento del danno, anche non patrimoniale (art. 42).

Se poi si esaminano gli articoli relativi all'educazione interculturale e all'istruzione, la legge sembra dotata di un respiro molto ampio. Mi chiedo, però, se non esista e se si possa eventualmente esplorare una via che consenta di uscire fuori dalla logica difensiva nei confronti dello straniero, che poi in pratica significa abbandonare del tutto il sistema delle quote, delle condizioni di accesso sul piano della disponibilità di reddito, di un alloggio ecc. che continuano a rappresentare, com'è evidente, una barriera spesso insormontabile all'ingresso regolare degli immigrati.

note

(14) Per discriminazione indiretta s'intende, (art. 41, punto c)), « ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti a una determinata razza, a un determinato gruppo etnico o linguistico, a una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa ». In tema di discriminazione, inoltre, va ricordata, a titolo informativo, la L. n. 205 del 25/6/93: « Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica, religiosa », volta soprattutto a contrastare movimenti quali quello degli *skinheads*. La citazione riportata nel testo è di Palumbo V., p. 183.

Le politiche dell'immigrazione in Italia

Marianosaria Damiani

Bibliografia

- Bolaffi G.** (1996), *Una politica per gli immigrati*, il Mulino, Bologna.
- Briguglio S.** (1999), *Immigrazione al bivio*, su *Il Manifesto* del 15/3/1999.
- Calvanese F.** (1993), *Nuovi modelli migratori: il caso italiano*, in Delle Donne M., Melotti U., Petilli S., *Immigrazione in Europa. Solidarietà e conflitto*, Cedis, Roma.
- Caritas (a cura di) (1999), *Anticipazioni del Dossier statistico Immigrazione*, Roma, marzo 1999.
- Damiani M.** (1999), *L'integrazione mancata*, SEAM, Roma.
- Damiani M.** (1995), *Le difficoltà dell'adattamento socio-culturale. Il caso di alcuni rifugiati somali*, in Fondazione Celli A., *Rifugiati e immigrati*, Bulzoni, Roma, pp. 281-287.
- Macioti M.L., Pugliese E.** (1991), *Gli immigrati in Italia*, Laterza, Roma-Bari.
- Martinelli F., D'Ottavi A.M., Valeri M.** (1998), *Immigrati a Roma. Processi di adattamento di Filippini, Egiziani, Srilankesi, Etiopi*, Bulzoni, Roma.
- Miele R.** (1998), *La nuova legislazione sugli stranieri*, in *Gli stranieri. Rassegna di studi, giurisprudenza e legislazione*, Union Printing, Roma.
- Mioli B.** (1998), *Gli immigrati in Italia hanno una nuova legge*, in *Servizio Migranti*, n. 2/1998.
- Mottura G., Pinto P.** (1996), *Immigrazione e cambiamento sociale. Strategie sindacali e lavoro straniero in Italia*, Ediesse, Roma.
- Nese M.** (1999), *Uno sponsor per gli extracomunitari*, in *Il Corriere della Sera*, 30/1/1999.
- Palumbo V.** (1998), *Commento all'art. 41*, in Miele R., *op. cit.*
- Taguieff P.A.** (1999), *Il razzismo. Pregiudizi, teorie, comportamenti*, Raffaello Cortina, Milano (tit. orig.: *Le racisme*, Flammarion, 1997).
- Zanfrini L.** (1998), *Leggere le migrazioni. I risultati della ricerca empirica, le categorie interpretative, i problemi aperti*, F. Angeli, Milano.
- Zincone G.** (1994), *Uno schermo contro il razzismo. Per una politica dei diritti utili*, Donzelli, Roma.

Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi

Laura Castelvetti

Sommario

1. La nuova disciplina antidiscriminatoria contenuta nel testo unico sull'immigrazione. **2.** Il cittadino straniero e i diritti del lavoratore costituzionalmente garantiti. **3.** La legislazione antidiscriminatoria preesistente. **4.** La nozione di discriminazione. **5.** Le discriminazioni nell'accesso all'occupazione ... **6.** ... e nel rapporto di lavoro. **7.** L'azione civile contro la discriminazione.

1. La nuova disciplina antidiscriminatoria contenuta nel testo unico sull'immigrazione.

Il nuovo testo unico sull'immigrazione dai paesi non comunitari (D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286) accorpa le precedenti discipline sulla condizione dello straniero, armonizzando, in particolare, la legge n. 40 del 1998 con la legge n. 943 del 1986 e con le leggi di pubblica sicurezza (su cui Viscomi, 1991, 1993, 1996; Adinolfi, 1992). Al di là degli obiettivi di razionalizzazione e coordinamento tra queste disposizioni, la nuova normativa assorbe anche i due articoli 41 e 42 della legge 40 del 1998 sulla tutela antidiscriminatoria il cui ambito di applicazione è generale, posto che non riguardano, in esclusiva, i particolari stranieri provenienti da paesi deboli non comunitari cui essa è dedicata: questi articoli, infatti, (d'ora in poi menzionati come artt. 43 e 44 del testo unico) sono espressamente dichiarati applicabili a tutti, cittadini italiani o stranieri, comunitari e non comunitari, e intendono colpire le conseguenze, consapevoli o meno, del pregiudizio che inquina la convivenza con individui e gruppi di varia provenienza.

Oltreché doverose rispetto agli impegni assunti sul piano internazionale, queste garanzie contro le discriminazioni sono ormai ritenute indispensabili anche nel nostro Paese, malgrado la protratta convinzione — forse ingiustificata — di un diffuso spirito di tolleranza verso la diversità (per una prospettiva di diritto comparato, Toriello, 1997). Il ragionare analiticamente sugli articoli 43 e 44 del testo unico comporterebbe la redazione di un commentario, poiché essi contengono, complessivamente, quindici commi densi di prescrizioni per la repressione di comportamenti tenuti da soggetti pubblici e privati, identificati con riferimento al loro fondarsi su fattori di discriminazione molteplici e di ambiguo contorno (Viscomi, 1998, p. 304), e perciò assai pesanti sul piano interpretativo. In questa sede, peraltro, sarà presa in considerazione la tutela antidiscriminatoria solo con riguardo alle condotte dei datori di lavoro nelle assunzioni e nel rapporto di lavoro e ad alcuni profili dell'azione civile contro la discriminazione.

2. Il cittadino straniero e i diritti del lavoratore costituzionalmente garantiti.

La nuova disciplina attua e specifica i principi contenuti nelle disposizioni costituzionali dedicate ai diritti del lavoratore senza aggettivi nonché quello dell'art. 10 Cost., che impone la conformità del trattamento legale dello straniero alle norme del diritto internazionale

**Le garanzie contro
le discriminazioni
sul lavoro**
Laura Castelvetri

generalmente riconosciute: l'art. 1 del testo unico esordisce con il suo espresso richiamo e identifica gli stranieri destinatari della normativa come i cittadini non comunitari e gli apolidi.

A prescindere dalle modalità di ingresso, dunque, sono riconosciuti allo straniero (art. 2) i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi internazionali, mentre chi già possiede un regolare permesso di soggiorno gode, altresì, dei diritti civili attribuiti al cittadino (Luciani, 1992, p. 203, Dorazio, 1992, Melica, 1996, Nascimbene, 1997, pp. 3-66). L'ulteriore espresso richiamo della convenzione O.I.L. 143 del 1975 impegna, poi, la Repubblica a garantire a questi ultimi e alle loro famiglie « parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani », la partecipazione alla vita pubblica locale (comma 4) e la parità di trattamento con il cittadino quanto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, anche nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, sia pure nei limiti derivanti dalla stessa nuova normativa (comma 5).

Con riguardo all'oggetto di queste note, va detto che la titolarità di diritti identici a quelli dei cittadini italiani era già riconosciuta dalla giurisprudenza ai lavoratori stranieri non tanto per la legge di ratifica n. 158/1981 della convenzione O.I.L. 143/1975 e neppure per la successiva attuazione specificatrice realizzata dall'art. 1 della legge 943 del 1986: infatti, secondo la Corte di Cassazione (cfr. Cass. S.U., 4 marzo 1988, n. 2265, in *RGL*, 1989, II, p. 129 con nota di Conetti, p. 130 e in *GI*, 1989, I, I, c. 129, con nota di Rescigno P.), il diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente, alle ferie e ai riposi è attribuito direttamente dall'art. 36 Cost. al lavoratore in quanto tale, e dunque anche straniero, in applicazione del principio dell'art. 35 Cost., che « tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni », risultando del tutto inutili i riferimenti all'art. 3 Cost. — peraltro applicabile, secondo la Corte, ai soli cittadini —, o all'art. 10 Cost. (1).

La dottrina si è espressa criticamente al riguardo (Conetti, 1989, pp. 132-135), avendo la Cassazione ignorato l'art. 2 Cost. che varrebbe, al contrario, da « sicuro riferimento per argomentare la assoluta inderogabilità delle norme di principio, costituzionali e non, concernenti i diritti individuali fondamentali ». Essa avrebbe altresì trascurato quegli orientamenti dottrinali (Paladin, 1965, p. 205; Rossano, 1966, p. 295) e della Corte costituzionale che deducono dalla interpretazione sistematica degli artt. 2, 3 e 10 Cost. una estensione del principio d'eguaglianza ogni volta che sia in discorso la garanzia di diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti allo straniero anche in conformità con l'ordinamento internazionale: tale è ritenuta, fra l'altro, la non discriminazione di trattamento tra lavoratori cittadini e stranieri dai numerosi patti, convenzioni, Carte e trattati sottoscritti dal nostro Paese (riferimenti in Conetti, loc. cit.; Viscomi, 1991, pp. 84-91; Adinolfi, 1992, p. 280. Sui divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro, diffusamente anche Isenburg, 1984; Barbera, 1991, cap. III; Ballestrero, 1994).

Per quanto sia rilevante e consolidato il peso di tali interpretazioni, il legislatore ha ritenuto necessario sanzionarli solennemente con la legge 943 del 1986 (Leita, 1988, p. 1012, Napoli, 1996, p. 127), ora assorbita nel testo unico, anche per contrastare più efficacemente le diffuse pratiche sperequative verso gli immigrati, rinforzandone la portata con misure penalistiche contro l'intolleranza e gli atteggiamenti razzisti veri e propri (legge 25 giugno 1993, n. 122 contenente misure urgenti contro la discriminazione razziale, etnica e religiosa, su cui cfr. Chiassoni, 1994, p. 227 e Comanducci, 1994, p. 32).

Sulla parità di trattamento dei lavoratori come conseguenza implicata dai vari divieti di discriminazione contenuti nell'ordinamento interno e internazionale, la Corte costituzionale si è espressa dieci anni or sono — rispetto a un caso di disparità tra lavoratori italiani (C. Cost. n. 103 del 1989, in *RIDL*, 1989, II, p. 389) —, richiamando tutti i soggetti individuali e collettivi coinvolti nella regolamentazione e nella gestione di rapporti di lavoro al rispetto dei precetti costituzionali e, in particolare, al rispetto della pari dignità sociale di tutti i lavoratori.

In quel caso specifico, sia pure strumentalmente rispetto al proprio ragionamento, in verità

note

(1) Il rilievo costituzionale del riconoscimento precluderebbe, poi, la sua deroga ad opera dell'art. 16 delle preleggi in tema di reciprocità — quale norma di carattere sostanziale inerente alla capacità giuridica dello straniero di acquistare diritti indubbiamente di grado gerarchico subordinato alla norma costituzionale (sul residuo rilievo dell'art. 16 prel., dopo l'emanazione della Costituzione, diverse prospettive in Barile, 1953, p. 57 e Cassese, 1975, p. 514 e in Biscottini, 1967, I, p. 47, Ballarino, 1974, p. 37 e Nascimbene, 1980, p. 808)

non sempre nitido (per un riepilogo delle opinioni dottrinali sulla sentenza, rinvio al mio saggio, in questa rivista, 1992, n. 2, pp. 81-107), la Corte aveva predicato l'illegittimità non solo di atti discrezionali dell'imprenditore, ma anche di ogni previsione di carattere generale, collettiva o unilaterale, diretta a diversificare i trattamenti dei lavoratori di pari livello, in relazione a condizioni personali o sociali attinenti al sesso, alla razza, alla lingua, alla religione. Questo pur ammettendo la legittimità di differenziazioni, non discriminatorie, quale giustificato e ragionevole frutto di una contrattazione equilibrata, « dei confliggenti interessi dei lavoratori e degli imprenditori », « in una data situazione di mercato ».

Il precetto di non discriminazione appariva diretto, dunque, anche alle organizzazioni sindacali, imponendo ad esse un dovere di esercitare il proprio compito istituzionale di rappresentanza contrattuale senza discriminare i lavoratori in ragione di motivi vietati dall'ordinamento. L'attuale dimensione dei fenomeni migratori costringe a rimeditare su quel ragionamento ricostruttivo, non essendo più, oggi, solo ipotetica la tendenza al formarsi di aggregazioni, anche a carattere sindacale, caratterizzate per omogeneità nazionale, razziale o etnica: è di questi giorni, ad esempio, la proposta di favorire l'integrazione del lavoro immigrato nel nostro tessuto produttivo mediante la stipulazione di contratti collettivi d'area « di tipo etnico », dunque attraverso una negoziazione differenziata, se non necessariamente peggiorativa, rispetto agli standard di categoria (2).

Beninteso, la Corte ragionava, allora, sui massimi principi, catalogando i divieti specifici di discriminazione previsti dalle fonti interne e internazionali senza diretto riferimento al trattamento degli stranieri e solo per argomentare l'inesistenza di un canone generale di parità di trattamento nei rapporti tra privati. Ciò nonostante il suo rilievo, pur nel contesto attuale, risiede nella specificazione del come debbano intendersi nel nostro ordinamento la pari dignità sociale e i divieti di discriminazione, posto che gli argomenti allora desunti dalle fonti internazionali sono i principi stessi che la nuova legge ha precisato e reso più effettivamente garantiti anche sul piano giurisdizionale.

Suo merito indubbio (Barbera, 1991, p. 206) fu dunque di avere espressamente ricondotto il precetto antidiscriminatorio dell'art. 15 dello Statuto nell'ambito dei principi costituzionali di non discriminazione e di pari dignità umana e sociale, di cui agli artt. 3 e 41 Cost., e di averne sottolineato il collegamento con la nozione di discriminazione elaborata in sede internazionale.

Con la pronuncia del 1989 il giudice delle leggi esauriva gli argomenti formali ancor oggi opponibili alle proposte di regolamentazione collettiva differenziata del lavoro immigrato: restano, pesanti come pietre, i dilemmi già avanzati allora sul come realizzare in concreto, da parte dei soggetti sindacali, un delicato equilibrio tra il principio di parità e la richiesta, proveniente da frazioni consistenti del lavoro immigrato, di maggiori opportunità di lavoro, ancorché sottoprotetto (Viscomi, 1992, p. 119).

3. La legislazione antidiscriminatoria preesistente.

L'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, che è l'antecedente più omogeneo, per ampiezza, alla nuova normativa, non dà, infatti, una nozione strutturale di discriminazione vietata e, anzi, nella sua portata sanzionatoria non rientrano solo discriminazioni, posto che l'illiceità della condotta non è necessariamente connessa ad una disparità che implichi il confronto fra trattamenti riservati ad alcuni rispetto ad altri lavoratori.

Esso elenca, invece, alcune ipotesi specifiche di illecito — condizionare l'occupazione, licenziare e *discriminare* —, completando la fattispecie con una formula riassuntiva di tutti gli atti o patti innominati accomunati dall'effetto *di recare (altrimenti) pregiudizio al lavoratore* in ragione di determinate caratteristiche espressamente nominate (Barbera, 1991, p. 205), la cui capienza ci ha risparmiato, fra l'altro, una condanna della Corte di giustizia per inadempimento agli obblighi comunitari (De Simone, 1990, p. 130).

(2) Il sindaco di Milano, Gabriele Albertini, ha avanzato tale proposta: la risposta del segretario della Cgil è stata negativa, mentre una cauta disponibilità verso la negoziazione di contratti « sociali », finalizzati alla costituzione di cooperative è stata mostrata dalla segreteria milanese della Cisl: *la Repubblica*, 20 marzo 1999. Una certa curiosità a discutere sull'ipotesi viene, altresì, dal ministro del lavoro (e sindaco di Napoli) Bassolino che, secondo notizie di stampa, avrebbe contattato il sindaco milanese per il tramite del sottosegretario Morese, ex sindacalista della Cisl. Mentre le bozze del presente articolo erano in corso di stampa, si è avuto notizia della sottoscrizione da parte di Assolombarda, Legacooperative, Api e Cna da un lato e Cisl e Uil dall'altro lato di un patto denominato « Milano lavoro » espressamente dedicato all'inserimento nel mercato del lavoro degli extracomunitari (v. AZZURRO A., 1999a; Id., 1999b; 1999c).

**Le garanzie contro
le discriminazioni
sul lavoro**
Laura Castelvetri

Alla formula onnicomprensiva corrisponde, però, una sanzione non sempre efficace: essa fulmina con la nullità gli atti o patti fondati su ragioni che l'ordinamento preclude di considerare, le quali erano, originariamente e principalmente, quelle collegate alla promozione dell'autotutela collettiva, con l'aggiunta delle ragioni politiche e religiose, già stabilmente ad esse equiparate dalla legge sui licenziamenti e dagli artt. 1 e 8 dello Statuto.

Le ulteriori ragioni, razziali, di lingua o di sesso, furono introdotte sull'onda di una nuova sensibilità ai problemi della discriminazione solo nel 1977, con la legge n. 903.

È ben noto come la massima sanzione civile sia intrinsecamente inadeguata alle ipotesi illecite di natura omissiva, quale la mancata promozione, ad esempio, e alle discriminazioni in fase preassuntiva, donde, per queste, l'esigenza del rafforzamento penale della sanzione, ex art. 38 St. lav., peraltro anch'esso ineffettivo e inefficace (Isenburg, 1984, p. 121; sulle discriminazioni di genere nelle assunzioni, Denozza Gori, 1981, p. 616).

La disposizione, inoltre, riferita com'è agli atti o patti e non, genericamente, ad ogni condotta materiale, ha autorizzato interpretazioni coerenti alla logica negoziale propria del motivo illecito determinante, che valorizza, ai fini ricostruttivi dell'illecito, l'*animus nocendi* del perpetratore e sminuisce il rilievo della idoneità finalistica, ancorché non dolosa o inconsapevole, al pregiudizio.

L'interpretazione prevalente, su queste basi, escludeva dalla sua portata le ipotesi di pregiudizio assoluto di diritti primari garantiti dall'ordinamento, nei casi di congruità dell'atto rispetto all'interesse dell'imprenditore, senza possibilità di impedire, mettendoli a confronto, i trattamenti deteriori con quelli più favorevoli riservati ad altri lavoratori (per un riepilogo delle opinioni correnti: Mariani, 1996, p. 504 e ss.).

Solo l'introduzione dei nuovi motivi di illecita discriminazione ad opera della legge di parità uomo-donna prelude ad una vera e propria generalizzazione della nozione di discriminazione, che, però, il diritto positivo interno continua a non definire (Ballestrero, 1992, p. 776).

È a questo punto che, sulla base del tenore della rubrica dell'art 15 St. lav., espressamente riferita agli atti discriminatori, della formula riassuntiva che accomuna atti e patti in ragione dei loro effetti pregiudizievoli nonché della proiezione delle sanzioni ad impedire atti produttivi di diseguaglianze, se ne è potuta sostenere persuasivamente la cennata ricostruzione sistematica nell'ambito delineato dagli artt. 3 e 41 Cost., in cui si legittima l'attrazione della nozione di discriminazione elaborata dal diritto internazionale. In questa lettura, la discriminazione è illecita perché offensiva della dignità umana e sociale e si caratterizza solo per gli effetti pregiudizievoli che ne conseguono, senza alcun rilievo dell'intento soggettivo di discriminare (Ghera, 1975, p. 422 e ss.; Barbera, 1991, pp. 206-209).

Tale ricostruzione diviene, poi, ulteriormente persuasiva alla luce della ridefinizione di discriminazione in ragione del sesso, introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 4 della legge n. 125 del 1991, che punta nettamente sulla caratterizzazione oggettiva (Barbera, 1994, p. 54 e ss.; riassume l'ampia dottrina e la scarsa giurisprudenza sulla parità di trattamento tra uomini e donne e sulla nozione di discriminazione diretta e indiretta, La Macchia, 1996, pp. 820-822, 983-988).

Com'è noto, tuttavia, lo strumento processuale predisposto dall'art. 15 della legge di parità tra uomini e donne per la repressione delle discriminazioni in ragione del sesso si è rivelato inefficace e sottoutilizzato (Mariani, 1996, p. 830) come quello, del resto, introdotto dall'art. 4 della legge n. 125 del 1991 per la rimozione delle discriminazioni collettive (Pessi, 1994, p. 52 e ss.; per una sintesi, La Macchia, 1996, p. 984), ancorché essi abbiano avuto un ruolo essenziale sul piano ricostruttivo, convalidando sia il carattere oggettivo della fattispecie discriminatoria sia la sussumibilità nella nozione di ogni atto, anche prenegoziale, e di ogni condotta materiale da chiunque posti in essere. Infatti, quali tecniche di tutela ripristinatoria accordate per incidere anche sulla fase precontrattuale del rapporto di lavoro, hanno permesso alla dottrina di collegarne la funzione alla garanzia del diritto fondamentale a non essere discriminati, valido in termini assoluti nei confronti della generalità degli individui. In questa logica del tutto innovativa, introdotta dalla legge n. 125 del 1991, « la discriminatorietà non è (più) predicato solo dell'atto che ferisce la parità di trattamento nel godimento di diritti già attribuiti, quanto dell'atto che priva la lavoratrice o il lavoratore di un beneficio o che comporta uno svantaggio a causa della loro appartenenza ai gruppi nominati. Il diritto alla parità di trattamento sorge semmai in seguito all'accertamento della discriminazione, come unico mezzo di rimozione reale degli effetti vietati e di riparazione piena della lesione provocata » (Barbera, 1991, pp. 210-214).

4. La nozione di discriminazione.

**Le garanzie contro
le discriminazioni
sul lavoro**
Laura Castelvetri

Su questo sfondo, le nuove disposizioni (artt. 43 e 44 D.Lgs. del 1998, n. 286) integrano l'apparato preesistente, sia estendendo le situazioni soggettive protette, sia riformulando la definizione di discriminazione, sia qualificando espressamente come tali alcuni comportamenti posti in essere da categorie nominate di destinatari del comando antidiscriminatorio. La portata garantistica del nuovo nucleo normativo è completato da un'azione civile che, analogamente ai rimedi processuali per le discriminazioni di genere, può interrompere l'offesa del diritto a non essere discriminati, eliminarne gli effetti — anche mediante piani concordati di rimozione dei criteri discriminatori — e consentire, infine, il risarcimento del danno, non solo patrimoniale.

Le formule usate per arricchire lo spettro protettivo sembrano voler controbattere alle molte critiche di imprecisione mosse alle precedenti *performances* legislative in tema di tutela antidiscriminatoria, conformando l'apparato italiano agli standard pretesi dalle direttive comunitarie e dalle convenzioni O.I.L. Ciò non toglie, come ho anticipato, che l'aspirazione alla completezza definitoria abbia generato, a sua volta, imprecisioni e incoerenze che riproporranno senza dubbio diverbi interpretativi.

Una prima osservazione merita la rubrica dell'art. 43, che individua la fattispecie « *discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi* », poi definita nel testo. È curioso che la rubrica faccia riferimento a fattori di discriminazione utilizzando termini diversi da quelli della definizione, anche se la maggiore articolazione di quest'ultima indubbiamente prevale, secondo l'insegnamento classico, sulla formulazione sintetica della prima; resta, peraltro, che la diversità delle formule accresce l'incertezza, tanto più che i fattori illeciti di discriminazione sono ulteriormente differenziati nelle ipotesi nominate del secondo comma (così anche Viscomi, 1998, p. 304).

L'articolo 43 introduce nel nostro ordinamento positivo la prima compiuta definizione di discriminazione, riprendendo in misura consistente la formula usata dalla Convenzione O.I.L. n. 111/1958 (3): « Ai fini del presente capo », recita la norma, « costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni o le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica » (sulle molteplici interpretazioni della nozione di diritti umani, Comanducci, 1994, p. 32).

Il testo dice chiaro che è discriminatoria sia la condotta qualificata dall'intenzione soggettiva di nuocere di chi la pone in essere, sia, con o senza intenzione, quando ne consegue oggettivamente un effetto pregiudizievole, potendosene dedurre l'ammissibilità del ricorso in giudizio in entrambe le ipotesi. A proposito degli effetti pregiudizievoli, la lettera si fa incalzante, per ricomprendere, di precisazione in precisazione, la considerazione di ogni possibile attentato, limitazione o pregiudizio della successiva ampia gamma di posizioni giuridiche tutelate.

Rispetto alle ipotesi considerate dalle disposizioni previgenti, circoscritte all'ambito preasuntivo e lavorativo o comunque relative a limitazioni dell'uguaglianza di possibilità e di trattamento nel lavoro, le conseguenze dannose o gli effetti della discriminazione che legittimano la nuova azione civile di cui all'art. 44, sono ora anche quelle che incidono sul riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico economico, sociale e culturale e in ogni altro settore

note

(3) Art. 1, Convenzione O.I.L. 28 giugno 1958, n. 111 - Convenzione sulla discriminazione in materia di impiego e nelle professioni (ratificata con l. 6 febbraio 1963, n. 405): « Ai fini della presente convenzione, il termine "discriminazione" comprende:

- a) ogni distinzione, esclusione o preferenza fondata sulla razza, il colore, il sesso*, la religione, l'opinione politica*, la discendenza nazionale o l'origine sociale*, che ha per effetto di negare o di alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento in materia d'impiego o di professione;
- b) ogni altra distinzione, esclusione o preferenza che abbia per effetto di negare o di alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento in materia d'impiego o di professione, che potrà essere precisata dallo Stato membro interessato sentite le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, se ne esistano, ed altri organismi appropriati. »

I fattori discriminatori qui asteriscati non sono considerati nel Testo unico sul lavoro immigrato.

Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro
 Laura Castelvetri

della vita pubblica, asseverandosi positivamente le ricostruzioni già prospettate dalla giurisprudenza costituzionale alla stregua di una considerazione sistematica degli artt. 2, 3 e 10 della nostra Carta (v. *supra*, nonché gli specifici riferimenti in Conetti, 1988, p. 132, nonché Viscomi, 1991, loc. cit.).

5. Le discriminazioni nell'accesso all'occupazione ...

A ulteriore chiarimento delle fattispecie sussumibili nella nozione di discriminazione così definita, il comma 2 dell'art. 43, ne specifica cinque delle quali, per l'economia di questo saggio, interessano in particolare quelle previste alla lettera c) e alla lettera e).

Per la prima di esse, compie in ogni caso un atto di discriminazione: «c) chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso all'occupazione (...) allo straniero legittimamente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità».

La fattispecie riguarda l'attività di soggetti privati e pubblici che, salvi i limiti (legittimi) derivanti dalle prescrizioni del testo unico, aggravino la condizione dello straniero rispetto al cittadino italiano o comunitario sul mercato del lavoro. Non sarebbe legittima, ad esempio, una classificazione per liste diversificate, in ragione dei fattori sopra indicati, dei lavoratori disabili da avviare attraverso il collocamento, così come da parte di agenzie fornitrici di lavoratori interinali.

Tanto più sembra obbligata questa conclusione alla luce di una recente decisione della Corte costituzionale: dall'affermazione dei diritti civili e della parità di trattamento garantiti allo straniero regolarmente soggiornante dall'art. 2, secondo e terzo comma del testo unico, secondo la Corte, sarebbe già desumibile in via interpretativa il diritto dell'immigrato invalido all'iscrizione nelle liste per il collocamento obbligatorio, ancorché manchi una disposizione espressa che lo preveda. Per escludere tale diritto sarebbe necessaria una norma che derogasse in termini espliciti ai principi e diritti summenzionati, ciò che non può dirsi, a stregua delle nuove disposizioni del testo unico. Esso, infatti, da un lato, legittimamente deroga alla *par condicio* solo con riguardo all'accesso sul mercato di chi non sia ancora in possesso di regolare permesso di soggiorno, mentre, dall'altro, all'art. 41, consente di inquadrare il collocamento obbligatorio nell'ambito dei diritti e degli interventi di assistenza sociale che la normativa estende agli stranieri in condizioni paritarie (4).

Parimenti illegittima, ovviamente, l'imposizione di condizioni più svantaggiose da parte del singolo datore di lavoro, in vista dell'assunzione, come è espressamente previsto dal testo unico (art. 2, comma 3), giustificandosi, anche per una tale condotta, l'azione civile di cui all'art. 44, per ottenere il risarcimento del pregiudizio discriminatorio subito, a prescindere da quello strettamente patrimoniale. La formula di chiusura dell'articolo in parola, che estende la tutela antidiscriminatoria ai lavoratori italiani e comunitari, li ammette, per conseguenza a proporre l'azione civile per i suddetti comportamenti.

Potrebbe porsi la questione se, l'eventuale stipulazione di un patto che subordini l'occupazione dello straniero alla condizione che aderisca o meno ad un certo sindacato, ovvero cessi di farne parte, oltre alle sanzioni civile e penale di cui agli artt. 15 e 38 dello Statuto, possa legittimare anche il ricorso ai sensi dell'articolo successivo: il tenore letterale della disposizione non sembra giustificare questa soluzione, mancando nella legge ogni menzione del fattore discriminatorio antisindacale, che già gode di una analoga tutela inibitoria e ripristinatoria, a stregua dell'art. 28 St. lav.

La questione potrebbe farsi delicata con riguardo all'ipotesi, già prospettata, in cui si realizzino pratiche di contrattazione collettiva riservate al lavoro immigrato, qualora esse vengano imposte ai fini dell'assunzione: da un lato potrebbe risultare controverso il carattere *svantaggioso* di eventuali pattuizioni collettive che, pur prevedendo trattamenti deteriori rispetto agli standard di categoria, asseritamente avvantaggino lo straniero rispetto alla manodopera autoctona nel reperimento di occasioni di lavoro. Dall'altro, se privo

note

(4) C. Cost. 30 dicembre 1998, n. 454, in *MGL*, 1999, n. 3, p. 244, con ampia nota redazionale *Questioni in tema di assunzione obbligatoria e di collocamento ordinario degli immigrati extracomunitari*, p. 450, critica rispetto a Cass. Sez. lav., 16 gennaio 1999, n. 425, *ivi*, che assevera l'esistenza di una disciplina differenziata del collocamento per lavoratori italiani ed extracomunitari. Sui problemi posti dalla legislazione previgente al testo unico, cfr. Lambertucci, 1992, p. 113 e ss.

dell'azione civile di risarcimento, l'immigrato che intenda sottrarsi ad una regolamentazione collettiva che ritiene discriminatoria, si vedrebbe negato un rimedio risarcitorio più efficace dell'azione di nullità, e rilevante anche per garantire più effettivamente il suo diritto fondamentale a libere scelte sull'affiliazione e l'autotutela sindacale.

**Le garanzie contro
le discriminazioni
sul lavoro**
Laura Castelvetti

6. ... e nel rapporto di lavoro.

L'ipotesi che più direttamente ci interessa è quella formulata, in termini stilistici discutibili, dall'art. 43 comma 2, lettera e), secondo il quale « In ogni caso compie un atto di discriminazione: il datore di lavoro o i suoi preposti i quali, *ai sensi dell'art. 15* » dello Statuto « compiano qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della *loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza* ».

Non si può che notare criticamente la mancanza di coordinamento testuale con la nozione generale di discriminazione, predefinita al comma 1. Né si può perdonare la trascuratezza con cui vengono pretermessi, in questa sede, alcuni dei fattori poco sopra ritenuti illegittimi — quali il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica e non la sola appartenenza —, né l'ingiustificata riduzione alla semplice appartenenza ad una confessione dei due distinti fattori prima qualificati come *convinzioni e pratiche* religiose, trattandosi di situazioni diverse.

Incerto anche il significato del rinvio all'art. 15, posto che quella norma non definisce la discriminazione, ma elenca fattispecie vietate: la formula utilizzata, comunque, — « *ai sensi dell'art. 15* » come modificato e integrato dalle leggi 309/1977 e 108/1990 — giustifica, in primo luogo, il collegamento sistematico di tutta le disposizioni antidiscriminatorie del nostro ordinamento alla nuova nozione di discriminazione, potendosi e anzi dovendosi essa configurare, ora, in termini unitari, a prescindere dai fattori che la fondano. In secondo luogo, il richiamo sembra attrarre nella nuova regolamentazione tutte le ipotesi elencate nella disposizione statutaria: questa lettura, del resto, offre un appiglio per risolvere il dubbio avanzato nel paragrafo precedente, consentendo di sussumere tra le ipotesi che legittimano l'azione civile antidiscriminatoria, di cui all'art. 44, oltre a quelle menzionate *ex novo*, anche quella in cui il datore di lavoro subordina l'occupazione o disponga il licenziamento o una discriminazione nella carriera in ragione del comportamento sindacale e di autotutela conflittuale del lavoratore. Oltre al resto, poiché nessun dato testuale consente, per questa ipotesi, di circoscrivere la legittimazione ad agire al solo lavoratore straniero, la sua estensione generalizzata comporta una sovrapposizione di rimedi processuali, individuali e collettivi (azione di nullità *ex art. 15 St. lav.*, ricorso *ex 28 St. lav.*, azione civile di risarcimento e di rimozione degli effetti *ex art. 44 t.u.*).

Con riguardo alla caratterizzazione oggettiva della fattispecie illecita, il testo è esplicito, poiché fa esclusivo riferimento alla idoneità del comportamento a produrre « un effetto pregiudizievole », ancorché nella definizione del comma precedente scopo ed effetto siano stati collegati dalla disgiuntiva « o ». Si pone dunque il dubbio se — con riguardo alle condotte discriminatorie del datore di lavoro — debba considerarsi elemento integrante la fattispecie il solo effettivo prodursi del pregiudizio o se l'azione civile possa proporsi anche quando ne sia documentabile almeno l'intento soggettivo e se ne voglia bloccare preventivamente, come pare coerente alla funzione della legge e dell'azione civile, l'eventuale ulteriore idoneità a produrre un danno concreto.

Questa porzione dell'articolo 43, dedicata alle discriminazioni nel rapporto di lavoro, si conclude riproponendo la definizione di discriminazione indiretta, di cui all'art. 4 della legge sulle azioni positive (su cui, Barbera, 1991, 1994; Ballestrero, 1992, 1994b, 1996), con il solo adattamento dei fattori illegittimi di discriminazione. Essa si identifica in « ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i *lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza* e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa ». Vengono qui richiamate, apprezzabilmente, le stesse situazioni personali indicate come cause di illegittima discriminazione diretta, mentre già l'articolo successivo, ne introduce di diverse, ai commi 1 e 9.

La disposizione si chiude, al terzo comma, con la già menzionata formula riepilogativa, che ricomprende nell'ambito di applicazione degli artt. 43 e 44 « anche agli atti xenofobi, razzisti

Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro
 Laura Castelvetri

o discriminatori compiuti nei confronti dei cittadini italiani, di apolidi e di cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea presenti in Italia ».

Mi pare evidente, anche per ciò che precede, l'intenzione del legislatore di garantire con queste due norme la copertura di ogni forma di discriminazione fondata su « fattori che denotano l'appartenenza del soggetto passivo ad un gruppo naturale o sociale svantaggiato, le cui caratteristiche si definiscono in relazione a quelle di altri gruppi che tali non sono » (così Barbera, 1991, p. 215, sul carattere comparativo del giudizio di discriminazione). La formula adottata è perciò tale da estendere la legge a qualsiasi soggetto si trovi storicamente e concretamente in una situazione di svantaggio.

L'inclusione tra gli atti vietati, oltre a quelli definiti discriminatori dalla nuova stessa normativa, anche di quelli indicati sinteticamente come xenofobi e razzisti, convalida, a mio parere, l'interpretazione che ho avanzato, secondo la quale il particolare rimedio processuale può essere utilizzato anche rispetto agli atti che, a prescindere da ogni concreto effetto pregiudizievole, si caratterizzano per il solo intento del perpetratore di nuocere alla vittima, in quanto ritenuta straniera o appartenente a una determinata razza. Resta lo scarso rigore della norma di chiusura, che potrebbe creare incertezze circa la possibilità di ricomprensione, ad esempio, gli atti di antisemitismo o quelli rivolti contro chi, essendo cittadino italiano, si professi di religione islamica o buddista o testimone di Geova. Certo è che essa sembra comunque voler estendere, anche a situazioni come quelle indicate, il rimedio civilistico, in aggiunta a quello già previsto, sul versante penale, dalla citata legge 25 giugno 1993, n. 122, destinata a reprimere la discriminazione razziale, etnica e religiosa, nella quale, nuovamente, le fattispecie di reato non sono strettamente sovrapponibili agli illeciti civili.

7. L'azione civile contro la discriminazione.

L'art. 44 del testo unico, come si è detto, introduce un nuovo procedimento speciale, denominato *azione civile contro la discriminazione*, diretto a colpire i comportamenti di un privato o della pubblica amministrazione, quindi non solo del datore di lavoro, che producano *una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*. « Il giudice può », in questi casi, « su istanza di parte, ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione ». Al di là della già segnalata ulteriore riformulazione dei motivi discriminatori illeciti, la disposizione illustra la fisionomia composita del nuovo rimedio: ad esempio, il giudice può disporre misure inibitorie e ripristinatorie, come per la repressione della condotta antisindacale di cui all'art. 28 St. lav., mentre altri elementi sono tratti dal procedimento cautelare e dai procedimenti introdotti dalle leggi di parità e sulle azioni positive (legge n. 903/1977, art. 15 e n. 125/1991, art. 4). L'anfibio che ne risulta è altresì incompleto (alcune precisazioni sulle modalità applicative delle sanzioni accessorie verranno dal regolamento di attuazione) e le non poche ambiguità produrranno sicuramente problemi interpretativi.

Competente a decidere è il pretore del luogo di domicilio della parte istante, ma, per l'intervenuta soppressione delle preture e l'istituzione del giudice unico di primo grado ad opera del decreto legislativo 19 febbraio 1998, n. 51, la domanda dovrà proporsi, dal 2 giugno 1999, al tribunale in composizione monocratica.

Poiché il ricorso può essere presentato *anche personalmente dalla parte*, « pare lecito dedurre che al ricorrente sia consentito stare in giudizio senza necessità di un difensore tecnico » (Tarzia, 1999, p. 370), in coerenza con l'esigenza di rendere agile e economico il rimedio.

Il procedimento si compone, necessariamente, di due fasi: una prima sommaria (commi 3, 4 e 5), che riproduce la disciplina del procedimento cautelare di cui all'art. 669-*sexies* c.p.c. e si conclude con un'ordinanza di accoglimento o di rigetto della domanda; una seconda fase, di cognizione piena, che si chiude con la *decisione* che definisce il giudizio (così la lettera del comma 7), da qualificarsi come *sentenza*, stando al tenore del comma 10. Con tale provvedimento il giudice può « altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale ».

Per garantire l'osservanza dei provvedimenti della fase sommaria, che possono riguardare sia obblighi di fare che di non fare, è prevista la sanzione penale della reclusione o della multa, di cui all'art. 388, comma 1, c.p., ma questo genere di misure non risolvono il consueto problema di come provvedere in concreto alla rimozione delle discriminazioni realizzate con

comportamenti omissivi o alla rimozione del pregiudizio provocato da un atto datoriale che abbia beneficiato un lavoratore e svantaggiato illegittimamente il soggetto istante.

Mentre la configurazione strutturale del procedimento in due fasi, fino alla decisione che definisce il giudizio, porrà, a parere della dottrina processualistica (Tarzia, 1999, p. 372), non poche difficoltà ricostruttive, gli aspetti più significativi sul piano giuslavoristico sono considerati nei commi 9, 10 e 11 dell'art. 44.

Qui, con riguardo alle ipotesi di discriminazione del lavoratore, si accresce la varietà di soluzioni adottate finora dal nostro legislatore: « Il ricorrente », a stregua del comma 9, « al fine di dimostrare la sussistenza a proprio danno del comportamento discriminatorio in ragione della razza, del gruppo etnico o linguistico, della provenienza geografica, della confessione religiosa o della cittadinanza, può dedurre elementi di fatto anche a carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti dell'azienda interessata » (segnalo con enfasi l'ingresso di un nuovo fattore di discriminazione vietata). La previsione cerca di superare la consueta difficoltà di documentare la natura discriminatoria di un comportamento qualora non risulti di immediata evidenza sia la portata differenziatrice di un criterio gestionale, sia l'ambito soggettivo entro il quale operare il confronto dei trattamenti, ovvero in tutti i casi in cui il datore di lavoro eserciti una prerogativa meramente discrezionale nel fare o non fare alcunché rispetto al personale alle sue dipendenze. In tutte queste ipotesi la valenza discriminatoria non può risaltare se si sottopone a valutazione un singolo comportamento del datore di lavoro, mentre il fuoco dovrà concentrarsi semmai sulla sua attività gestionale complessiva e, allora, sull'eventuale « risultato comparativamente sfavorevole (...) in capo ai soggetti appartenenti alle categorie sospette. Dunque, è dalla disparità di trattamento che bisogna partire, perché è questa a rivelare la discriminazione e, al tempo stesso, ove risulti collegata direttamente ai fattori vietati, a realizzare l'illecito » (così Barbera, 1991, p. 236 che richiama l'opinione di Ghera, 1975, p. 429).

Sia nell'ipotesi di un comportamento specifico di per sé legittimo, sia nell'ipotesi una politica del personale complessiva, dunque, il ricorrente potrà argomentarne il carattere discriminatorio nei propri confronti o nei confronti del gruppo cui appartiene, solo allegando dati certi relativi al pregiudizio percentualmente maggiore che ne consegue rispetto ad ambiti di confronto di volta in volta diversi: il personale complessivo, ad esempio, o la composizione della popolazione di un determinato contesto territoriale, categoriale o professionale.

Con riguardo al regime della prova, il comma 9 si conclude col dire che « il giudice valuta i fatti dedotti nei limiti di cui all'art. 2729, primo comma del codice civile », il quale, nel rinviare al prudente apprezzamento, pone il limite dell'ammissibilità di presunzioni solo in quanto « gravi, precise e concordanti ».

La formula, come si vede, è diversa da quella un po' ambigua dell'art. 4, legge n. 125/1991, secondo la quale i dati di fatto, anche basati su rilievi statistici allegati dalla parte attrice, se idonei a fondare in termini precisi e concordanti la presunzione di discriminatorietà, pongono a carico del convenuto l'onere di provare la liceità del trattamento diversificato. Il mancato richiamo diretto dell'art. 2729 c.c., in quel caso, poteva ingenerare il dubbio di una eliminazione dell'apprezzamento giudiziale sulla gravità delle allegazioni e di una conseguente inversione automatica dell'onere probatorio, purché in presenza di elementi di fatto (solo) precisi e concordanti.

Alcuni ne avevano argomentato una inversione legale dell'onere della prova (cfr. i riferimenti in Tarzia, 1999, p. 366 e s. e Barbera, 1991, p. 234-248), ma per lo più la giurisprudenza e la dottrina vi hanno letto semplicemente un alleggerimento dell'onere gravante sulla lavoratrice ricorrente, potendo bastare, per soddisfarlo, appunto, la sola allegazione di precisi dati statistici (5) (in generale, sull'onere probatorio rispetto agli atti discriminatori, Vallebona, 1988, p. 137 e ss.).

La formula del comma 9, art. 44 del testo unico, invece, blocca quei dilemmi interpretativi, ripristinando per il nuovo procedimento i vincoli di cui all'art. 2729, comma primo c.c.

Per l'ipotesi di comportamenti di carattere collettivo, ancorché non siano direttamente identificabili i soggetti pregiudicati dalle discriminazioni, il ricorso può essere presentato dalle « rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a

note

(5) In certi casi, si è ritenuto che la disparità comunque dovesse risultare preventivamente perché si possa, solo in seguito, dimostrarne anche presuntivamente il carattere discriminatorio: così Pret. Milano, 19 maggio 1994, in OGL, 1994, p. 743, con nota di Morone, *Discriminazione per sesso e inquadramento dirigenziale*, p. 746.

Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro
Laura Castelvetri

livello nazionale » — variante della formula utilizzata nell'art. 28 St. lav. —, secondo una procedura promiscua, modellata in parte sull'azione collettiva della legge di parità, (art. 15, legge 903/1977) e in parte sull'azione pubblica del consigliere di parità, nelle discriminazioni di genere (art. 4, comma 6, legge n. 125/1991).

L'azione è esercitata direttamente dai soggetti collettivi e non su delega del lavoratore, in virtù di rappresentanza processuale (come nella legge di parità), mentre la sentenza che accerti in maniera definitiva la discriminazione o l'adozione di criteri discriminatori nella strategia gestionale complessiva del datore di lavoro, « ordina al datore di lavoro di definire (...) un piano di rimozione delle discriminazioni accertate ». Il datore di lavoro, dunque, sembra obbligato a provvedere, per ordine del giudice, all'elaborazione di un programma per eliminare i criteri discriminatori attraverso la preventiva consultazione dei « predetti soggetti e organismi », ovvero, probabilmente, anche i lavoratori o i gruppi discriminati illegittimamente, oltre ai soggetti sindacali. Si tratta, anche qui, di un obbligo vago e incoercibile, per l'adempimento del quale il giudice non è nemmeno tenuto a fissare un termine con la sentenza, come prevede, invece, l'art. 4, comma 7 della legge 125/1991.

Quanto alle sanzioni accessorie (comma 11, art. 44), vengono qui adottate misure analoghe a quelle previste per le discriminazioni basate sul sesso (comma 9, art. 4, legge n. 125/1991). Spetta al regolamento di attuazione, però, specificare le modalità di comunicazione delle discriminazioni accertate in sede giudiziale alle pubbliche amministrazioni che hanno concesso i benefici, talché non può dirsi con sicurezza se l'aggravamento della sanzione sia stata disposta per svista o per consapevole volontà di colpire più pesantemente le discriminazioni razziali rispetto a quelle di genere. I tempi verbali utilizzati — qualora non intervenga una disposizione per correggere o coordinare la recente normativa con l'art. 4 della legge sulle azioni positive — sembrano imporre la revoca immediata dei benefici, senza margini per la valutazione di opportunità delle amministrazioni concedenti, che quella legge consentiva: queste ultime, infatti, « revocano il beneficio e, nei casi più gravi, dispongono l'esclusione del responsabile per due anni da ogni ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie, ovvero da qualsiasi appalto ». Col che si pone senz'altro, come è stato rilevato, il problema di dare una giustificazione del diverso trattamento legislativo delle due ipotesi discriminatorie (Viscomi, 1998, p. 305).

Bibliografia

- Adinolfi** (1992), *I lavoratori extracomunitari*, Bologna.
- Azzurro A.** (1999a), *Milano, il Comune lancia piano-pilota per il lavoro*, in *Il Sole 24 Ore*, 14/07/1999, p. 17.
- Azzurro A.** (1999b), *Milano il patto per il lavoro piace anche alla Curia*, in *Il Sole 24 Ore*, 15/07/1999, p. 17.
- Azzurro A.** (1999c), *Il patto per il lavoro. A Milano la Cgil resta sola contro Cisl e Uil*, in *Il Sole 24 Ore*, 21/07/1999, p. 15.
- Ballarino** (1974), *Costituzione e diritto internazionale privato*, Padova.
- Ballestrero** (1992), *La nozione di discriminazione nella l. 125/1991*, in *RCDL*, p. 773.
- Ballestrero** (1994), *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, in *DLRI*, p. 481, nonché in Aidlass (1996), *Atti dell'XI Congresso nazionale*, Giuffrè.
- Ballestrero** (1994b), *Una politica e i suoi strumenti. Eguaglianza sostanziale, pari opportunità e azioni positive*, in *NLCC*, p. 11.
- Ballestrero** (1996), *Azioni positive. Punto e a capo*, in *LD*, p. 117.
- Barbera** (1991), *Discriminazione ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Barbera** (1994), *La nozione di discriminazione*, in *Nuove LCC*, p. 46.
- Barile** (1953), *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova.
- Biscottini** (1967), *Il principio di reciprocità nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Int.*, I, p. 47.
- Cassese** (1975), *Sub art. 10 Cost.*, in *Principi fondamentali. Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma.
- Chiassoni** (1994), *Una nuova legge contro i neofascisti? Per una deontologia del giurista-interprete*, in *Ragion pratica*, 1, p. 227.
- Comanducci** (1994), *Diritti umani e minoranze: un approccio analitico e neo-illuminista*, in *Ragion Pratica*, n. 2, p. 32.
- Conetti** (1988), *Reciprocità e diritti fondamentali del lavoratore straniero*, nota a Cass., S.U., 4 marzo, n. 2265, in *RGL*, II, p. 130.
- Denozza Gori** (1981), *Il divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro: gruppi sociali e parità delle chances*, in *L80*, p. 616.
- De Simone** (1990), *I giudici e la discriminazione sessuale*, in *QDLRI*, n. 7, p. 109.

Dorazio (1992), *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova.

Ghera (1975), sub artt. 15-16, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da Ubaldo Prosperetti, Giuffrè, Milano.

Isenburg (1984), *Divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro*, Milano.

La Macchia (1996), in Grandi, Pera, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, pp. 820-822 e 983-988.

Lambertucci (1995), *I lavoratori extracomunitari immigrati: la disciplina del rapporto di lavoro e la garanzia dei diritti*, in *ADL*, n. 2, p. 113.

Leita (1988), *La disciplina dei lavoratori extracomunitari in Italia*, sub art. 1, l. 30 dicembre 1986, n. 943, in *NLCC*, p. 1012.

Luciani (1992), *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *RCDP*, p. 203.

Mariani (1996), sub art. 15, l. 20 maggio 1970, n. 300, in Grandi, Pera, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, pp. 504-506.

Melica (1996), *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale*, Torino.

Miscione (1987), *La classificazione dei lavoratori nella contrattazione aziendale*, in *QDLRI*, p. 158.

Morone (1994), *Discriminazione per sesso e inquadramento dirigenziale*, in *OGI*, p. 746.

Napoli (1996), *La disciplina dell'immigrazione in Italia*, in *Questioni di diritto del lavoro*, Torino, pp. 121-139.

Nascimbene (1980), *Cittadinanza, apolidia e condizione*

giuridica dello straniero nella giurisprudenza italiana, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di Diritto internazionale dell'Università degli Studi di Milano*, XVI.

Nascimbene (1997), *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova.

Paladin (1965), *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano.

Pessi (1994), *Lavoro e discriminazione femminile*, in *DLRI*, nonché in Aidlass (1996), *Atti dell'XI Congresso nazionale*, Giuffrè.

Rossano (1966), *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli.

Tarzia (1999), *Manuale del processo del lavoro*, IV ed., Milano.

Toriello (1997), *La condizione dello straniero. Profili di diritto comparato e comunitario*, Padova.

Viscomi (1991), *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato*, Esi, Napoli.

Viscomi (1992), *Immigrati extracomunitari ed autonomia collettiva: un breve appunto su parità e differenza*, in *DRI*, n. 2, p. 117.

Viscomi (1993), *Una legislazione difficile per il lavoro degli immigrati*, in *LI*, n. 14, p. 5.

Viscomi (1996), voce *Immigrazione*, in Baylos Grau, Caruso, D'Antona, Sciarra (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, p. 435.

Viscomi (1998), *La legge italiana del 1998 sul lavoro immigrato extracomunitario*, in Cappelletti, Gaeta, *Diritto lavoro alterità. Figure della diversità e modelli culturali*, Esi, Napoli.

Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro
Laura Castelvetti

Bibliografia

Il decentramento dei servizi per l'impiego. Un impegno comune per il cambiamento

Paola Chiari, Elena D'Angelo, Angela Dipino

Sommario

1. Premessa. **2.** I contenuti del decreto legislativo n. 469/1997. **3.** La legislazione regionale. **3.1.** Il ruolo delle Province. **3.2.** Le sedi della concertazione. **3.3.** Il coordinamento istituzionale. **3.4.** L'assistenza tecnica. **4.** Individuazione delle risorse che transitano agli enti destinatari delle funzioni e compiti conferiti. **4.1.** Modalità e criteri per individuare i contingenti di personale. **4.2.** I beni strumentali. **4.3.** Iniziative di formazione professionale promosse parallelamente al decentramento. **5.** Il ruolo generale di indirizzo, promozione e coordinamento dello Stato. **6.** ALLEGATI. Leggi regionali in corso di applicazione.

1. Premessa.

Il decentramento istituzionale in atto nel campo delle politiche del lavoro a seguito della delega di funzioni dallo Stato alle Regioni e agli Enti locali, si articola in adempimenti complessi a conclusione dei quali verrà a determinarsi un radicale ripensamento dell'assetto organizzativo e funzionale del Ministero del lavoro.

Lo strumento normativo prescelto è stato quello della legge delega e dei conseguenti decreti di attuazione, nel rispetto dell'articolo 118 della Costituzione e in modo da operare un ampio decentramento di competenze amministrative a Costituzione invariata.

Il decentramento in atto riguarda le sole Regioni a statuto ordinario, in quanto per le Regioni a statuto speciale è fatto rinvio alle norme di attuazione dei relativi statuti.

L'attuazione dei provvedimenti normativi riguardanti il conferimento alle Regioni e agli Enti locali delle funzioni e dei compiti relativi al collocamento e alle politiche attive del lavoro consente, quindi, di realizzare una riforma in un certo senso "storica" per l'assetto della pubblica amministrazione italiana, in grado di favorire finalmente l'adeguamento dell'organizzazione della gestione dei mercati del lavoro agli *standards* comunitari, provvedendo alla sua modernizzazione ed alla sua flessibilità.

Il cambiamento di questo settore della pubblica amministrazione ha un maggior rilievo in considerazione della fine del monopolio pubblico del collocamento e l'entrata sul mercato dell'offerta di servizi privati.

L'organizzazione decentrata sul territorio risponde all'esigenza di modulare i servizi per l'impiego rispetto alle reali necessità dei mercati del lavoro locali, caratterizzati da profonde diversità, pur non perdendo di vista l'obiettivo di realizzare in tutto il territorio nazionale un livello di qualità dei servizi in grado di armonizzare l'esistente con le nuove attribuzioni dei diversi livelli di governo, in un processo in continua evoluzione che consenta di definire, mediante il confronto e l'accordo tra i soggetti istituzionali coinvolti, l'adeguatezza delle nuove strutture amministrative.

Gli atti normativi riguardanti il conferimento — costituiti dalla legge di delega 15 marzo 1997, n. 59 e dal decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469 — provvedono già a delineare

**Il decentramento
dei servizi
per l'impiego**
*Paola Chiari,
Elena D'Angelo,
Angela Dipino*

la sfera d'azione dei nuovi servizi per l'impiego e a definire in grandi linee la struttura amministrativa potenzialmente idonea ad assicurare l'integrazione tra i servizi per l'impiego, le politiche attive del lavoro e le politiche formative. Infatti, una delle principali carenze del precedente sistema organizzativo è stata individuata, oltre che nella funzione sostanzialmente notarile degli uffici, nella mancanza di integrazione tra collocamento e formazione professionale; nella mancanza cioè di un ruolo integrato capace di orientare il soggetto in cerca di occupazione verso percorsi formativi personalizzati finalizzati a soddisfare reali esigenze del mercato del lavoro.

2. I contenuti del decreto legislativo n. 469/1997.

In particolare, nel decreto legislativo n. 469/1997 vengono indicati i principi e i criteri direttivi da porre a base per l'organizzazione dei sistemi regionali per l'impiego da regolare con legge regionale.

- Mentre le Regioni, sono chiamate ad un ruolo di programmazione, indirizzo, coordinamento e controllo, le funzioni relative al collocamento e alla preselezione sono attribuite alle Province che gestiranno i relativi servizi tramite i centri per l'impiego, costituiti sulla base di bacini di utenza non inferiori a 100.000 abitanti. È inoltre possibile attribuire alle Province la gestione e l'erogazione dei servizi connessi alle funzioni e compiti conferiti alle regioni in materia di politica attiva del lavoro.
- È prevista la costituzione di una commissione regionale tripartita quale sede concertativa di progettazione, proposta, valutazione e verifica rispetto alle linee programmatiche e alle politiche del lavoro di competenza regionale. Nella commissione è assicurata la rappresentanza paritetica delle parti sociali e la partecipazione del rappresentante regionale competente per materia e del consigliere di parità. Il modello concertativo trova attuazione anche a livello provinciale attraverso l'istituzione di una commissione unica per le politiche del lavoro, organo tripartito permanente di concertazione e consultazione delle parti sociali in relazione alle funzioni delle Province in materia di collocamento e a quelle già di competenza degli organi collegiali di livello subregionale destinati ad essere soppressi.
- La realizzazione dell'integrazione sul territorio tra i servizi all'impiego, le politiche attive del lavoro e le politiche formative è affidata ad un organismo istituzionale composto da rappresentanti della Regione, delle Province e degli altri Enti locali.
- Per lo svolgimento delle funzioni di assistenza tecnica e di monitoraggio nelle materie relative alle politiche attive del lavoro, si prevede la creazione di un'apposita struttura regionale dotata di personalità giuridica alla quale è anche attribuito il compito di garantire il collegamento con il « sistema informativo lavoro » (SIL).

3. La legislazione regionale.

Nel corso del 1998 e dei primi mesi del 1999 quasi tutte le Regioni hanno provveduto a emanare i provvedimenti legislativi diretti a determinare concretamente « l'organizzazione amministrativa e le modalità di esercizio delle funzioni e compiti conferiti », regolando variamente, nel rispetto dei criteri e principi fissati dalla legislazione statale, gli aspetti relativi alla costituzione degli organi di governo del mercato del lavoro regionale e dei centri per l'impiego e quelli attinenti all'attribuzione delle funzioni e delle competenze.

3.1. Il ruolo delle Province.

Una delle caratteristiche più rilevanti della produzione legislativa regionale è costituita dalla diversità delle soluzioni adottate in merito alla ripartizione di funzioni tra Regione e Province. La più ampia delega è prevista in Liguria, Emilia Romagna, Toscana e Umbria dove la Regione delinea per sé un ruolo essenzialmente di promozione, programmazione, indirizzo e coordinamento, mentre attribuisce alle Province, insieme ai compiti in materia di collocamento, la gestione e l'erogazione dei servizi connessi alle politiche attive del lavoro. Altre Regioni delegano alle Province solo alcune delle proprie competenze in materia di politiche attive del lavoro ovvero rimettono alla giunta regionale la individuazione di ulteriori compiti da attribuire alle stesse in aggiunta a quelli relativi al collocamento. La

Regione Lombardia adotta invece una soluzione minimale in termini di decentramento con l'attribuzione alle province delle sole competenze in materia di collocamento e preselezione indicate dal decreto legislativo n. 469/1997, mentre il Lazio, accanto a una gestione accentrata delle politiche attive del lavoro, provvede a decentrare servizi specifici a livello comunale.

Pur riconoscendo alle Province ampia autonomia organizzativa nell'esercizio delle funzioni loro conferite anche in relazione alla individuazione delle forme di coinvolgimento di altri enti locali nella gestione dei servizi, le leggi regionali indicano in maniera sufficientemente puntuale funzioni e compiti che i centri per l'impiego saranno chiamati a svolgere, integrando quelle tradizionalmente svolte dagli uffici di collocamento con nuove funzioni di servizio per i cittadini e per le imprese relative ad attività di informazione, orientamento, consulenza, incentivazione dell'incontro tra domanda ed offerta di lavoro, nonché riguardanti iniziative di carattere promozionale rivolte all'incremento dell'occupazione, a favorire l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro, ad agevolare lo sviluppo di nuove imprenditorialità.

Inoltre in alcune Regioni è prevista la creazione, a fianco dei centri per l'impiego, di strutture di servizio gestite dai Comuni. In particolare, in Basilicata, si prevede la organizzazione del sistema informativo regionale del lavoro in sportelli comunali attivati sulla base di convenzioni tra Regione e Comuni presso i quali opereranno servizi di iscrizione in liste e/o elenchi e di informazione a cui potranno essere affiancati servizi per favorire l'integrazione giovanile, l'organizzazione del tempo libero e la diffusione del volontariato. Nel Lazio, invece, è prevista l'istituzione di centri di orientamento al lavoro quali strutture operative per la gestione e l'erogazione di servizi connessi alle funzioni amministrative per l'orientamento al lavoro che con la legge regionale sono delegate ai Comuni.

3.2. Le sedi della concertazione.

Il rafforzamento e lo sviluppo anche a livello locale della concertazione costituiscono il punto qualificante del « Patto sociale per lo sviluppo e l'occupazione » secondo il quale « la scelta concertativa espressa dal Protocollo d'intesa del 23.7.1993 deve divenire una forte procedura di coinvolgimento volta a stabilizzare e potenziare le scelte di politica economica e sociale ». Il coinvolgimento delle parti sociali assume particolare rilievo in relazione alle scelte in materia di politiche del lavoro, campo nel quale peraltro costituisce una tradizione consolidata nel tempo e trova conferma nelle leggi regionali di organizzazione dei sistemi per l'impiego che, pur nella differenza delle soluzioni adottate, riconoscono tutte alla concertazione un essenziale ruolo di sostegno alla programmazione.

La delimitazione della sfera di intervento dei nuovi organismi di concertazione riflette le scelte di fondo effettuate dalle Regioni in relazione alla attribuzione delle competenze di carattere gestionale e al decentramento delle funzioni.

Il decreto legislativo n. 469/1997 prevede che alla commissione regionale permanente tripartita siano trasferite le funzioni e competenze della soppressa commissione regionale per l'impiego (CRI), salvo diversa determinazione della legge regionale. La soluzione indicata nel decreto viene recepita integralmente dalla Campania, dalla Basilicata e dalla Lombardia che affidano al nuovo organismo tutte le funzioni precedentemente esercitate dalla CRI, mentre le Regioni Umbria, Liguria e Veneto, nell'effettuare la medesima scelta prevedono però il successivo affidamento di parte delle competenze, individuate dalla giunta regionale, alle Province o alle commissioni provinciali. In Emilia Romagna vengono attribuite alla commissione tripartita solo le funzioni di rilievo regionale, in particolare quelle in materia di mobilità, cassa integrazione, contratti di formazione e lavoro, mentre le altre funzioni già svolte dalla CRI sono assegnate alle Province. In Toscana vengono affidate direttamente alle Province le funzioni autorizzatorie della CRI, mentre nelle Marche sono demandate alle commissioni provinciali le competenze relative all'approvazione delle liste di mobilità, dei contratti di formazione e lavoro, dei progetti di lavori socialmente utili e dei piani di inserimento professionale.

Lazio ed Abruzzo invece mantengono la commissione quale mera sede di concertazione sottraendole tutte le competenze di carattere gestionale già esercitate dalla CRI che vengono assegnate in Lazio all'ente di assistenza tecnica ed in Abruzzo direttamente alla Regione.

**Il decentramento
dei servizi
per l'impiego**
*Paola Chiari,
Elena D'Angelo,
Angelo Dipino*

**Il decentramento
dei servizi
per l'impiego**
Paola Chiari,
Elena D'Angelo,
Angela Dipino

La concertazione a livello provinciale, secondo gli indirizzi della normativa di riforma, è demandata a un unico organismo partecipato dalle parti sociali dalla costituzione del quale vengono a cessare tutti gli organi collegiali di governo del mercato del lavoro precedentemente esistenti a livello subregionale.

La commissione tripartita provinciale viene chiamata in alcune Regioni ad un puro ruolo di concertazione e consultazione in relazione alle funzioni e ai compiti attribuiti alle Province (Lombardia, Abruzzo, Lazio, Campania e Basilicata). Nelle altre Regioni le vengono invece assegnate anche competenze di carattere amministrativo-gestionale e in particolare quelle già svolte dagli organi collegiali destinati a venir meno (decisione di ricorsi amministrativi, cancellazione dalle liste di collocamento, tenuta e aggiornamento del registro dei commitenti il lavoro a domicilio, etc.), nonché funzioni precedentemente affidate alle CRI.

3.3. Il coordinamento istituzionale.

Nel nuovo sistema regionale di governo del mercato del lavoro, caratterizzato dalla ripartizione di funzioni tra Regione e Province e dal coinvolgimento degli altri Enti locali, appare di particolare rilievo il momento del coordinamento. Per consentire il necessario raccordo e l'armonizzazione di competenze e funzioni tra enti di livello diverso viene prevista la costituzione di un organismo istituzionale « finalizzato a rendere effettiva sul territorio l'integrazione tra i servizi all'impiego, le politiche attive del lavoro e le politiche formative » composto da rappresentanti della Regione, delle Province e degli altri Enti locali. Gli organismi costituiti nelle diverse Regioni vedono in molti casi la presenza, a fianco dei rappresentanti degli enti territoriali, di rappresentanze del mondo della scuola e dell'università (Abruzzo, Umbria, Campania, Lazio e Marche), del Ministero del lavoro (Campania, Basilicata e Lazio), delle Camere di commercio (Lombardia e Abruzzo), di rappresentanti del coordinamento regionale per l'handicap (Lazio). A tali strutture le leggi regionali affidano un'importante funzione propositiva e consultiva, in particolare relativamente alla programmazione regionale e provinciale in materia di politiche del lavoro e della formazione professionale, di pianificazione degli interventi, di *standards* minimi di qualità dei servizi e della loro omogeneità e integrabilità.

3.4. L'assistenza tecnica.

L'individuazione e la realizzazione di efficaci interventi di politica attiva del lavoro e la creazione di una rete di servizi integrati idonei a rispondere alle nuove esigenze del mercato del lavoro rendono indispensabile poter contare su un qualificato supporto tecnico. A tal fine è prevista la creazione di un'apposita struttura regionale dotata di personalità giuridica con autonomia patrimoniale e contabile alla quale affidare funzioni di assistenza tecnica, monitoraggio e coordinamento dei sistemi informativi regionali assicurandone il collegamento con quello nazionale.

A tale struttura, che generalmente assume le caratteristiche di ente strumentale della Regione, le leggi regionali affidano una molteplicità di compiti quali l'assistenza e consulenza alle Regioni e alle Province nella programmazione e nella gestione degli interventi, il monitoraggio e valutazione dei servizi all'impiego e il supporto tecnico in relazione alla qualificazione degli stessi e alla formazione e all'aggiornamento degli addetti, nonché le funzioni di osservatorio del mercato del lavoro (Veneto, Emilia Romagna, Marche, Umbria, Campania e Basilicata) e, nel Lazio, persino l'esercizio delle competenze gestionali già svolte dalla CRI.

È, inoltre, prevista da molte leggi regionali, la possibilità che l'ente fornisca a titolo oneroso ai privati servizi di consulenza e assistenza in materie attinenti al mercato del lavoro.

È da notare infine che in quasi tutte le Regioni la gestione del sistema informativo lavoro regionale è affidata all'ente che dovrà in ogni caso garantirne la connessione con il SIL la cui « conduzione coordinata e integrata » è demandata allo Stato.

Ad un primo tentativo di analisi delle leggi regionali, emerge l'intento diffuso di organizzare i sistemi regionali per l'impiego in modo più attivo e più idoneo a favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, a superare l'impostazione burocratica degli uffici, a organizzare le strutture in centri di servizi integrati, a migliorare le possibilità occupazionali dei soggetti più deboli sul mercato del lavoro, a sviluppare i principi di sussidiarietà e della concertazione.

È, inoltre, valorizzato in tutti gli ambiti regionali l'aspetto relativo ad accrescere le risorse per i sistemi informativi, di monitoraggio e di valutazione degli effetti delle politiche del lavoro. Ciò assume una importanza strategica in una realtà nazionale che in passato ha investito poco in questi campi e che ora valuta essenziali questi strumenti di supporto al processo decisionale (attualmente risultano adottate 12 leggi regionali e sono in corso di emanazione quelle relative alla Calabria, Molise e Puglia (v. allegati)).

4. Individuazione delle risorse che transitano agli enti destinatari delle funzioni e compiti conferiti.

La radicale riforma dei servizi per l'impiego — avviata con la legge c.d. Bassanini del 1997 e ad oggi non definitivamente conclusa, ma con l'impegno sancito nella legge finanziaria per il 1999 di trasferire entro il 30 giugno 1999 personale e beni strumentali alle Regioni, alle Province e agli Enti locali — si snoda attraverso due direttrici fondamentali: la prima, già esaminata, concernente il conferimento alle Regioni e agli Enti locali di funzioni e compiti in materia di collocamento e politica attiva del lavoro, nell'ambito di un ruolo generale di indirizzo, promozione e coordinamento da parte dello Stato, e la seconda, contestuale, riguardante il trasferimento dei beni, delle risorse umane, finanziarie e strumentali, necessarie per l'espletamento dei compiti conferiti.

Con riferimento al tema del trasferimento delle risorse, è stato emanato il DPCM 9 ottobre 1998, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 5 gennaio 1999, n. 3, con il quale sono state individuate, in via generale, quelle da passare alle Regioni e agli Enti locali. Per l'effettivo trasferimento sarà poi necessaria l'emanazione di Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, con riferimento a ciascuna delle 15 regioni interessate.

Vale la pena sottolineare che l'attuazione della riforma ha comportato e comporta un rilevante e complesso volume di attività, svolto con impegno comune dalle strutture centrali e periferiche del Ministero del lavoro e dalle strutture degli enti regionali e locali al fine di realizzarne i contenuti entro i termini previsti.

4.1. Modalità e criteri per individuare i contingenti di personale.

Relativamente alle risorse umane, il DPCM 9 ottobre 1998 fissa in circa 6.000 unità il contingente da ripartire tra le Regioni, pari al 70 per cento del personale in servizio alle politiche del lavoro al 30 giugno 1997, e in quasi 2.700 unità il contingente che rimane nei ruoli del Ministero per l'esercizio delle funzioni e dei compiti residui.

Viene invece interamente trasferito il personale assunto con contratto di diritto privato presso le Agenzie per l'impiego. Anche in tal caso il DPCM individua il numero delle unità che risultano interessate e, in linea di massima, la questione non dovrebbe determinare particolari problemi trattandosi di personale specificatamente individuato, che passa *in toto*, fatta salva la condizione della vigenza del rapporto contrattuale.

Diverse sono invece le valutazioni per il personale degli uffici del lavoro, considerato che rimangono in capo allo Stato competenze residue su tale versante e, di conseguenza, che resta nei ruoli del Ministero una determinata percentuale di professionalità tra quelle complessivamente considerate.

Occorre brevemente accennare che successivamente alla « regionalizzazione » dei servizi per l'impiego, le strutture periferiche del Ministero del lavoro hanno avuto l'attribuzione di nuove e complesse competenze in materia di ispezione del lavoro e di conciliazione delle vertenze di lavoro. Di conseguenza, le direzioni provinciali del lavoro sono state chiamate a rafforzare la vigilanza per la prevenzione e repressione del lavoro irregolare e sommerso, a svolgere accertamenti tecnici e adempimenti procedurali concernenti le inchieste amministrative per gli infortuni sul lavoro, a svolgere, unitamente alle aziende sanitarie locali, una complessa attività di vigilanza in materia di sicurezza del lavoro nelle attività comportanti rischi particolarmente elevati. Nel campo delle vertenze di lavoro, l'entrata in vigore del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 ha comportato un notevole aggravio di lavoro presso le direzioni provinciali, prevedendo il tentativo obbligatorio di conciliazione delle controversie nel settore pubblico e privato.

È pertanto da riconsiderare anche l'assetto organizzativo degli uffici che dovranno svolgere le attività di competenza statale, adeguando le risorse umane e strumentali.

**Il decentramento
dei servizi
per l'impiego**
*Paola Chiari,
Elena D'Angelo,
Angela Dipino*

Il meccanismo per individuare il personale che transita è complesso e basato sulla verifica delle propensioni manifestate dai dipendenti. In sostanza, tra quanti risultano in servizio alla data fissata, chi ha inteso rimanere nello Stato ha dovuto esprimere entro un determinato termine, la propria volontà a restare mentre coloro che non hanno presentato opzione in tal senso, sono stati automaticamente considerati nel contingente da trasferire.

Il sistema è dunque centrato sulle dichiarazioni di volontà del personale, e non poteva essere diversamente, in quanto l'aspetto legato al transito delle risorse umane costituisce un anello delicato dell'intero processo ed una scelta diversa avrebbe probabilmente potuto alimentare un contenzioso di assai difficile risoluzione. Peraltro, anche con l'attuale disciplina qualche elemento di problematicità può comunque venire fuori in quanto si tratta di incidere sulle scelte professionali e, in buona sostanza, sulle scelte di vita dei dipendenti.

Ritornando al meccanismo previsto, il decreto legislativo n. 469/1997, prima, e, in sede di attuazione, il DPCM 9 ottobre 1998 poi, hanno previsto la formazione di una graduatoria ove le propensioni manifestate dal personale fossero risultate superiori alla percentuale fissata, per cui l'individuazione delle risorse da trasferire forzatamente è subordinata a tale circostanza.

Nei fatti, contrariamente ad ogni previsione, i dati non hanno registrato situazioni particolarmente complesse, salvo che in un numero assai ridotto di regioni. I contesti interessati non riguardano il meridione d'Italia, come si era ritenuto potesse accadere, ed è emerso un "attaccamento" a rimanere nei ruoli del Ministero più marcato al Nord rispetto che al Sud, ove le percentuali del personale che transita volontariamente toccano i livelli più elevati.

Per la formazione della graduatoria sono stati fissati, d'intesa con le OO.SS. di categoria, criteri ben precisi che figurano evidenziati nell'allegato 1 del DPCM 9 ottobre 1998. Tali criteri privilegiano in primo luogo l'aspetto della professionalità dei dipendenti che hanno optato per lo Stato, ritenuta particolarmente utile per lo svolgimento delle funzioni residue e per il potenziamento di alcuni settori di intervento statale.

L'Accordo per il personale non dirigenziale, siglato con le organizzazioni sindacali sin dal mese di febbraio 1998, evidenzia infatti la necessità per il Ministero di potersi avvalere di personale con esperienza nel campo dell'ispezione del lavoro e della vigilanza sulle società cooperative, nei settori delle controversie individuali e plurime e della cooperazione, di personale infine, che è stato impegnato nel SIL, mentre per gli Enti locali è fondamentale il contributo di quanti possano vantare esperienza in materia di politiche per l'impiego.

Per i dirigenti, i criteri professionali applicati sono risultati pressoché gli stessi fissati per le qualifiche funzionali, salvo due, chiaramente non richiamabili in quanto relativi alla frequenza dei corsi di riqualificazione per l'ispezione del lavoro. Ovviamente, sono risultate diverse le modalità, in quanto per i dirigenti era necessario far riferimento alla funzione di impulso, verifica e coordinamento da essi svolta rispetto ai settori considerati.

Oltre a criteri di carattere professionale, sono stati anche previsti criteri relativi all'anzianità di servizio, all'età anagrafica, al carico familiare dei dipendenti, con richiami, seppure con modifiche, al DPCM n. 716/1994 relativo alla mobilità nella pubblica amministrazione.

A tale secondo gruppo di criteri è stato però riconosciuto un peso minore rispetto a quelli professionali, a riprova di una scelta operata con riguardo all'imputazione delle competenze: le risorse che restano nei ruoli del Ministero, da un lato, e quelle che passano agli Enti locali dall'altro, sono correlate alle funzioni che residuano allo Stato e a quelle oggetto del conferimento.

Ancora sui criteri, vanno poi brevemente richiamate le valutazioni che hanno ispirato il riconoscimento di un certo punteggio a coloro che, "fotografati" al 30 giugno 1997 in un determinato contesto regionale, avessero prima di allora presentato domanda di trasferimento in altra regione.

L'intento è chiaro. Poiché in caso di graduatoria, riesce a evitare il passaggio forzoso chi può vantare un punteggio maggiore, si è inteso dare qualche opportunità in più a quanti lavorano lontano dal luogo di origine, nel convincimento che il passaggio agli Enti locali avrebbe forse reso più difficoltosi gli spostamenti sul territorio nazionale.

In realtà, la disciplina sul passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse, successivamente introdotta dal decreto legislativo n. 80/1998 che ha modificato l'articolo 33 del decreto legislativo n. 29/1993, rilancia ormai in modo concreto la mobilità anche tra comparti diversi, in precedenza non facilmente attuabile.

Ritornando al processo in atto, la verifica percentuale del contingente da passare è stata effettuata a livello regionale, ma l'analisi delle diverse situazioni relative al personale è

disaggregata per ambito provinciale, dato che le risorse umane vengono direttamente trasferite alla provincia ove sono utilizzate.

Tale ultima modalità, prevista dal DPCM 9 ottobre 1998, consente di raggiungere obiettivi diversificati in quanto da un lato opera una sorta di tutela nei confronti del personale, circa la sede di lavoro, mentre dall'altro, attribuendo direttamente le risorse umane all'Ente destinatario delle funzioni conferite, permette di evitare il doppio e complesso passaggio che si sarebbe verificato prevedendo il trasferimento alla regione e da questa, successivamente, alla provincia.

Nella stessa maniera si dovrà operare per le altre risorse e probabilmente, in tale direzione dovrà essere interpretato l'articolo 9 del DPCM 9 ottobre 1998 che, relativamente ai contratti, prevede, previo consenso tra le parti interessate, il subentro solo da parte della regione. Nel caso in specie, pertanto, la norma dovrebbe essere estensivamente applicata prevedendo la possibilità di cessione dei contratti anche nei confronti delle province, in considerazione dei prevedibili intralci all'operatività delle nuove strutture deputate ai servizi per l'impiego, che potrebbero in caso contrario verificarsi.

Ancora in materia di personale, un'ultima annotazione riguardo alle modalità di formazione delle graduatorie elaborate, nel rispetto di quanto previsto dal citato decreto legislativo 469 e dal DPCM 9 ottobre 1998, su base regionale e in modo integrato, come avviene, ad esempio, per gli avviamenti a selezione presso le pubbliche amministrazioni.

Per completezza di analisi, si osserva che il riferimento ad un contingente regionale, unitamente al fatto che tutto il processo sopra descritto si fonda, ai sensi di legge, sulla verifica delle propensioni manifestate dal personale, potrebbe determinare qualche situazione di problematicità in quanto, in alcuni ambiti provinciali, in particolare quelli relativi alle nuove province, può verificarsi, in merito al contingente che transita, qualche scostamento rispetto alla media percentuale della regione. Ciononostante, è evidente la utilità di governare un processo così complesso, potendosi avvalere del consenso e della motivazione del personale coinvolto.

4.2. I beni strumentali.

È in corso la ricognizione delle risorse da trasferire, avendo a riferimento quelle utilizzate nell'espletamento delle funzioni oggetto del conferimento. Probabilmente sarà poi opportuno demandare a livello locale, sulla base degli inventari, l'esatta individuazione dei beni da passare, nel corso di incontri tra rappresentanti del Ministero, delle Regioni, e delle Province.

Nell'ambito delle risorse strumentali da trasferire è compreso, secondo modalità specifiche, anche il « sistema informativo lavoro » costituito dall'insieme delle strutture organizzative, delle risorse *hardware* e di rete, relative alle funzioni e compiti conferiti.

La realizzazione del processo di decentramento deve contare sull'uso delle nuove tecnologie, compresa l'informatizzazione dei centri per l'impiego, che consenta di offrire servizi trasparenti, rapidi, efficienti ed efficaci in un campo dove la carenza di un adeguato sistema informativo ha determinato un particolare grado di arretratezza.

Il decreto legislativo n. 469/1997, all'articolo 11, contiene una precisa e organica definizione e disciplina del SIL per la realizzazione di una rete di servizi pubblici e privati e per consentire il controllo dei flussi e la conoscenza delle dinamiche del mercato del lavoro.

A questo proposito, si prevede la procedura di comunicazione e diffusione tramite il SIL dei dati relativi alla ricerca di personale ed alla ricerca di impiego e, inoltre, un facile accesso ai dati e ai servizi del SIL.

La costruzione di una rete informatica consentirà la tempestiva conoscenza delle occasioni offerte sul mercato e permetterà di indirizzare al meglio le politiche attive del lavoro e della formazione professionale in ragione degli eventuali squilibri riscontrati in ambito territoriale.

4.3. Iniziative di formazione professionale promosse parallelamente al decentramento.

Per facilitare il processo di decentramento, anche nei confronti di coloro che consapevolmente intendono passare agli Enti locali, è stato promosso un progetto di motivazione e riqualificazione professionale denominato « Le Caravelle ».

Il progetto, promosso dal Dipartimento per la Funzione pubblica, è già stato avviato nelle

**Il decentramento
dei servizi
per l'impiego**
Paola Chiari,
Elena D'Angelo,
Angelo Dipino

**Il decentramento
dei servizi
per l'impiego**
Paola Chiari,
Elena D'Angelo,
Angela Dipino

regioni del Mezzogiorno, nell'ambito del Programma PASS (Pubbliche Amministrazioni per lo Sviluppo del Sud), ed è finanziato dal Fondo sociale europeo. Attuale destinatario dell'azione formativa è il personale degli uffici del lavoro del Ministero operanti in Molise, Puglia, Basilicata, Calabria, Campania e Sardegna, ma gradatamente saranno interessati anche i dipendenti delle Regioni e delle Province che confluiranno nei nuovi servizi per l'impiego.

L'obiettivo che si vuole raggiungere attraverso l'iniziativa è quello di « rafforzare le conoscenze » del personale nella fase del cambiamento, di renderlo più consapevole e più preparato al nuovo ruolo, più capace in definitiva di analizzare le esigenze che provengono dai diversi contesti socio-economici.

5. Il ruolo generale di indirizzo, promozione e coordinamento dello Stato.

In presenza di un quadro normativo evoluto e del carattere della delega che riconosce alle Regioni e alle Province un grado elevato di autonomia organizzativa, funzionale a rendere flessibili i sistemi regionali per l'impiego rispetto alle necessità dei mercati locali, non può non rivelarsi complesso il ruolo generale di indirizzo, promozione e coordinamento dello Stato.

Nel medesimo tempo, la consapevolezza della complessità e della necessità di procedere in tempi ristretti al completamento della riforma non può comprimere l'esercizio di tale ruolo che diviene indispensabile per l'obiettivo irrinunciabile di allestire servizi con un livello minimo di qualità presente in tutto il territorio nazionale.

Come esercitare il ruolo di coordinamento da parte dello Stato? Anche in presenza delle leggi regionali il Ministero del lavoro può elaborare e diramare alle Regioni e alle Province un atto generale di indirizzo in grado di influire sulla pianificazione degli interventi regionali. Infatti, in ambito regionale è prevista, in genere, l'approvazione di un piano pluriennale di programmazione settoriale con il quale sono definite e coordinate le politiche in materia dei servizi per l'impiego e di politica attiva del lavoro in connessione con le politiche formative. Si prevede generalmente anche l'approvazione di un piano annuale contenente le azioni da realizzare, le risorse finanziarie stanziare e, spesso, le direttive e gli *standards* qualitativi e quantitativi da rispettare per l'erogazione e la gestione dei nuovi servizi per l'impiego.

Quindi, l'attività di indirizzo e programmazione del Ministero del lavoro può essere rivolta a determinare una reale sintonia tra le strategie di politica del lavoro che si elaborano a livello comunitario e a livello nazionale e quelle riferite agli ambiti regionali, pur nel rispetto delle diversità territoriali e delle rispettive competenze. In tal modo, le azioni e gli interventi che hanno ispirato il « Patto sociale per lo sviluppo e l'occupazione » del 22 dicembre 1998 e quelli che saranno compresi nel Piano nazionale per l'occupazione per l'anno 1999 forniranno il quadro di riferimento per le linee di intervento regionale.

Lo stesso atto generale del Ministero del lavoro potrà fornire le opportune rassicurazioni in ordine alle dotazioni di risorse e di beni strumentali che saranno trasferiti assieme alle competenze.

Gli ulteriori aspetti di rilievo nel processo di riforma strettamente connessi al ruolo più generale di indirizzo del ministero del lavoro riguardano l'attuazione del SIL e della riforma delle procedure di collocamento e di avviamento al lavoro.

Rimane di competenza statale la conduzione coordinata e integrata del SIL che appare come uno strumento essenziale per la realizzazione di una adeguata ed omogenea rete di servizi e per il controllo dei flussi e della conoscenza delle dinamiche dei mercati del lavoro. La realizzazione di una rete di servizi distribuita sul territorio e collegata in un unico sistema integrato rappresenta un obiettivo di primaria importanza proprio per il raggiungimento di standard di qualità dei servizi da controllare con una attenta azione di indirizzo e coordinamento.

Il processo di riforma dei servizi per l'impiego si completa con una revisione delle procedure di avviamento al lavoro e del collocamento. Sarà così possibile non solo ridefinire l'impianto procedurale, ma anche operare in termini di testo unico, nonché modificare o abrogare norme esistenti ed inserire norme nuove. Lo schema di decreto predisposto dall'amministrazione contiene una serie di elementi qualificanti che, da una parte dovrebbero rendere le procedure di assunzione più adeguate alle nuove esigenze del mercato del lavoro e,

dall'altra, dovrebbero consentire ai centri per l'impiego di esercitare meglio le funzioni di orientamento, di preselezione, di mediazione tra domanda e offerta di lavoro.

L'atto generale di indirizzo dovrebbe poi valorizzare il processo di formazione, di riqualificazione ed aggiornamento del personale interessato al trasferimento nell'ambito del progetto di formazione « Le caravelle ». Anche tale passaggio richiede una valutazione congiunta tra Stato e Regioni circa l'efficacia dei risultati e l'eventuale aggiustamento dei contenuti della formazione.

Quanto all'attività di promozione che il Ministero del lavoro potrà esprimere, non possono non essere rilevati tre aspetti:

- pur nel rispetto dell'autonomia conferita alle Regioni e alle Province, va ricordata una priorità riguardante un impegno vigoroso a migliorare le possibilità di inserimento lavorativo delle categorie di soggetti più deboli sui mercati del lavoro. Tale impegno risulterebbe ancora prerogativa di un sistema regionale per l'impiego pubblico, in considerazione del fatto che i servizi privati potrebbero non essere interessati a tale settore di utenza;
- tra gli orientamenti in materia di occupazione per il 1999 definiti a livello europeo assume grande importanza per il nostro paese l'impegno ad intensificare gli sforzi per affrontare la disoccupazione giovanile e a prevenire la disoccupazione di lunga durata. In tale campo devono essere concordate iniziative di strategia preventiva che, nel migliore dei casi, potrebbero condurre a programmi personalizzati di orientamento e di tirocini lavorativi;
- coinvolgimento delle istituzioni scolastiche, dei servizi per l'impiego e del mondo del lavoro attraverso le associazioni di categoria per diffondere la pratica dell'orientamento e la promozione dell'apprendistato e dei tirocini lavorativi come azione per migliorare l'occupabilità dei giovani.

Con riferimento alle attività di coordinamento previste dal decreto legislativo n. 469/1997, esistono delle difficoltà oggettive a definire a livello centrale un modello di qualità dei servizi per l'impiego per le ricordate motivazioni: esistenza di un quadro normativo evoluto, differenze nelle condizioni di partenza nei diversi territori, funzionalità della creazione di un modello flessibile di erogazione dei servizi. Tuttavia, al fine di non creare evidenti difformità che determinerebbero situazioni di discriminazione tra i cittadini-utenti, si può immaginare di definire, in grandi linee, le aree di attività che i servizi per l'impiego dovrebbero comunque assicurare.

Tali attività potrebbero consistere nel seguente elenco:

1. analisi del mercato del lavoro locale;
2. servizi di accoglienza e informazione;
3. servizi di orientamento verso percorsi di formazione e di esperienze temporanee di inserimento lavorativo;
4. servizi di incontro domanda e offerta di lavoro;
5. servizi di sostegno per i soggetti deboli;
6. servizi di informazione e sostegno per l'avvio di attività autonome;
7. servizi di consulenza alle imprese e ai datori di lavoro privati;
8. servizi per iniziative locali per l'occupazione;
9. raccolta dei flussi informativi;
10. elaborazione dei dati e valutazione degli effetti delle politiche;
11. raccordo con il SIL e con l'Osservatorio del mercato del lavoro.

Tra le attività di coordinamento risulta indispensabile procedere ad un protocollo per il monitoraggio in grado di raccogliere i flussi informativi in modo omogeneo, semplice, comprensibile e comparabile secondo le indicazioni della UE. Il problema della comparabilità si pone non solo per la lettura dei dati di attuazione delle politiche attive del lavoro di rilievo regionale, ma anche per il raffronto tra le situazioni esistenti tra i diversi paesi membri dell'Unione europea. Il coordinamento del monitoraggio deve avvenire in raccordo con il SIL e deve essere accompagnato da una azione formativa per gli addetti.

In conclusione, il processo di riforma dei servizi per l'impiego si completa con una serie di interventi che formano il valore aggiunto del conferimento di funzioni alle regioni e agli enti locali (atto di indirizzo e coordinamento, piena attuazione del SIL, risoluzione concertata di tutte le problematiche relative alla creazione di servizi innovativi, semplificazione della normativa e delle procedure, formazione degli addetti, chiarezza sulle risorse finanziarie destinate alle politiche attive, attento coordinamento del monitoraggio e valutazione degli effetti delle politiche).

**Il decentramento
dei servizi
per l'impiego**
*Paola Chiari,
Elena D'Angelo,
Angelo Dipino*

**Il decentramento
dei servizi
per l'impiego**
Paola Chiari,
Elena D'Angelo,
Angela Dipino

Per il governo di tale processo è necessario assicurare presso l'amministrazione centrale una sede di coordinamento e verifica costante del suo andamento con il confronto delle parti sociali, per favorire il superamento delle difficoltà di gestione soprattutto in quelle realtà territoriali dove il cambiamento incontra maggiori ostacoli. Allo stesso tempo e ben oltre il termine previsto per il definitivo trasferimento di competenze, dovranno continuare ad operare le commissioni paritetiche per la completa messa a punto dei sistemi regionali per l'impiego. Vi sono, quindi, forti aspettative per il miglioramento dei servizi per l'impiego fondato sulla distribuzione delle funzioni tra Stato ed amministrazioni locali, sulla revisione delle strumentazioni e sull'innovazione tecnologica. Tali aspettative risiedono a livello nazionale, in quanto è convinzione comune che il miglioramento delle possibilità occupazionali dipende anche da una efficace « macchina amministrativa » e non solo da scelte politiche mirate e risiedono a livello comunitario, per il rilievo che la riforma ha assunto nel Piano nazionale d'azione per l'occupazione per il 1998 e che assumerà in quello per il 1999. Occorre, quindi, un impegno comune per il cambiamento che acceleri e realizzi i contenuti di questa radicale e importante riforma.

6. ALLEGATI. Leggi regionali in corso di applicazione.

Regione Emilia Romagna	Legge Regionale 27/7/1998 n. 25 « Norme in materia di politiche regionali del lavoro e di servizi per l'impiego »
Funzioni della Regione	<ul style="list-style-type: none"> — Indirizzo, programmazione, coordinamento e valutazione delle politiche del lavoro e formative — Monitoraggio e vigilanza sulle funzioni attribuite alle province — Raccordo con altri organismi nazionali e con UE
Commissione regionale tripartita	Progettazione, proposta, verifica e valutazione delle linee programmatiche delle politiche del lavoro e della formazione. In particolare: <ul style="list-style-type: none"> — Parere obbligatorio sugli indirizzi e piani regionali di attività delle politiche del lavoro — Proposte per la definizione da parte della Giunta Regionale dei criteri per la dislocazione territoriale dei centri per l'impiego — Funzioni già della CRI di rilievo regionale fra cui quelle in materia di mobilità, cassa integrazione, contratti di formazione e lavoro
Comitato di coordinamento interistituzionale	<ul style="list-style-type: none"> — Parere sugli indirizzi regionali delle politiche del lavoro e della formazione e sui conseguenti atti applicativi — Proposte relative allo sviluppo dell'integrazione tra le politiche del lavoro e le politiche formative e su progetti specifici rivolti all'inserimento dell'occupazione
Agenzia Emilia Romagna lavoro	<ul style="list-style-type: none"> — Supporto alla programmazione, gestione, monitoraggio e valutazione delle politiche regionali del lavoro — Elaborazione e proposte in materia di standard qualitativi, criteri di accreditamento e certificazione dei servizi per il lavoro — Monitoraggio e valutazione tecnica dei servizi per il lavoro — Gestione del sistema informativo lavoro e collegamento con il sistema informativo — Qualificazione dei servizi attraverso interventi di Supporto tecnico e metodologico — Funzioni di osservatorio del mercato del lavoro — Possibilità di convenzioni con soggetti pubblici e privati
Commissione provinciale	Funzioni di concertazione relativamente: <ul style="list-style-type: none"> — alle linee programmatiche delle politiche del lavoro e della formazione di competenza provinciale — all'attività dei servizi — alle funzioni già di competenza degli organi collegiali provinciali soppressi — alle funzioni già di competenza della CRI attribuite alle province
Centri per l'impiego	<ul style="list-style-type: none"> — servizi relativi al collocamento — Servizi di informazione, consulenza individuale, preselezione — servizi connessi alle funzioni e compiti conferiti alla Regione — Possibilità di convenzioni con soggetti pubblici e privati
Funzioni delle province	Programmazione e gestione del sistema integrato dei servizi del lavoro. In particolare: <ul style="list-style-type: none"> — Funzioni e compiti in materia di collocamento — Realizzazione delle iniziative connesse alle funzioni e ai compiti regionali relativi alle politiche attive del lavoro — Funzioni già di competenza della CRI con esclusione di quelle di rilievo Regionale

**Il decentramento
dei servizi
per l'impiego**
*Paola Chiari,
Elena D'Angelo,
Angelo Dipino*

Regione Toscana	Legge Regionale 6/8/1998 n. 52 « Norme in materia di politiche del lavoro e di servizi per l'impiego »
Funzioni della Regione	<ul style="list-style-type: none"> — Programmazione, indirizzo, coordinamento e verifica in ordine al sistema regionale per l'impiego e alle materie relative alle politiche attive del lavoro con l'obiettivo di incrementare l'occupazione, la nuova imprenditorialità e incentivare l'incontro — Sviluppo dei servizi per l'impiego, loro omogenea diffusione nell'ambito regionale e semplificazione dei relativi procedimenti amministrativi — Pareri in ordine ai procedimenti di cassa integrazione, mobilità e promozione dei contratti di solidarietà
Commissione regionale permanente tripartita	<ul style="list-style-type: none"> — Progettazione, proposta in tema di orientamento, formazione, mediazione di manodopera e politiche attive del lavoro limitatamente alle funzioni regionali — Valutazione e verifica dei risultati rispetto alle linee programmatiche e agli indirizzi elaborati dalla Regione — Funzioni già esercitate dalla CRI non altrimenti attribuite
Comitato di coordinamento istituzionale	<ul style="list-style-type: none"> — Proposte in merito agli indirizzi ed ai criteri generali per l'individuazione degli ambiti territoriali dei centri per l'impiego — Valutazioni in merito alla qualità dei servizi resi e all'efficacia del sistema regionale per l'impiego — Proposte sulla qualità e sulla gestione dei servizi e sui contenuti generali delle convenzioni con enti e soggetti privati finalizzati al miglioramento della qualità dei servizi per l'impiego
Ente Toscana lavoro	<ul style="list-style-type: none"> — Gestione delle informazioni e delle banche dati, all'interno del sistema informativo e connessione con la rete unitaria della pubblica amministrazione — Monitoraggio sulla mobilità interprovinciale, interregionale, nazionale, comunitaria — Controllo sulla tenuta delle liste di mobilità — Altri compiti finalizzati alla qualificazione e sviluppo del sistema regionale per l'impiego ad esso affidate dalla Giunta regionale — Attività a titolo oneroso su richiesta di soggetti pubblici o privati
Commissione provinciale	<ul style="list-style-type: none"> — Criteri per l'esercizio da parte delle Province delle funzioni autorizzatorie già esercitate dalla CRI — Funzioni già esercitate dagli organi collegiali soppressi — Concertazione in materia di programmazione provinciale delle politiche attive del lavoro e della formazione professionale e di Gestione dei servizi per l'impiego e dei centri per l'impiego
Centri per l'impiego	<ul style="list-style-type: none"> — Servizi connessi alle funzioni e ai compiti attribuiti alle province in materia di collocamento — Servizi connessi ai compiti di Gestione nelle materie relative alle politiche attive del lavoro — Possibilità di convenzioni con soggetti pubblici e privati e di offerta di servizi a titolo oneroso
Funzioni delle province	<ul style="list-style-type: none"> — Funzioni amministrative, di programmazione di livello provinciale e di gestione nelle materie relative al collocamento e alle politiche attive del lavoro — Individuazione secondo gli indirizzi e i criteri generali stabiliti dalla Regione, gli ambiti territoriali di riferimento per i centri per l'impiego — Funzioni autorizzatorie già esercitate dalla CRI

Regione Lazio	Legge Regionale 7/8/1998 n. 38 « Organizzazione delle funzioni regionali e locali in materia di politiche attive per il lavoro »
Funzioni della Regione	<ul style="list-style-type: none"> — Programmazione, indirizzo, coordinamento, vigilanza e controllo in materia di politiche attive del lavoro
Commissione regionale di concertazione per il lavoro	<ul style="list-style-type: none"> — Proposta, valutazione e verifica delle linee programmatiche e delle politiche regionali per il lavoro, per la formazione professionale e per l'istruzione in particolare regionali — Parere sulla verifica di compatibilità degli atti di Programmazione provinciale con i piani — Proposta dei criteri per la definizione dei bacini di utenza dei centri per l'impiego — Parere obbligatorio sui piani regionali per le politiche attive del lavoro, per la formazione e l'istruzione e sulla proposta di programma annuale di attività dell'Agenzia Lazio Lavoro — Parere sull'individuazione delle funzioni amministrative strumentali attribuite alle province — Compiti già di competenza della CRI ad eccezione di quelli gestionali

**Il decentramento
dei servizi
per l'impiego**
Paola Chiari,
Elena D'Angelo,
Angela Dipino

Comitato istituzionale regionale	<ul style="list-style-type: none"> — Compiti relativi all'integrazione tra le politiche attive per il lavoro, quelle per la formazione e per l'istruzione, nonché tra i vari servizi ed attività. In particolare: — pareri sui piani regionali per le politiche attive del lavoro, per la formazione professionale, per l'istruzione — parere sull'individuazione delle funzioni strumentali attribuite alle province — parere sulla verifica di compatibilità degli atti di Programmazione provinciale con i piani regionali — parere sulla definizione dei bacini di utenza dei centri per l'impiego — parere sul monitoraggio delle funzioni di province e comuni
Agenzia Lazio lavoro	<ul style="list-style-type: none"> — Assistenza tecnica, monitoraggio e valutazione tecnica in materia di politiche del lavoro — Coordinamento tecnico tra i servizi regionali e locali — Gestione del sistema informativo regionale e locale per il lavoro — Formazione degli operatori addetti ai servizi — Compilazione e aggiornamento della lista di mobilità — Altri compiti gestionali già svolti dalla CRI — Possibilità di convenzioni con soggetti esterni, pubblici e privati — Osservatorio regionale delle politiche per il lavoro, la formazione e l'istruzione — Valutazione dei dati sul mercato del lavoro — Valutazione effetti politiche — Fornitura dati al sistema statistico regionale
Commissione provinciale	<ul style="list-style-type: none"> — Funzioni di concertazione in relazione alle funzioni attribuite alle province — Parere sugli atti di Programmazione delle politiche locali del lavoro — Sottocommissione per il collocamento agricolo
Centri per l'impiego	<ul style="list-style-type: none"> — Gestione ed erogazione dei servizi connessi alle funzioni amministrative attribuite alle province — Ulteriori servizi connessi alla realizzazione degli interventi indicati dal piano annuale ovvero alle funzioni amministrative connesse all'orientamento
Funzioni delle province	<ul style="list-style-type: none"> — Funzioni amministrative relative al sistema integrato dei servizi per il collocamento e funzioni strumentali all'esercizio delle stesse
Funzioni dei comuni	<ul style="list-style-type: none"> — Funzioni amministrative per l'orientamento al lavoro

Regione Campania	Legge Regionale 13/8/1998 n. 14 « Politiche regionali per il lavoro e servizi per l'impiego »
Funzioni della Regione	<ul style="list-style-type: none"> — Funzioni di programmazione, indirizzo, coordinamento e verifica in materia di politiche per il lavoro — Raccordo con gli organismi nazionali e coordinamento dei rapporti con l'Unione Europea
Commissione regionale per il lavoro	<ul style="list-style-type: none"> — Pareri sui piani annuale e triennale per le politiche del lavoro, formative e sul piano di attività dell'Agenzia della Campania per il lavoro — Funzioni e compiti già svolti dalla CRI — Parere in merito ai criteri di definizione degli standard qualitativi in materia di erogazione, monitoraggio e valutazione
Comitato istituzionale regionale	<ul style="list-style-type: none"> — Interventi diretti a realizzare l'integrazione tra le politiche per il lavoro, la formazione professionale e il territorio — Localizzazione dei centri per l'impiego e i relativi servizi, nonché il loro assetto organizzativo
Agenzia della Campania per il lavoro	<ul style="list-style-type: none"> — Gestione dell'osservatorio regionale sul mercato del lavoro — Progettazione e supporto tecnico nella Programmazione e attuazione degli interventi di politica del lavoro e della formazione — Assistenza tecnica alle province per la Progettazione e Valutazione dei programmi connessi alle politiche e ai servizi per il lavoro — Qualificazione dei servizi all'impiego — Monitoraggio e valutazione dei servizi all'impiego e degli interventi di politica del lavoro — Gestione del sistema informativo regionale — Realizzazioni di programmi volti a incrementare e qualificare l'occupazione
Commissione provinciale	<ul style="list-style-type: none"> — Proposte, consultazione e verifica delle politiche del lavoro promosse dalla Giunta regionale e provinciale

**Il decentramento
dei servizi
per l'impiego**
Paola Chiari,
Elena D'Angelo,
Angelo Dipino

Centri per l'impiego	<ul style="list-style-type: none"> — Informazione con accesso alle reti telematiche ed alle fonti di settori regionali e nazionali — Certificazione per esercitare un'attività lavorativa, accesso al lavoro, inserimento in percorsi formativi o in dispositivi di sostegno all'occupazione — Informazione sugli inserimenti lavorativi e sul lavoro — Intermediazione tra domanda e offerta di lavoro — Promozione e assistenza tecnica per la realizzazione dei dispositivi di sostegno all'occupazione — monitoraggio dei dispositivi
Funzioni delle province	<ul style="list-style-type: none"> — Funzioni amministrative relative al collocamento e ai centri per l'impiego

Regione Liguria	Legge Regionale 20/8/1998 n. 27 « Disciplina dei servizi per l'impiego e della loro integrazione con le politiche formative e del lavoro »
Funzioni della Regione	<ul style="list-style-type: none"> — Promozione, programmazione, indirizzo e coordinamento in materia di servizi per l'impiego e garanzia del raccordo col sistema scolastico ed universitario — Promozione, programmazione e coordinamento delle iniziative volte a incrementare l'occupazione, ad incentivare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro ed a favorire l'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate — Raccordo con organismi nazionali e dell'Unione Europea
Commissione regionale di concertazione	<ul style="list-style-type: none"> — Funzioni e compiti già della CRI non trasferiti alle province — Pareri sul programma triennale regionale delle politiche attive del lavoro e sul programma annuale dell'Agenzia « Liguria Lavoro » — Progettazione, proposte, valutazione e verifica su servizi per l'impiego, politiche formative e del lavoro
Comitato istituzionale regionale	<ul style="list-style-type: none"> — Parere sugli indirizzi regionali e provinciali in materia di servizi per l'impiego, di politiche formative e del lavoro — Funzione propositiva nei confronti della Giunta Regionale e delle Amministrazioni Provinciali in ordine allo sviluppo dell'integrazione tra le politiche del lavoro e le politiche formative e su progetti specifici rivolti all'incremento dell'occupazione
Agenzia Liguria lavoro	<p>Assistenza tecnica e monitoraggio in materia di politica attiva del lavoro</p> <p>Progettazione e supporto tecnico in materia di:</p> <ul style="list-style-type: none"> — programmazione e qualificazione dei servizi per l'impiego e del lavoro — Informazione ed orientamento professionale — Sistema informativo del lavoro — Orientamento, formazione e inserimento lavorativo
Commissione provinciale	Funzioni e compiti già della CRI che non richiedono unitario esercizio a livello regionale
Centri per l'impiego	<ul style="list-style-type: none"> — Servizi relativi al collocamento — Servizi di orientamento, di informazione, di promozione e di consulenza — Servizi rivolti alla promozione dell'inserimento lavorativo e di incentivi all'assunzione in particolare delle fasce deboli — Servizi rivolti alla promozione alla consulenza e al supporto tecnico relativi all'attività di formazione — Servizi rivolti all'analisi della domanda e offerta di lavoro — Altri servizi connessi ai compiti in materia di politica attiva del lavoro
Funzioni delle province	<ul style="list-style-type: none"> — Funzioni e compiti in materia di collocamento e Gestione ed erogazione dei servizi ad essi connessi — Gestione ed erogazione dei servizi connessi alle funzioni ed ai compiti in materia di politica attiva del lavoro — Funzioni e compiti già della CRI che non richiedono unitario esercizio a livello regionale — Gestione integrata degli interventi formativi, orientativi, informativi

Regione Basilicata	Legge Regionale 8/9/1998 n. 29 « Norme in materia di politiche regionali per il lavoro e servizi integrativi per l'impiego »
Funzioni della Regione	<ul style="list-style-type: none"> — Funzioni di programmazione, di indirizzo, di coordinamento e vigilanza in materia di collocamento. In particolare: — Approvazione dei piani annuale e pluriennale per le politiche del lavoro — Determinazione di programmi di iniziativa regionale — Promozione di lavoro e nuova imprenditorialità — Indirizzo, programmazione e verifica dei LSU — Promozione di tirocini formativi — Approvazione degli atti fondamentali inerenti l'Ente Basilicata Lavoro — Sperimentazione di servizi innovativi

**Il decentramento
dei servizi
per l'impiego**
Paola Chiari,
Elena D'Angelo,
Angela Dipino

Commissione permanente per l'impiego	— Funzioni e compiti già svolti dalla CRI
Comitato di coordinamento istituzionale per le politiche lavoro	— Interventi rivolti a rendere effettiva l'integrazione tra i servizi per l'impiego e l'attuazione delle politiche attive del lavoro e formative
Ente Basilicata lavoro	— Assistenza tecnica e monitoraggio delle politiche del lavoro — Funzioni di Osservatorio regionale del mercato del lavoro — Assistenza e consulenza a titolo oneroso a privati che svolgono attività e servizi sul mercato del lavoro — Assistenza e consulenza alla Commissione per l'Impiego e al Comitato di coordinamento
Commissione provinciale	— Concertazione e consultazione delle parti sociali
Centri per l'impiego	— Servizi relativi al collocamento — Servizi di preselezione, di informazione, orientamento e consulenza individuali sia a favore dei lavoratori che delle imprese — Servizi connessi ai compiti di Gestione in materia di politica attiva del lavoro
Funzioni delle province	— Funzioni e compiti in materia di collocamento — Gestione ed erogazione dei servizi connessi alle politiche attive del lavoro — Funzioni e competenze proprie delle commissioni soppresse

Regione Abruzzo	Legge Regionale 16/9/1998 n. 76 « Disciplina dell'organizzazione del sistema regionale integrato dei servizi all'impiego »
Funzioni della Regione	— Programmazione, coordinamento, monitoraggio sulle funzioni e compiti conferiti in materia di collocamento e politiche attive del lavoro — Funzioni di indirizzo già svolte dalla CRI. In particolare criteri di utilizzo del Fondo per l'occupazione, criteri per l'approvazione dei progetti di CFL — Quote di assunzione riservate ai soggetti svantaggiati — Funzioni e compiti in materia di politica attiva del lavoro. In particolare interventi di sostegno all'occupazione. Interventi formativi — Funzioni in materia di eccedenza di personale — Accordi finalizzati ai contratti di solidarietà — Pareri in merito alle autorizzazioni all'esercizio di attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro
Commissione tripartita Regionale	— Funzioni di progettazione, proposta, valutazione e verifica e in particolare in relazione a: — proposte della Giunta per la definizione consiliare degli interventi in materia di orientamento e Formazione — individuazione degli interventi di sostegno all'occupazione da attivare attraverso il piano annuale — indirizzi generali per la stabilizzazione dei lavoratori impiegati in LSU, i criteri di utilizzo del Fondo per l'occupazione di approvazione dei progetti e di avviamento dei lavoratori — Criteri per l'approvazione dei progetti formativi nei CFL — Determinazioni relative alle giuste assunzioni da riservare a soggetti svantaggiati e individuazioni di ulteriori categorie di lavoratori ai sensi dell'art. 25 L. 223/91 — Parere sul piano di attività dell'ente « Abruzzo lavoro » — Determinazioni sugli standard minimi di qualità nell'erogazione dei servizi all'impiego
Comitato di coordinamento istituzionale	— Pareri sugli atti di programmazione regionali e provinciali in materia di politica del lavoro e formazione professionale con particolare riguardo ai profili attinenti all'integrabilità e complementarietà degli interventi — Determinazioni in seduta congiunta con la Commissione tripartita degli standard minimi di qualità dei servizi per l'impiego — Parere sul piano annuale di attività dell'ente « Abruzzo Lavoro »
Ente Abruzzo lavoro	— Assistenza tecnica alla Regione in relazione alla Programmazione delle politiche del lavoro e della formazione, della progettazione degli interventi, alla valutazione di progetti formativi, agli standard qualitativi dei servizi per l'impiego, all'attività di osservazione del mercato del lavoro e monitoraggio degli interventi — Assistenza tecnica alla Provincia in relazione alla qualificazione e integrazione dei servizi erogati dai centri per l'impiego, il supporto metodologico e aggiornamento degli addetti — Monitoraggio dei servizi per l'impiego, all'armonizzazione degli interventi dell'UE, dello Stato, della Regione e delle Province in materia di formazione e lavoro — Raccordo con il SIL — Assistenza tecnica a titolo oneroso a favore di privati

**Il decentramento
dei servizi
per l'impiego**
Paola Chiari,
Elena D'Angelo,
Angelo Dipino

Funzioni delle province	<ul style="list-style-type: none"> — Gestione del collocamento — Funzioni già attribuite agli organi collegiali soppressi — Tenuta della lista di mobilità — Approvazione dei progetti di LSU di ambito provinciale — Approvazione progetti formativi relativi a CFL — Informazione, promozione e consulenze in relazione alle politiche mirate a promuovere nuova imprenditorialità e a favorire l'inserimento lavorativo dei soggetti deboli — Funzioni di pianificazione ed attuazione di interventi di orientamento e Formazione ivi compresi i tirocini formativi e di orientamento
-------------------------	---

Regione Marche	Legge Regionale 9/11/1998 n. 38 « Assetto delle funzioni in tema di collocamento, servizi per l'impiego e politiche attive di lavoro »
Funzioni delle Regione	<ul style="list-style-type: none"> — Programmazione e coordinamento delle iniziative volte a incrementare l'occupazione e ad incentivare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro — Programmazione e coordinamento delle iniziative volte a favorire l'occupazione degli iscritti alle liste di collocamento, dei lavoratori in mobilità, degli appartenenti a categorie svantaggiate — Indirizzo, promozione e verifica dei LSU e dei progetti per l'occupazione di tossicodipendenti ed ex detenuti — Criteri per la Compilazione e la Tenuta delle liste di mobilità — Promozione di Accordi e contratti collettivi finalizzati ai contratti di solidarietà — Individuazione dei bacini di utenza dei centri per l'impiego
Commissione regionale per il lavoro	<ul style="list-style-type: none"> — Progettazione, proposta, valutazione e verifica delle linee programmatiche e delle politiche del lavoro — Parere obbligatorio sui piani annuale e biennale — Pareri di competenza del Comitato di concertazione di cui alle L.R. n. 2/96 e 31/97 — Funzioni amministrative già della CRI con esclusione di quelle attribuite alla Commissione provinciale
Conferenza interistituzionale di coordinamento regionale	<ul style="list-style-type: none"> — Pareri sugli indirizzi regionali delle politiche attive del lavoro e della Formazione e sui conseguenti atti applicativi — Proposte relative allo sviluppo dell'integrazione tra politiche del lavoro e politiche formative e su progetti specifici rivolti all'incremento dell'occupazione e sui conseguenti atti applicativi — Rapporto annuale sullo stato di attuazione delle politiche attive del lavoro e del sistema formativo
Agenzia Regionale Marche lavoro	<ul style="list-style-type: none"> — Fornire alla Giunta regionale elementi utili all'attività di programmazione — Interventi specifici di Formazione e di politica del lavoro — Servizi specialistici, anche dietro corrispettivo, a richiesta dei privati — Assistenza tecnica, monitoraggio, informazione in materia di politica attiva del lavoro — Assistenza tecnica alle Province per realizzare uniformità di prestazioni nei centri per l'impiego — Osservatorio del mercato del lavoro — Collegamento con il SIL
Commissione provinciale	<ul style="list-style-type: none"> — Concertazione e consultazione delle parti sociali sulle funzioni attribuite alle province in materia di Formazione e lavoro — Funzioni degli organi collegiali soppressi — Approvazione delle liste di mobilità dei contratti di formazione e lavoro, dei progetti di LSU e dei piani per l'inserimento professionale — Altre competenze eventualmente attribuite dalla Giunta regionale
Centri per l'impiego	<ul style="list-style-type: none"> — Erogazione e Gestione dei servizi connessi alle funzioni attribuite alle province — Progettazione, organizzazione e gestione di corsi di formazione professionale — accesso a percorsi formativi — Promozione dell'utilizzo degli incentivi alla occupazione per le imprese — Promozione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro mediante accessi telematici — Informazione, orientamento e consulenza individuale — Attività amministrativa connessa alle funzioni conferite — Possibilità di creazione di centri locali per la Formazione

**Il decentramento
dei servizi
per l'impiego**
Paola Chiari,
Elena D'Angelo,
Angela Dipino

Funzioni delle province	<ul style="list-style-type: none"> — Collocamento — Preselezione e incontro tra domanda e offerta di lavoro — Iniziative volte a incrementare l'occupazione — Funzioni concernenti il sostegno all'occupazione di cui alla L.R. 31/97 con esclusione di quelle di osservatorio del mercato del lavoro e di quelle relative agli interventi nelle aree di squilibrio — Funzioni in materia di Formazione già delegata alle province
Regione Umbria	Legge Regionale 25/11/1998 n. 41 « Norme in materia di politiche regionali del lavoro e di servizi per l'impiego »
Funzioni della Regione	<ul style="list-style-type: none"> — Indirizzo, programmazione, coordinamento e valutazione degli interventi di politica attiva del lavoro, delle iniziative formative, delle attività dirette alla creazione di un sistema di informazione e di analisi del mercato del lavoro — Intervento nelle procedure relative alla CIGS, alla mobilità e alla promozione di accordi sindacali sui contratti di solidarietà — Raccordo con gli organismi nazionali e il coordinamento dei rapporti con l'Unione Europea
Commissione regionale tripartita	<ul style="list-style-type: none"> — Progettazione, proposta, verifica e valutazione delle linee programmatiche delle politiche del lavoro e della formazione — funzioni già di competenza della CRI non attribuite alle Commissioni provinciali — Parere obbligatorio sui programmi e gli atti di indirizzo regionali di politiche del lavoro e sul piano di attività dell'Agenzia Umbria Lavoro — Parere obbligatorio in merito alla individuazione dei bacini di utenza e delle sedi dei Centri per l'impiego — Criteri per la ricollocazione presso le pubbliche amministrazioni dei lavoratori coinvolti nelle procedure di CIGS e mobilità
Comitato di coordinamento istituzionale	<ul style="list-style-type: none"> — Parere obbligatorio sui programmi e gli atti di Indirizzo regionale — Parere obbligatorio in merito all'individuazione dei bacini di utenza dei centri per l'impiego — Funzioni propositive nei confronti della giunta regionale e degli altri enti relativamente allo sviluppo dell'integrazione tra politiche del lavoro e politiche formative
Agenzia Umbria lavoro	<ul style="list-style-type: none"> — Supporto alla programmazione, gestione, monitoraggio, valutazione delle politiche regionali dell'impiego, della formazione e dei sistemi educativi — Elaborazioni e proposte in materia di standard qualitativi, criteri per l'accreditamento e la certificazione dei servizi per il lavoro — Monitoraggio e valutazione tecnica dei servizi per l'impiego — Gestione del Sistema informativo lavoro e collegamento con il sistema nazionale — Qualificazione dei servizi di formazione degli operatori — Attività di monitoraggio, studio e ricerca e predisposizione di materiali informativi sulle tendenze del mercato del lavoro
Commissione provinciale	<ul style="list-style-type: none"> — Concertazione e consultazione delle parti sociali in relazione alle funzioni provinciali in materia di collocamento e in relazione alle funzioni degli organi collegiali soppressi — Funzioni già della CRI
Centri per l'impiego	<ul style="list-style-type: none"> — Servizi di collocamento e connessi — Servizi connessi alle funzioni conferite alle Province in materia di politica attiva del lavoro — Servizi di informazione, orientamento, consulenza individuale e rivolta all'incontro tra domanda e offerta di lavoro — Servizi rivolti alla promozione di strumenti per l'inserimento nel mercato del lavoro e per lo sviluppo di nuove imprenditorialità
Funzioni delle province	<ul style="list-style-type: none"> — Funzioni amministrative relative al collocamento — Funzioni di politica attiva del lavoro
Regione Piemonte	Legge Regionale 14/12/1998 n. 41 « Organizzazione delle funzioni regionali e locali in materia di mercato del lavoro »
Funzioni della Regione	<ul style="list-style-type: none"> — Programmazione, indirizzo, coordinamento e valutazione del sistema regionale dei servizi pubblici per il lavoro — Politiche attive del lavoro mirate in particolare a incentivare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro specie con riguardo ai giovani e ai soggetti svantaggiati, alla riqualificazione dei lavoratori, alla valorizzazione delle occasioni di lavoro di

**Il decentramento
dei servizi
per l'impiego**
Paola Chiari,
Elena D'Angelo,
Angelo Dipino

Commissione regionale di concertazione	<ul style="list-style-type: none"> — Proposte e Parere obbligatorio in ordine al programma regionale triennale per le politiche del lavoro e al piano annuale. — Proposta in merito all'istituzione di corsi di qualificazione e riqualificazione — Iniziative volte a favorire l'attuazione delle pari opportunità — Proposta di interventi rivolti a favorire l'inserimento di soggetti svantaggiati — Approvazione dei progetti di CFL e PIP — Determinazione dei Criteri di priorità e approvazione dei progetti di LSU — Approvazione delle liste di mobilità — Esame dei ricorsi avverso i provvedimenti adottati dalle Commissioni provinciali — Tutti gli altri compiti già della CRI non attribuiti ad altri dalla L.R.
Comitato al lavoro e formazione professionale	<ul style="list-style-type: none"> — Pareri sui programmi regionali delle politiche del lavoro e della formazione sui piani annuali, sulle proposte degli standard qualitativi dei servizi — Proposte alla Giunta regionale, ai Comuni e alle Comunità montane finalizzate all'integrazione fra politiche del lavoro, i servizi per il lavoro e le politiche formative
Agenzia Piemonte lavoro	<ul style="list-style-type: none"> — Collaborazione al raggiungimento dell'integrazione tra i servizi per l'impiego, le politiche attive del lavoro e le politiche formative — Supporto alla programmazione, gestione, monitoraggio e valutazione delle politiche regionali del lavoro — Proposta alla giunta regionale degli standard qualitativi e dei servizi — Monitoraggio e valutazione dei servizi per il lavoro — Definizione e proposte di azioni innovative per la Qualificazione dei servizi per il lavoro — Collegamento con il SIL — Attività di consulenza a titolo oneroso a favore di privati in materie attinenti al mercato del lavoro — Possibilità di convenzioni con soggetti esterni
Commissione provinciale	<ul style="list-style-type: none"> — Funzioni di carattere amministrativo-gestionale di competenza della Commissione regionale di concertazione che possono essere svolte a livello provinciale, individuate dalla Giunta regionale
Centri per l'impiego	<ul style="list-style-type: none"> — Servizi relativi al collocamento — Servizi connessi alle funzioni e compiti relativi alle politiche attive del lavoro — Servizi di Informazione sui provvedimenti rivolti ad assistere le iniziative di nuova imprenditorialità — Servizi di rilevazione sul fabbisogno di lavoro e di formazione — Servizi connessi alla realizzazione degli interventi indicati dal piano annuale — Altri servizi definiti dalle province anche allo scopo di realizzare l'integrazione delle politiche del lavoro e formative — Possibilità di convenzioni con soggetti pubblici e privati
Funzioni delle province	<ul style="list-style-type: none"> — Costituzione e organizzazione dei centri per l'impiego — Funzioni e compiti relativi al collocamento — Gestione ed erogazione dei servizi connessi alle funzioni ed ai compiti relativi alle politiche attive del lavoro che non richiedono l'unitario esercizio a livello regionale

Regione Veneto	Legge Regionale 16/12/1998 n. 31 « Norme in materia di politiche attive del lavoro, formazione e servizi all'impiego in attuazione del Decreto Legislativo 23.12.1997, n. 469 »
Funzioni della Regione	<ul style="list-style-type: none"> — Funzioni e compiti in materia di politica del lavoro salvo quelle conferite alle Province — Intervento nelle procedure di cassa integrazione e mobilità — Promozione di accordi e contratti collettivi finalizzati ai contratti di solidarietà — Funzioni e compiti relativi al SIL di cui all'art.11 D.Lg. 469/97 — Indirizzo vigilanza e controllo sulle funzioni conferite alle Province
Commissione regionale per la concertazione tra le parti sociali	<ul style="list-style-type: none"> — Proposta indirizzo valutazione e verifica sulle linee programmatiche, sugli obiettivi di politica del lavoro e sulle risorse ad essi destinati, sulle iniziative regionali di governo del mercato del lavoro — Compiti e funzioni già della CRI non diversamente attribuiti

**Il decentramento
dei servizi
per l'impiego**
Paola Chiari,
Elena D'Angelo,
Angela Dipino

Comitato di coordinamento istituzionale	<ul style="list-style-type: none"> — Parere sugli atti di iniziativa della Giunta regionale di indirizzo, programmazione e attribuzione di risorse relative al governo del mercato del lavoro — Proposte finalizzate all'integrazione dei servizi all'impiego — Parere sull'articolazione dei centri per l'impiego — Proposta tipo relativa alla composizione e al funzionamento della Commissione provinciale di concertazione
Ente Regionale Veneto lavoro	<ul style="list-style-type: none"> — Monitoraggio e osservazione del mercato del lavoro e delle politiche attive del lavoro — Supporto alle strutture regionali in tema di programmazione, gestione e valutazione degli effetti delle politiche attive del lavoro — Assistenza tecnica alle Province e agli organismi che esercitano funzioni e attività relative alle politiche attive del lavoro — Interventi di supporto metodologico, di formazione e aggiornamento tecnico del personale, di studio, di ricerca e documentazione rivolti a favorire la qualificazione dei servizi — Supporto tecnico agli organi che intervengono nelle procedure di cassa integrazione e mobilità — Gestione del Sistema Informativo lavoro regionale — Funzioni di osservatorio del mercato del lavoro
Commissione provinciale	<ul style="list-style-type: none"> — Funzioni già di competenza degli organi collegiali soppressi se non diversamente attribuiti dalla provincia
Centri per l'impiego	<ul style="list-style-type: none"> — Servizi connessi alle funzioni e compiti conferiti alle Province
Funzioni delle province	<ul style="list-style-type: none"> — Funzioni e compiti relativi al collocamento — Funzioni e compiti relativi al SIL di cui all'art. 11 D.Lg. n. 469/97 — Ulteriori funzioni in materia di servizi all'impiego, politiche del lavoro, formazione individuate dal Consiglio regionale — Funzioni e compiti in materia di LSU — Gestione di progetti di incentivo al reimpiego — Partecipazione alle procedure di cassa integrazione e mobilità di ambito provinciale — Gestione del personale in mobilità delle pubbliche amministrazioni

Regione Lombardia	Legge Regionale 15/1/1999 n. 1 « Politiche regionali del lavoro e dei servizi per l'impiego »
Funzioni della Regione	<ul style="list-style-type: none"> — Indirizzo e coordinamento, programmazione e valutazione del sistema regionale dei servizi pubblici per il lavoro — Promozione di interventi diretti ad incentivare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro — Promozione di interventi volti a prevenire situazioni di esubero occupazionale e a recuperare l'occupazione nelle situazioni di crisi — Raccordo con lo Stato e l'UE
Commissione Regionale per le politiche del lavoro	<ul style="list-style-type: none"> — funzioni già svolte dalla CRI
Comitato istituzionale di coordinamento	<ul style="list-style-type: none"> — Compiti rivolti a rendere effettiva sul territorio l'integrazione tra i servizi all'impiego, le politiche attive del lavoro e le politiche formative
Agenzia Regionale per il lavoro	<ul style="list-style-type: none"> — funzioni di Assistenza tecnica e Monitoraggio in materia di politica attiva del lavoro — Collegamento con il SIL — Possibilità di Collaborazione con esperti esterni — Consulenze a titolo oneroso a privati
Commissione provinciale	<ul style="list-style-type: none"> — Funzioni di concertazione relativamente ai compiti e alle funzioni attribuite alle Province
Centri per l'impiego	<ul style="list-style-type: none"> — Gestione ed erogazione dei servizi connessi ai compiti attribuiti alle Province
Funzioni delle province	<ul style="list-style-type: none"> — Programmazione su scala provinciale dei servizi connessi alle funzioni e compiti provinciali — Costituzione della rete provinciale dei « Centri per l'impiego » — Collocamento — Gestione ed erogazione dei servizi individuali e collettivi connessi alle attività di collocamento — Gestione ed erogazione dei servizi connessi alle funzioni di politica attiva del lavoro

« Esternalizzazioni » e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce

Franco Scarpelli

Sommario

1. Diritto del lavoro e « capitalismo molecolare ». **2.** Breve casistica sulle esternalizzazioni e prime controversie giudiziali. **3.** Limiti giuridici alle esternalizzazioni di servizi, attività o parti dell'impresa. **4.** Gli strumenti giuridici dell'esternalizzazione (in particolare: il trasferimento di ramo d'azienda). **5.** Trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda tra diritto italiano e diritto comunitario. **6.** L'esigenza di un ripensamento del legame giuridico tra lavoratore e azienda alla luce delle vicende circolatorie di « segmenti » dell'impresa. **7.** Diritto od obbligo di passaggio: « il lavoratore non è una merce ». **8.** Limiti giuridici successivi alla esternalizzazione: i trattamenti applicabili ai lavoratori impiegati negli appalti di servizi. **9.** Postilla: Massimo D'Antona.

1. Diritto del lavoro e « capitalismo molecolare ».

Gli studi sociologici ed economici segnalano da tempo comportamenti di organizzazione dell'impresa destinati a mutare profondamente la realtà con la quale i giuslavoristi sono impegnati a confrontarsi: tra di essi, ve ne sono alcuni che in maniera più evidente mettono in discussione i paradigmi tradizionali del diritto del lavoro, fino a creare, come si vedrà, effetti paradossali della disciplina legale (se applicata distrattamente). In questa sede, vogliamo provare a riflettere sinteticamente sui problemi giuridici posti dai processi di cosiddetta esternalizzazione di servizi, attività, parti della produzione, "pezzi" dell'impresa, quale fenomeno che si inserisce in un più ampio processo di segmentazione dell'impresa e di variabilità dei suoi più tradizionali confini (v. ora, per un quadro di insieme, Ichino, 1999). Si tratta, è bene dirlo, di un fenomeno di assai difficile identificazione e riduzione, che vede comportamenti differenziati nelle modalità, negli obiettivi, nella maturità della cultura organizzativa che li ispira o li determina. Più facile semmai, per quanto sempre opinabile, è tracciare le linee di fondo del fenomeno in cui essi si inscrivono, ispirato — come uno dei modelli forti oggi presenti nell'economia occidentale — al modello dell'impresa a rete (cfr. Butera, 1992) o del « capitalismo molecolare » (Bonomi, 1997): in questo processo, e sul fronte dell'organizzazione del lavoro, emerge la forte tendenza a tenere all'interno dell'impresa "principale" una frazione ridotta di dipendenti, adottando un modello organizzativo « basato o sulla delocalizzazione, o sul decentramento produttivo di *out-sourcing* (ricorso a fornitori esterni) e di *downsizing* (riduzione esasperata delle dimensioni produttive interne) » (*Id.*, p. 34), e cioè attraverso pratiche di esternalizzazione cui seguono modelli di collegamento a rete con altre imprese nella logica dell'appalto, della subfornitura o con altre modalità di *contractual integration* (Corazza, 1997a).

Su un piano più generale, il fenomeno sembra rispondere a una vera e propria nuova « ideologia del lavoro », che più o meno coscientemente mira ad alterare e frantumare i tradizionali legami di solidarietà e potere sociale nella contrapposizione capitale/lavoro. L'impresa punta a ridurre il numero di dipendenti stabili a un nucleo di lavoratori

Il lavoratore non è una merce

Franco Scarpelli

professionalizzati (od oggetto di processi continui di formazione), con i quali sono coltivati rapporti di fiducia e cooperazione; al di fuori di tale nucleo — nel quale una forte propensione alla flessibilità professionale e di orari è contraccambiata dalla stabilità e (relativa) sicurezza del rapporto lavorativo nel tempo, nonché spesso da più elevati livelli di guadagno — vi è una crescente quota di *manodopera periferica*, precaria o scarsamente professionalizzata, e quindi facilmente sostituibile, nonché una ancora più rilevante fetta di *manodopera esterna* costituita in gran parte — accanto invero a una quota di professionisti qualificati, utilizzati per alcuni servizi — di « persone prive di particolare qualificazione (servizi di pulizia, di trasporto, di ristoro), nonché la manodopera fluttuante, occasionale, dei numerosi subfornitori o subappaltatori » (Gorz, 1992, p. 80; cfr. anche Purcell K., Purcell J., 1998).

In un tale scenario, la crisi o evoluzione dei tradizionali assetti sociali del lavoro e dell'impresa non può non investire anche i paradigmi del diritto del lavoro: lo scuotimento di essi è già emerso da alcuni anni, nel dibattito tanto dottrinale quanto giurisprudenziale, con riferimento alle forme del lavoro, alla riduzione di centralità (anche giuridica) del lavoro subordinato classico, a vantaggio del lavoro atipico e delle nuove forme di lavoro autonomo (cfr. Ferraro, 1998; Pedrazzoli, 1998). È invece recente l'avvio di una più ampia riflessione sulle connessioni tra le nuove forme dell'organizzazione del lavoro — se vogliamo, in termini giuridici, dell'impresa o del datore di lavoro — e gli effetti di esse sulla disciplina giuridica dei rapporti di lavoro: un tema che, oggetto di approfondimento da anni con quasi esclusivo riferimento al fenomeno dei gruppi di impresa (cfr. per tutti De Simone, 1995), assume finalmente centralità con la scelta di dedicarvi una più ampia riflessione da parte della comunità giuslavoristica (1).

Le ragioni di tale centralità appaiono evidenti, anche a un approfondimento solo iniziale: la segmentazione accentuata della struttura produttiva dell'impresa tradizionale fa saltare alcuni paradigmi e presupposti di fondamentali discipline del lavoro, quali quelle che hanno a riferimento i confini (formali) dell'impresa (cfr. per tutti Biagi, 1978), ovvero che regolano l'interazione al suo interno tra potere imprenditoriale e contropotere collettivo. La concezione del lavoro e i suoi aspetti giuridici si arricchiscono inoltre di inestricabili contraddizioni, se non di veri e propri paradossi: come la contraddizione tra l'orientamento alla valorizzazione — anche in termini di posizioni giuridiche — di una prospettiva partecipativa e non (più) conflittuale dei rapporti di lavoro in azienda, e la tendenza a una “mercificazione” del lavoratore, mediante riduzione di esso alla stregua di un elemento materiale costitutivo del “ramo di azienda” esternalizzato (2); o ancora, sotto altro aspetto, la contraddizione tra una sempre maggiore sottolineatura della rilevanza dell'autonomia negoziale del lavoratore subordinato (cfr., per diversi aspetti di tale rilevanza, Ichino, 1990 e Simitis, 1990), ovvero la tendenza a un diritto del lavoro « meno intriso della tradizionale logica eteronoma, e più vicino all'impianto consensualistico del contratto » (D'Antona, 1991, p. 457) e d'altra parte la negazione radicale dell'autonomia del lavoratore nella scelta del contesto organizzativo e della controparte contrattuale della prestazione di lavoro (3); come il paradosso, infine, di una disciplina di tutela dei diritti dei lavoratori quale quella del trasferimento di azienda piegata, mediante la tecnica della esternalizzazione di (pretesi o presunti) rami d'azienda, alla funzione di sostanziale riduzione del personale, attuata con modalità di espulsione elusive della disciplina legale dei licenziamenti collettivi (4).

note

(1) Con l'organizzazione delle Giornate di studio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale (AIDLASS), Trento, 3-4 giugno 1999, con le relazioni introduttive di Ichino, Lambertucci e Romei (in <http://www.univr.it/AIDLASS>).

(2) Al lavoratore, cioè, si chiede sempre più spesso adesione, partecipazione e identificazione con l'impresa di cui è dipendente; nel momento dell'esternalizzazione al contrario — quando attuata, vedremo tra breve in quali limiti, con lo strumento della cessione di ramo d'azienda — il dipendente è allontanato e ‘consegnato’ a un diverso soggetto imprenditoriale indipendentemente, almeno nelle intenzioni aziendali, dal suo consenso al mutamento dell'interlocutore contrattuale. La contraddizione, si intende, è in realtà apparente, poiché i due modelli culturali sono applicati a distinti universi di lavoratori: il modello partecipativo ai *core workers*, il modello mercificante alla vasta area dei lavoratori periferici; solo che raramente tale distinzione è trasparente e ammessa.

(3) Per un segnale in senso inverso Pret. Milano 14 maggio 1999, n. 1102 (Belleggia c. Philips, inedita), che ha ritenuto comunque necessario il consenso del lavoratore, in caso di esternalizzazione di ramo d'azienda, sul passaggio al nuovo datore di lavoro; sulla questione v. più ampiamente *infra*.

(4) Così, apparentemente (e sorprendentemente) senza alcun dubbio critico sulla correttezza di una simile operazione, Ciucciavino, 1998, p. 912.

2. Breve casistica sulle esternalizzazioni e prime controversie giudiziali.

Il lavoratore non è una merce
Franco Scarpelli

Le forme e gli strumenti delle esternalizzazioni possono essere i più vari. Può essere dunque opportuna, per delimitare e meglio specificare l'oggetto delle nostre riflessioni, una breve casistica, tratta da esperienze concrete, accordi collettivi, controversie giurisprudenziali. Va specificato che non è possibile tracciare una precisa linea di demarcazione tra l'esternalizzazione (intesa soprattutto come *outsourcing* di attività accessorie o servizi) e il classico decentramento produttivo, poiché la prima è in realtà una forma e specie del secondo; ci orientiamo tuttavia all'analisi specifica del primo fenomeno affidandoci a un'individuazione intuitiva di esso, fondata più sull'osservazione della realtà e la comune percezione dei più recenti modelli di organizzazione dell'impresa che su una precisa identificazione di confini (impossibile in astratto, poiché dipendenti dalle specifiche scelte compiute nell'ambito della singola organizzazione produttiva).

La forma più classica di esternalizzazione è quella che riguarda singoli compiti o funzioni che l'impresa rinuncia a svolgere internamente rivolgendosi a soggetti già presenti sul mercato (imprese, professionisti, consulenti, etc.): è il caso, ad esempio, della rinuncia alla diretta gestione amministrativa del personale (paghe e contributi) per avvalersi della collaborazione di uno studio di consulenza del lavoro, della soppressione di un "ufficio viaggi" (organizzazione e amministrazione dei viaggi per servizio dei dipendenti) per avvalersi di una agenzia viaggi esterna, ma anche della soppressione di funzioni più strategiche quali la progettazione, il marketing, etc. In tale forma più semplice, la dimensione dell'esternalizzazione non incide significativamente sulla dimensione dell'impresa, che mantiene quasi immutato il precedente assetto organizzativo, e tutt'al più pone un problema di ricollocazione interna o licenziamento rispetto a singoli o gruppi di lavoratori. È bene tuttavia avvertire che tale forma si pone su di una linea continua con le successive, e ancora senza un preciso confine, sino eventualmente a porre problemi giuridici indistinti o sovrapposti (soprattutto se si aderisce ad una nozione "debole" di ramo d'azienda, ma su questo torneremo *infra*).

Più di recente tale fenomeno ha assunto carattere meno episodico e, come accennato, è divenuto oggetto di una precisa strategia organizzativa. Pur coscienti dell'esistenza di mille variabili concrete, si può forse individuare la maggiore novità nel tentativo di tenere assieme la rinuncia alla gestione interna di una funzione, servizio, parte di attività o pezzo dell'impresa, con il mantenimento di un forte controllo su di esso, anche successivamente alla sua esternalizzazione. A differenza di quanto avviene col rivolgersi a soggetti già operanti sul mercato, e operanti normalmente verso una pluralità di imprenditori, l'esternalizzazione vede spesso, ora, la costituzione di imprese *ad hoc*, solitamente in situazione di collegamento o controllo, o comunque il contemporaneo instaurarsi con il soggetto terzo di forti legami contrattuali di integrazione delle attività, mediante rapporti di appalto di servizi o di subfornitura. È probabilmente per tale motivo che risultano espressivi, per questo fenomeno, i concetti di « segmentazione del processo produttivo » (Ichino, 1999), o ancor meglio di « articolazione contrattuale di impresa » (Corazza, 1997a).

Così può accadere che un'industria chimica, produttrice di sostanze e servizi di trattamento di acque e fumi, decida di esternalizzare l'intera struttura commerciale, composta da una decina circa di impiegati tecnici con funzioni di contatto con la clientela e vendita, un dirigente e un paio di impiegati di segreteria, trasferendo tale complesso (ramo d'azienda?) a una società costituita *ex novo*, e destinata inizialmente a operare con le medesime modalità funzionali del passato, nella stessa sede, avvalendosi dei servizi generali rimasti nella società maggiore, etc. Questa scelta appariva funzionale, nel caso, alla strategia più ampia del gruppo internazionale di appartenenza, che mirava in tempi medi alla rinuncia al settore di produzione cui principalmente era dedicata l'attività della struttura tecnico-commerciale, da cedere a un altro gruppo (in tale successivo momento, sarebbe stato sufficiente cedere al nuovo gruppo le quote di proprietà della società cui era stata conferita l'attività commerciale) (5).

Un'importante industria elettronica persegue da tempo una politica di accentuato *downsi-*

note

(5) Senza soffermarsi, per il momento, sulla valutazione tecnico-giuridica degli strumenti utilizzati, è ovvio il notevole interesse dei lavoratori coinvolti (in questo caso, oltretutto, tecnici di elevata professionalità e con forti rapporti anche personali col mercato) al controllo del proprio destino, anche in termini di "scelta" dell'impresa alla quale rimanere legati.

Il lavoratore non è una merce

Franco Scarpelli

zing, esternalizzando pezzi specialistici della produzione (ad esempio la progettazione e realizzazione di prodotti multimediali), attività di manutenzione post-vendita, etc. Di volta in volta, lo strumento utilizzato è la cessione di ramo d'azienda, ovvero la mera cessione di attività con passaggio dei dipendenti interessati mediante risoluzione e contestuale riassunzione presso la nuova società, costituita *ad hoc*; tale ultima tecnica, ad esempio, è stata adottata in un caso in cui si mirava a sperimentare nuovi prodotti coinvolgendo nel progetto (mediante la comune proprietà della nuova società) soggetti già presenti nel settore, piccoli imprenditori portatori di *know-how* innovativo, e nello stesso tempo riducendo sensibilmente il rischio di impresa, in termini soprattutto di responsabilità giuridica verso i lavoratori (6).

L'interesse maggiore deve però andare a un fenomeno tendenzialmente omogeneo di terziarizzazione delle attività di servizio o di supporto alla produzione (anche se, come si accennava, non pare possibile porre precisi confini — tanto meno dal punto di vista giuridico — tra attività esterne e interne al *core business*, ovvero tra attività principali e accessorie dell'impresa) (7). Si tratta sempre, cioè, di una qualificazione soggettiva operata secondo le specifiche scelte di strategia aziendale (8) e dunque, anche e proprio per tale ragione, priva di concreto rilievo giuridico.

Di tale tendenza possiamo fornire qualche esempio relativo a imprese di notevole dimensione, grazie al fatto che lo strumento giuridico adottato per l'esternalizzazione è stato normalmente quello del trasferimento di « ramo d'azienda », e dunque con l'adozione della formale procedura *ex art. 47*, Legge n. 428/1990 (spesso col raggiungimento di un accordo collettivo e talvolta col sorgere di successivo contenzioso).

In un caso, un gruppo di società (ABB) ha comunicato alle OO.SS. il trasferimento dei « rami aziendali » costituiti presso ognuna delle società e relativi ai lavori tipografici, economato, fotocopie, riproduzione di disegni e microfilmatura; lo scopo era il decentramento di servizi non rientranti nella specifica « missione » del gruppo, e costituenti invece il *core business* della società destinataria del trasferimento; i lavoratori coinvolti erano una quindicina, suddivisi tra le cinque società del gruppo (cosicché, per ognuna di esse, il ramo trasferito comprendeva da uno a quattro lavoratori). All'esito della procedura è stato raggiunto un accordo di garanzia delle condizioni economiche e normative per i lavoratori trasferiti, all'interno del quale è stata inserita una clausola di garanzia per l'ipotesi di interruzione del rapporto contrattuale tra il gruppo e la società di servizi (9).

La IBM ha proceduto a più operazioni di *out-sourcing*: in un caso, e sempre con la procedura *ex art. 47*, si è inteso trasferire a una società specializzata in servizi il « ramo d'azienda » consistente nella gestione immobiliare e nei servizi logistici di sede, riguardante circa 80 lavoratori suddivisi tra tredici sedi aziendali (in alcune di esse vi era un solo lavoratore addetto all'attività trasferita). Anche in questo caso è stato raggiunto un accordo sindacale, relativo soprattutto alla garanzia di continuità tanto dei trattamenti normativi quanto di quelli assicurativi e previdenziali integrativi presenti nell'azienda di provenienza, nonché alla garanzia di ricollocazione dei lavoratori nel caso di risoluzione del contratto di servizio. Una analoga vicenda si è verificata in Italtel, che ha provveduto all'*out-sourcing*, verso una società partecipata al 20 per cento, dei servizi tecnici e generali (10); anche in questo caso

note

(6) Nel caso, infatti, una di tali operazioni si è presto conclusa negativamente, anche per la rinuncia all'impegno finanziario da parte dell'industria decentrante, che in breve tempo ha ritenuto non più interessante il prodotto sperimentato; nei confronti dei lavoratori « passati » alla nuova società, però, l'industria si riteneva ormai libera da obblighi e responsabilità (come quello dell'eventuale *répechage*, che avrebbe dovuto verificarsi se il ramo d'attività fosse rimasto interno, ovvero quella dell'apertura di una più complessa procedura di riduzione del personale).

(7) È opportuno precisare che tale distinzione non coincide con quella tra attività interne o esterne al ciclo produttivo, sulla quale interpreti e giurisprudenza dibattono da decenni a proposito dell'applicazione dell'art. 3, L. n. 604/1966, poiché può accadere — anzi, è del tutto frequente — che un'attività accessoria rispetto al cuore della produzione, e oggetto di un processo di *out-sourcing*, debba considerarsi invece interna al ciclo produttivo, in forza della sua stabilità ed essenzialità, ai sensi della disciplina lavoristica degli appalti (sul tema v. *infra*, par. 8).

(8) Uno dei criteri di distinzione, adottato e dichiarato talvolta dalle aziende interessate, è quello del mantenimento all'interno dei centri di profitto e dell'esternalizzazione dei puri centri di costo.

(9) In tal caso i lavoratori possono richiedere il passaggio alla nuova società appaltatrice dei servizi, passaggio per il quale la ABB si impegna ad attivarsi, evidentemente inserendolo quale condizione contrattuale per la società subentrante nell'appalto.

(10) Conduzione impianti centrali e tecnologici, manutenzione fabbricati, pulizie, raccolta rifiuti, attività di ingegneria per la progettazione e documentazione di impianti, centro stampa, archivio, servizi di telecomunicazione e posta, motorizzazione e servizi ambientali, etc.

il passaggio è stato gestito con accordo sindacale, e con la garanzia che, in caso di mancato rinnovo in futuro del contratto di fornitura dei servizi, questa sarebbe stata assegnata ad altro soggetto solo a condizione dell'assorbimento del personale interessato. Si noti che in questo caso, pur avendo le società attivato la procedura di trasferimento d'azienda, le OO.SS. hanno dichiarato di considerare il processo quale « esternalizzazione dei servizi sindacalmente contrattata », e che ai lavoratori interessati è stato richiesto di sottoscrivere una conciliazione individuale transattiva (11).

Infine, è opportuno richiamare l'esperienza del Gruppo Ansaldo (Finmeccanica), da molti anni interessato a massicci processi di esternalizzazione. Una prima vicenda ha visto il passaggio a una società specializzata, ma sempre appartenente al gruppo, dei « rami d'azienda » relativi alla gestione dei servizi centrali e decentrati di elaborazione dati, alla gestione delle stazioni *hard-ware* di lavoro nonché delle telecomunicazioni; anche in questo caso si trattava di trasferire lavoratori presenti su varie società e sedi. Successivamente, una nuova operazione è stata compiuta col trasferimento dei « rami d'azienda » relativi ai servizi di amministrazione del personale, anche in questo caso concentrati in un'unica società del gruppo (la quale, tuttavia, pur avendo come missione principale la fornitura dei servizi verso il gruppo, intendeva agire anche sul mercato esterno): la nuova società avrebbe operato mantenendo sportelli presso le varie società e sedi del gruppo cui offriva i propri servizi, e dunque ha dichiarato di voler mantenere i lavoratori trasferiti nelle rispettive sedi di lavoro. Le OO.SS. sindacali, in questo caso, hanno sollevato anche il problema della rappresentanza di tali lavoratori, presenti ancora nelle varie unità produttive ma alle dipendenze di un nuovo datore di lavoro.

Le difficoltà già latenti nelle esperienze ora richiamate — e, supponiamo, intuite dal lettore — sono esplose con la più recente operazione di massiccio *out-sourcing* posta in essere da Ansaldo/Finmeccanica, che ha dato luogo a un vivace contenzioso giudiziario: in attuazione degli indirizzi miranti alla esternalizzazione di tutte le attività « non strategiche » e comunque non attinenti alla « missione industriale », diverse società del gruppo hanno avviato procedure di trasferimento del « ramo d'azienda Servizi Generali » (12) comprendente, secondo l'individuazione aziendale, un eterogeneo complesso di attività accessorie e di servizio (13). In questo caso, tuttavia, il soggetto destinatario era un consorzio di imprese, già esistente nell'ambito di un altro gruppo industriale di rilievo, per lo svolgimento di servizi integrati, e quindi un soggetto societario esterno al gruppo Ansaldo; le organizzazioni sindacali e i lavoratori hanno contestato la ricorrenza dei presupposti del ramo d'azienda autonomo cedibile ai sensi dell'art. 2112 c.c., nonché la possibile (successiva) violazione del divieto di interposizione e del divieto contrattuale di appalti « interni » e continuativi dettato dal CCNL industria metalmeccanica a partecipazione statale. La determinazione aziendale a procedere e il mancato raggiungimento di accordi sindacali hanno perciò provocato il già segnalato contenzioso (14).

note

(11) Alcuni lavoratori, peraltro, hanno contestato in giudizio la correttezza dell'operazione. Il Pretore di Milano (Sent. n. 50 del 12 gennaio 1999, Bianchini, Orleri e Russo c. Italtel e Policarbo Servizi, inedita) ha tuttavia ritenuto che nel caso si trattasse di trasferimento di un reale e autonomo complesso aziendale, anche sulla base delle considerazioni che la struttura esternalizzata era già da tempo individuata e caratterizzata da un complesso di beni, attrezzature, personale e conoscenze, con una propria autonomia imprenditoriale emergente tra l'altro dallo svolgimento delle attività di servizio anche verso altre società del gruppo.

(12) I contorni dell'operazione sono ricavabili dalle sentenze già pronunciate e pubblicate sulla vicenda: Pret. Genova, 27 giugno 1998, Pret. Genova 12 maggio 1998, Pret. Milano 16 settembre 1998, Pret. Genova 22 ottobre 1998, tutte in *ADL*, 1998, n. 3, p. 982 e ss., commentate da Ciucciavino, 1998; le ultime due sono pubblicate anche in *RIDL*, 1999, II, p. 416, con nota di Corazza.

(13) Tra gli altri: servizi di manutenzione di tutti gli impianti non direttamente produttivi — e cioè termotecnici, elettrici, telefonici, sanitari, ascensori, etc. —, manutenzione degli immobili industriali e civili, mense, gestione e manutenzione delle attrezzature di ufficio, ricevimento e smistamento posta, fattorinaggio interno ed esterno, riproduzione documentazione, gestione archivi, pulizie, gestione e distribuzione cancelleria, gestione trasferte e viaggi dipendenti — prenotazioni, acquisiti biglietti, visto passaporti, etc. —, segreteria, *reporting* e altri compiti di carattere gestionale e di supporto riferiti ai servizi generali. L'elenco completo è leggibile in Pret. Genova 22 ottobre 1998, cit.

(14) Probabilmente dovuto, di fatto, proprio alle maggiori incertezze derivanti dall'estraneità — e supposta minore stabilità nel tempo, anche in forza della natura consortile dell'impresa — del soggetto destinatario del decentramento, nonché al carattere sempre più orizzontale della segmentazione dell'impresa prodotta dalla specifica (e così ampia) operazione di *out-sourcing*.

Il lavoratore non è una merce

Franco Scarpelli

3. Limiti giuridici alle esternalizzazioni di servizi, attività o parti dell'impresa.

Passando alla sintetica considerazione dei profili giuridici delle esternalizzazioni, il primo problema da considerare — prima ancora, cioè, di quelli relativi agli strumenti e alle modalità dell'*out-sourcing* — è quello dell'eventuale sussistenza di impedimenti legali o contrattuali a tale operazione di decentramento: sotto il primo aspetto assume rilievo centrale il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, ex art. 1 Legge n. 1369/1960; sul piano negoziale potranno eventualmente rilevare le clausole dei contratti collettivi limitative del decentramento.

Il divieto di interposizione, dettato dalla legge del 1960, è stato oggetto in questi anni di un rinnovato interesse da parte degli interpreti, probabilmente proprio per la necessità di misurarne l'applicazione in relazione ai più moderni fenomeni di articolazione dell'impresa e alla significativa emersione, accanto al decentramento produttivo classico, del decentramento di servizi ausiliari della produzione (cfr. ALAR, 1990, De Simone, 1995, pp. 151 e ss.). Anche rispetto a questi ultimi, infatti, l'art. 1 della Legge n. 1369/1960 svolge un fondamentale ruolo di spartiacque tra una esternalizzazione corretta e una operazione (illecita) di mera frammentazione formale dell'impresa "reale". Semplificando, può dirsi che all'imprenditore non viene impedito di affidare parti dell'attività a soggetti esterni, ma si chiede che tale affidamento si svolga mediante reali rapporti di mercato (tra i quali l'ordinamento — con la sola eccezione della fornitura di lavoro temporaneo svolta nei limiti della Legge n. 196/1997 — non ammette quelli di mera fornitura di manodopera); se invece l'impresa decentrante mantiene il diretto controllo sul fattore lavoro (la « effettiva utilizzazione » di cui al quinto comma dell'art. 1, Legge n. 1369/1960) allora ne deve assumere anche la responsabilità e gli oneri giuridici. In linea generale, l'interposizione si verifica quando l'impresa committente gestisce e utilizza le prestazioni dei lavoratori coinvolti nel servizio *proprio come subordinate*: le organizza direttamente con esercizio di poteri e posizioni tipiche del rapporto di lavoro subordinato, con organizzazione e gestione a proprio rischio, soprattutto con diretta appropriazione del risultato delle attività dei prestatori di lavoro e coordinamento di queste ai fini produttivi; e ciò avviene, quindi, quando il soggetto appaltatore (o titolare di altro rapporto commerciale, essendo irrilevante a questi fini la forma contrattuale adottata) non gestisce se non nominalmente — o comunque con scarso esercizio di poteri di organizzazione — le prestazioni, e appunto esse si offrono al committente come tali senza "coagularsi" in un servizio giuridicamente distinto rispetto ad esse: quando cioè l'appaltatore non agisce come impresa rispetto a tali prestazioni, non ne assume la *gestione* e il *rischio economico* (cfr. più ampiamente Scarpelli, 1990).

Ovviamente l'applicazione di tale principio, con l'aiuto degli indici elaborati nel tempo da dottrina e giurisprudenza, potrà farsi soltanto nel confronto col caso singolo. In via generale, con riferimento ai casi qui esaminati di esternalizzazione di servizi, può convenirsi con chi assegna centralità al rilievo dell'attività organizzativa svolta dall'impresa affidataria del servizio (Ichino, 1999, p. 31 datt.), ovvero nel superamento, nell'espletamento del servizio da parte dell'impresa terza, di una soglia minima di imprenditorialità (Del Punta, 1995, p. 634): il contratto di *service* potrà perciò ritenersi genuino e lecito « solo a condizione che nell'attività di organizzazione e direzione del personale impiegato la fornitrice del servizio trasfonda un "capitale immateriale" fatto di capacità, conoscenze, reti di relazioni, tecniche di controllo, formazione e aggiornamento professionale, senza il quale la prestazione del singolo lavoratore dipendente avrebbe minor valore produttivo intrinseco per l'impresa utilizzatrice, o non ne avrebbe alcuno, o addirittura sarebbe del tutto impossibile » (Ichino, 1999, p. 31 datt.).

Difficilmente potrà invece considerarsi lecita un'operazione tendente a esternalizzare la titolarità formale dei servizi e dei lavoratori impiegati, senza che nulla muti rispetto al passato: salvo il caso della fornitura di lavoro temporaneo — soggetto a precisi limiti e garanzie (15) — in linea generale non pare ammissibile nel nostro ordinamento l'*in-sourcing* o *staff-leasing* (Purcell K., Purcell J., 1998, p. 351), ovvero proprio il caso in cui una società di servizi metta a disposizione uno staff di lavoratori per lo svolgimento, sempre però sotto

note

(15) E che nel caso non potrebbe comunque ritenersi ammissibile per l'assenza, nello svolgimento dei servizi qui esaminati, del carattere della temporaneità dell'impiego, considerato requisito essenziale di legittimità del lavoro temporaneo dall'art. 1, comma 1°, Legge n. 196/1997.

il diretto controllo della committente, di un'attività o un servizio interni (16); dunque, l'affidamento a un'impresa terza, mediante il preteso trasferimento di « ramo d'azienda », di servizi quali la fotocopiatura o riproduzione di documenti, la distribuzione della posta, le pulizie, la manutenzione degli immobili, etc., prima gestiti direttamente, potrà collocarsi al di fuori dell'area dell'illecito soltanto in quanto l'adozione del servizio da parte della nuova impresa apporti un qualche mutamento qualitativo nelle modalità di svolgimento del servizio, un *quid* differente rispetto alla situazione precedente (e non si limiti a un mero cambio di "divisa" per i lavoratori impiegati). In proposito, e pur ribadendo la necessità dell'approfondita considerazione del caso singolo, rispetto ad alcuni servizi potrebbe persino dubitarsi della configurabilità stessa di una gestione esterna (nel senso giuridico), quando il contenuto stesso dell'attività comporti la necessità di un rapporto diretto tra i lavoratori che ne sono incaricati e il personale dell'impresa destinataria del servizio, nel quale emergano come essenziali i requisiti classici della subordinazione gerarchica (ad esempio: sicuramente può essere oggetto di un vero appalto di servizi l'attività di un centro stampa e riproduzione; difficilmente invece quella di un servizio permanente di fotocopiatura a disposizione dei vari uffici dell'impresa ove, in ipotesi, vi sia un addetto alle fotocopie a disposizione per rispondere alle richieste e necessità che sorgano di momento in momento da parte dei dipendenti dell'impresa committente).

Le successive considerazioni si svolgeranno, pertanto, con riferimento alla sola ipotesi di *out-sourcing* cui segua una gestione realmente imprenditoriale ed esterna del servizio o della funzione decentrate (ché, altrimenti, il problema sarebbe risolto in radice dall'illiceità della frammentazione dell'attività dell'impresa, sostanzialmente unitaria, su più soggetti).

Anche nell'area lecita, tuttavia, può emergere un limite alla possibilità stessa di esternalizzare, questa volta sul piano negoziale. Si fa riferimento a quelle clausole dei contratti collettivi, spesso risalenti nel tempo, che contengono divieti o limiti procedurali al decentramento produttivo (per una sintetica analisi, Guaglione, 1990, p. 167; Scarpelli, 1990, p. 107): schematizzando, i contenuti tipici e variamente articolati delle clausole collettive in materia sono la previsione di procedure di informazione o consultazione preventiva riguardo al conferimento all'esterno di lavorazioni in appalto; l'introduzione di divieti di appalto, normalmente attinenti alle lavorazioni tipiche ricomprese in un concetto tecnico e ristretto di ciclo produttivo dell'impresa; l'introduzione di strumenti di controllo e garanzia, per gli appalti consentiti, relativi ai trattamenti dei dipendenti delle imprese appaltatrici.

È evidente l'interesse del sindacato a contrastare le politiche di decentramento della produzione e/o dei servizi aziendali, in vista della tutela tanto dei lavoratori quanto della propria stessa posizione, nonché della salvaguardia delle condizioni del patto di solidarietà sul quale si regge il potere contrattuale collettivo (cfr. Biagi, 1978, p. 318), profilo quest'ultimo che emerge nella sua più sintomatica espressione nel problema del mantenimento dei servizi decentrate nella medesima area contrattuale dell'impresa decentrante. Nelle varie formulazioni delle clausole collettive è difficile tuttavia rintracciare un divieto di appalto che investa in maniera netta e incontrovertibile i servizi e in generale le attività accessorie della produzione (17), mentre abbastanza frequenti sono i vincoli procedurali di informazione e consultazione sindacale nonché la clausole di garanzia dei trattamenti dei lavoratori addetti ai servizi (contenenti normalmente l'obbligo di applicazione del contratto collettivo nazionale del settore cui appartiene l'impresa principale o, in altri casi, del settore cui appartiene l'impresa di servizi).

Nell'esperienza applicativa, in ogni caso, le clausole collettive in materia di decentramento produttivo sembrano rivelare una scarsa effettività e comunque una scarsa attivazione in sede giudiziaria (con la sola eccezione, forse, dei procedimenti per condotta antisindacale per il mancato rispetto degli obblighi procedurali di informazione e consultazione). Anche

note

(16) Né pare sufficiente, per affermarne la legittimità, lo svolgimento da parte dell'agenzia di un'attività preparatoria consistente nel reperimento e nella selezione del personale adatto a tale collocazione (sul punto v. Ichino, 1999, p. 31 *datt.*), poiché è necessario il rilievo di una soglia minima di imprenditorialità anche e soprattutto nella gestione del servizio (come può derivarsi, tra l'altro, dall'esistenza della specifica disciplina del lavoro temporaneo, da considerarsi ipotesi eccezionale rispetto a una regola generale: cfr. art. 10, Legge n. 196/1997).

(17) L'art. 28 del CCNL industria metalmeccanica privata, ad esempio, esclude dagli appalti « i lavori svolti in azienda direttamente pertinenti le attività di trasformazione proprie dell'azienda stessa, nonché quelle di manutenzione ordinaria continuativa », ma ad eccezione di quelle da svolgere necessariamente al di fuori dei normali turni di lavoro. La norma però fa salvi « gli appalti aventi carattere di continuità, ma che siano relativi ad attività diverse da quelle proprie dell'azienda appaltante » (nelle quali potranno rientrare molte delle funzioni oggetto di *out-sourcing*).

Il lavoratore non è una merce

Franco Scarpelli

qualora l'operazione di *out-sourcing* dovesse considerarsi contrastante con un divieto contrattuale di stabile appalto di settori dell'attività aziendale, emergerebbe il controverso problema della giustiziabilità di tali impegni, soprattutto sotto il profilo della (problematica) eventuale condanna all'adempimento (eventualmente sotto il profilo della rimozione degli effetti dell'antisindacalità, se si ritiene che appartenga alla fattispecie dell'art. 28 la violazione della regola sostanziale, di fonte negoziale, che vieta il decentramento) (18). Si tratta di tema di tale complessità da non consentire, in questa sede, un approfondimento; semmai si può segnalare come tali clausole non esauriscano i loro effetti sul piano collettivo ma — di volta in volta a seconda dell'articolazione del disposto contrattuale — possano eventualmente dispiegare effetti normativi per i lavoratori interessati, ovvero presentare un contenuto misto (Mariucci, 1979, p. 255); in qualche caso saranno perciò invocabili — a fini demolitori di atti lesivi, o a fini risarcitori — da parte dei lavoratori che abbiano subito un pregiudizio causalmente collegabile (anche) alla violazione del divieto di appalto.

4. Gli strumenti giuridici dell'esternalizzazione (in particolare: il trasferimento di ramo d'azienda).

L'operazione di esternalizzazione viene attuata, nella prassi applicativa, con le più varie modalità. Ancora una volta, appare impossibile individuare in astratto, senza il confronto con le caratteristiche del caso pratico, strumenti giuridici più o meno corretti. In linea di massima, si potranno all'impresa le seguenti possibilità, sia pure collocate su una linea di continuità (e quindi, senza possibilità di tracciare precisi confini):

- a) mera rinuncia alla gestione interna dell'attività interessata, procurandosi da soggetti già operanti sul mercato, con proprie strutture o propri dipendenti, un risultato analogo o succedaneo di quello precedentemente prodotto all'interno (19);
- b) esternalizzazione di una attività, scorporata dalla restante attività di impresa e da quel momento unitariamente considerata, destinata a proseguire con modalità sostanzialmente immutate (in quanto caratterizzate dalla continuità dello specifico processo produttivo, da un *know-how* fatto di procedure, informazioni, archivi, rapporti con soggetti terzi, etc.) da parte di una diversa organizzazione imprenditoriale, ma senza cessione a quest'ultima di un complesso strumentale organizzato ad impresa;
- c) esternalizzazione di una attività mediante scorporo e cessione di una parte determinata dell'organizzazione imprenditoriale, e quindi con cessione a quest'ultima di un complesso strumentale organizzato ad impresa.

Con riguardo alla prima ipotesi, è consolidato in giurisprudenza il principio secondo il quale una simile operazione appartiene all'area insindacabile delle scelte imprenditoriali (salvi eventuali impegni assunti in sede negoziale) e può condurre al licenziamento per giustificato motivo oggettivo (ovvero, sussistendone i requisiti di applicazione, a licenziamenti collettivi per riduzione del personale) dei lavoratori addetti alla funzione soppressa, pur che sia provato da parte datoriale l'obiettivo verificarsi e il carattere non fittizio della soppressione di attività, e quindi l'effettivo riassetto organizzativo interno, nonché l'impossibilità di reimpiego dei lavoratori all'interno dell'azienda (20).

La seconda e terza ipotesi — la cui distinzione nei fatti potrà spesso rivelarsi difficoltosa — ci introducono al tema estremamente controverso della configurazione del ramo d'azienda, della fattispecie di applicazione della disciplina del trasferimento di azienda, del coordina-

note

(18) Se si ritiene che la clausola collettiva tuteli anche l'interesse sindacale al controllo del ciclo produttivo, mediante il divieto della sua frammentazione, la violazione del divieto di decentramento può considerarsi un'alterazione da parte datoriale dell'equilibrio raggiunto complessivamente nel contratto collettivo (ad esempio, il mantenimento da parte sindacale di una certa rigidità sul decentramento può essere stato compensato da concessioni in materia di utilizzo degli strumenti flessibili di manodopera quali i contratti a termine autorizzati, lo straordinario, etc.); evidentemente è impossibile individuare, nel complesso equilibrio di un CCNL, precisi collegamenti funzionali o sinallagmatici, né d'altronde il sindacato potrà essere interessato alla risoluzione del contratto per inadempimento; semmai, potrà in qualche caso sperimentarsi — soprattutto grazie alla atipicità dello strumento sanzionatorio ex art. 28 stat. lav. — la possibilità di forme di adempimento 'compensativo', quali ad esempio il diritto per le oo.ss. a svolgere la propria attività, anche sotto il profilo dell'esercizio dei diritti sindacali, tenendo conto dei dipendenti coinvolti nell'attività (illegittimamente, per violazione dell'impegno contrattuale) decentrata, come se fossero ancora dipendenti dell'impresa.

(19) È il caso, ad esempio, della mera soppressione della funzione interna di amministrazione del personale per rivolgersi a uno studio di consulenza del lavoro esterno.

(20) In tal senso, di recente, per un caso di soppressione di una attività di progettazione con affidamento della stessa a studi professionali esterni, v. Cass. 23 giugno 1998, n. 6222 (inedita a quanto consta).

mento a questo proposito tra disciplina nazionale e disciplina comunitaria. La complessità di tali questioni emerge anche dalla varietà di prassi applicative e dalle incertezze (e, talvolta, apparenti contraddizioni) del comportamento degli operatori (imprese, organizzazioni sindacali, lavoratori). Dal punto di vista delle imprese, si solleva l'interrogativo di quando si debba o si possa far ricorso alla disciplina del trasferimento di azienda, vista anche come strumento di cessione di una quota del personale assieme all'attività esternalizzata; in altri casi l'esternalizzazione viene realizzata con strumenti giuridici diversi, quale il passaggio di attività e contestuale passaggio di (alcuni) dipendenti mediante accordi individuali di cessione del contratto, ovvero di risoluzione del rapporto di lavoro e contemporanea ricostituzione dello stesso in capo alla nuova impresa (con ciò evitando — se correttamente o non, dipende dalla soluzione del problema interpretativo qui analizzato — sia il controllo procedurale delle organizzazioni sindacali sia gli effetti di responsabilità derivanti dall'art. 2112 c.c.).

Anche dal punto di vista dei lavoratori, e delle loro organizzazioni sindacali, sembra regnare la medesima incertezza e varietà di comportamenti, secondo interessi e convenienze rilevanti nel singolo caso: così, se spesso è invocata l'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda (eventualmente facendo appello all'ampia sfera di applicazione individuata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia), in funzione di recupero del controllo sindacale sull'operazione imprenditoriale e di tutela della continuità di occupazione dei lavoratori addetti all'attività esternalizzata, più di recente è frequente che venga contestata proprio l'adozione dello strumento del trasferimento di ramo d'azienda, per opporsi a operazioni nelle quali, evidentemente, viene ravvisata la lesione dell'interesse sindacale alla non frammentazione dell'impresa, ovvero una insufficiente garanzia di stabilità dell'occupazione per i lavoratori coinvolti (quando non un problema di arbitraria individuazione degli stessi, di 'scelta' dei lavoratori da esternalizzare assieme all'attività, che è tanto più rilevante quanto meno oggettivo — e quindi controllabile — è il concetto di « ramo d'azienda »).

L'interprete si trova così a dover ragionare in astratto su stimoli provenienti da esperienze concrete e casi giurisprudenziali notevolmente diversi tra loro, ovvero da piani teorici troppo facilmente sovrapposti (come avviene talvolta, in particolare, nell'uso e confronto di diritto interno e diritto comunitario), che danno luogo a un *puzzle* quasi irresolubile. Proprio perciò, tuttavia, l'esigenza di certezza e di calcolabilità del diritto (e dei diritti coinvolti) si fa urgente.

5. Trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda tra diritto italiano e diritto comunitario.

Il tentativo di dare un contributo a sciogliere i nodi accennati, con l'obiettivo tuttavia di una analisi il più possibile snella, deve muovere necessariamente dal cuore del problema ovvero dalla nozione di trasferimento di azienda, sottoposta da alcuni anni a un vero e proprio terremoto in forza dell'attività interpretativa della Corte di Giustizia. Sulla questione si è molto scritto, e non è il caso in questa sede di riprendere dall'inizio la sua analisi o ripercorrere i vari passi della Corte di Lussemburgo (tra i tanti contributi v. Romei, 1999; Scarponi, 1998; Pelissero, 1998; Pizzoferrato, 1998; Puissochet, 1999; Lambertucci, 1997); dando per acquisite le sintesi operate dalle numerose e attente rassegne ora richiamate, vorremmo limitarci a segnalare la necessità di precisare i piani del discorso e del rapporto, su questo tema, tra diritto nazionale ed europeo. È osservazione abbastanza diffusa, infatti, quella di uno iato tra giurisprudenza interna e giurisprudenza comunitaria nell'identificazione del *campo di applicazione* delle rispettive discipline in materia di trasferimento di azienda (art. 2112 c.c. italiano; Dir.77/187/CEE) che tuttavia, con passaggio troppo automatico, viene trasposto sul piano delle stesse nozioni di trasferimento o di azienda.

La giurisprudenza italiana, chiamata a interpretare e applicare l'art. 2112, appariva consolidata fino a tempi recenti nel dare centralità all'elemento oggettivo dell'azienda, inteso come complesso di beni destinati all'esercizio dell'impresa: in tale prospettiva si è normalmente affermato che il trasferimento parziale, o del ramo d'azienda, fosse compreso nella fattispecie (solo) in quanto riguardi comunque un complesso di beni autonomamente suscettibile di costituire idoneo e compiuto strumento di impresa; tendenzialmente non appare invece compatibile con una simile linea interpretativa la mera successione di due soggetti nell'esercizio della medesima attività economica (se non vi sia, appunto, anche il

Il lavoratore non è una merce
Franco Scarpelli

Il lavoratore non è una merce

Franco Scarpelli

trasferimento dell'azienda o di una parte autonoma di essa destinata all'esercizio di quella attività).

La Corte di Giustizia, con una nutrita serie di sentenze, sembra invece avere definito in maniera più ampia il campo di applicazione della disciplina comunitaria relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, cosa che ha fatto valorizzando il dato dell'identità funzionale dell'attività di impresa svolta dai successivi imprenditori. La stessa giurisprudenza della Corte, peraltro, non è stata priva di qualche forzatura o tentennamento, da ultimo corretti col ribadire la necessità che oggetto della cessione sia comunque un'entità economica organizzata in modo stabile, e quindi un complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di un'attività economica, finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo; precisando altresì che il rilievo degli elementi patrimoniali, materiali o immateriali va valutato in relazione al tipo di attività o settore economico, o addirittura in funzione dei metodi di produzione dell'impresa in questione, potendo ridursi notevolmente per quelle attività che si fondano essenzialmente sulla manodopera, per le quali anche un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un'attività comune può corrispondere a un'entità economica (21).

Tale più ampia prospettiva, nei termini di recente puntualizzati, ha ora trovato conferma nella nuova direttiva 98/50/CE, che ha modificato la direttiva del 1977 su punti cruciali del nostro tema (v. Pizzoferrato, 1999): se da un lato — espressamente volendo precisare la nozione giuridica di trasferimento alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia (v. 4° considerando) — si afferma che è considerato trasferimento quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, dall'altro si prevede che tale attività possa essere sia essenziale sia accessoria e, soprattutto, si modifica la stessa enunciazione del campo di applicazione della direttiva, aggiungendo al trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti anche l'ipotesi del trasferimento di « parti di imprese ». Se ne è dedotta, correttamente, « l'intenzione del legislatore comunitario di assecondare quel processo di 'alleggerimento' della nozione di trasferimento d'impresa operato dalla Corte, consentendo più agevolmente all'interprete di svincolare il giudizio sull'entità economica trasferenda dalla necessaria presenza di elementi *materiali e strutturali* » (Carabelli, 1999, p. 109).

In definitiva, pare indubbio che molte delle operazioni di esternalizzazione di attività o funzioni dell'impresa possano rientrare nel campo di applicazione della direttiva, come definito dalla Corte, solo che consistano nella cessione di una « entità economica » la cui sussistenza, soprattutto per i servizi, può essere ravvisata anche principalmente nel dato organizzativo immateriale della funzione e del personale ad essa addetto. Premessa questa presa d'atto di una differenza di accenti e orientamenti tra il piano del diritto comunitario e quello del diritto interno, il successivo passaggio del coordinamento tra i due piani — da operare sulla base del principio del primato del diritto comunitario — necessita però ancora di qualche precisazione.

L'attività ermeneutica alla quale sono chiamati l'interprete interno e quello comunitario è diversa, così come diversi possono essere (e parzialmente sono, nel nostro caso) i fini e le *rationes* delle normative interpretate. La direttiva 77/187 (e oggi la n. 98/50, alla quale gli stati membri devono conformarsi entro il 17 luglio 2001) detta una disciplina mirante essenzialmente alla garanzia della continuità di occupazione e del mantenimento dei diritti dei lavoratori, nonché al sostegno del ruolo dei rappresentanti dei lavoratori nelle vicende di trasferimento di imprese. La Corte di Giustizia, nei suoi numerosi interventi interpretativi, si è sempre e soltanto posta il problema di definire, con riferimento ai casi che le erano sottoposti, la nozione di trasferimento rilevante ai fini dell'applicazione della direttiva: nel far ciò, la Corte ha delineato una nozione abbastanza ampia, nella quale sono spesso rientrati casi di esternalizzazione di servizi avvenuti, secondo la tradizione interpretativa italiana, senza un vero trasferimento di azienda o di ramo d'azienda. Il Giudice comunitario tuttavia non ha mai dettato (né avrebbe potuto dettare) un concetto di impresa, azienda o ramo d'azienda vincolante per gli ordinamenti nazionali (22): ciò che è vincolante è soltanto

note

(21) Per tali precisazioni v. da ultimo Corte Giust. 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, C-229/96, C-74/97 e in precedenza Corte Giust. 11 marzo 1997, *Suzen*, causa 13/95.

(22) Il diritto comunitario persegue infatti l'obiettivo dell'armonizzazione a certi standards di tutela (per l'incidenza di questi sul funzionamento del mercato comune), e non quello, che non gli appartiene, dell'armonizzazione dei concetti giuridici utilizzati nei vari ordinamenti. Ciò spiega anche, ad esempio, perché la Corte possa avere

l'individuazione del campo di applicazione della disciplina di tutela dei lavoratori, ed è in tale prospettiva che gli ordinamenti devono adeguarsi, mediante l'adattamento interpretativo del diritto esistente ovvero, se ciò non è possibile, provvedendo alla sua modifica.

La disciplina italiana del trasferimento di azienda, prima e dopo la modifica del 1990, ingloba invece due fondamentali nuclei normativi (il secondo dei quali ha assunto maggiore rilevanza nell'equilibrio della norma, se non prevalenza, soprattutto con la riforma del 1990): quello relativo alla disciplina della vicenda circolatoria dei complessi aziendali e quello di tutela dei diritti dei lavoratori. Il problema delle nozioni di azienda e di ramo d'azienda è perciò un tipico problema dogmatico interno all'ordinamento, da risolvere con riferimento anche a nozioni, come quelle del diritto commerciale, estranee rispetto alla disciplina investita dalla direttiva comunitaria (salvo, ovviamente, porsi il problema dell'adeguamento del diritto nazionale a quello comunitario — per i profili di disciplina investiti dalla direttiva — risolvibile anche negli spazi lasciati dall'ordinamento all'attività interpretativa). Deve essere quindi condiviso il rigore di chi sottolinea che la discrepanza di ottica della Corte di Giustizia, sopra ricordata, « non autorizza a modificare i presupposti normativi e concettuali, che, ancor oggi, qualificano la nozione di circolazione dei complessi aziendali ai fini della determinazione di effetti successori nei rapporti di impresa e nelle situazioni giuridiche connesse secondo la disciplina commercialistica (...). Peraltro, l'attuazione delle regole comunitarie deve essere valutata, nell'ottica dell'armonizzazione, in relazione ai suoi complessivi risultati di tutela, non sulla base dell'uniformazione delle nozioni tecnico-normative proprie di ciascun ordinamento, e di competenza propria del medesimo. Non si può pensare che l'effetto interno della disciplina comunitaria (...) abbia portata tale da produrre la modificazione del sistema di norme, che costituiscono la base di riferimento per la qualificazione del fenomeno traslativo dei complessi aziendali anche nel diritto del lavoro » (Grandi, s.d.-a, p. 1).

E dunque, l'operazione di trasposizione dei risultati dell'attività interpretativa della Corte di Giustizia deve essere svolta con grande prudenza: a essa deve darsi il più ampio rilievo nell'opera di adeguamento del diritto interno agli *specifici obiettivi* della direttiva sul trasferimento (tutela della continuità dell'occupazione, mantenimento dei diritti dei lavoratori, tutela collettiva procedurale), ma i suoi contenuti non possono essere automaticamente trasposti su altri versanti della disciplina interna (il legame tra lavoratore e azienda nella vicenda circolatoria, per gli obiettivi di diritto commerciale) che non sono investiti dalla disciplina di armonizzazione comunitaria (23). È su questo duplice nodo, mediante una diversa considerazione dei profili di disciplina, che possono forse trovare più appaganti soluzioni i problemi e i paradossi delle esternalizzazioni.

6. L'esigenza di un ripensamento del legame giuridico tra lavoratore e azienda alla luce delle vicende circolatorie di « segmenti » dell'impresa.

In estrema sintesi (nonostante il notevole impegno teorico dei temi qui solo sfiorati) deve ricordarsi che la disciplina codicistica dell'incidenza del trasferimento di azienda sui rapporti di lavoro nasce con lo scopo di garantire l'integrità funzionale e la potenzialità produttiva dei complessi aziendali, nella prospettiva della loro circolazione come insieme di beni preordinati all'esercizio di un'attività di impresa, assicurando così anche la permanenza del patrimonio umano e professionale (oggi si direbbe: del *know-how* rappresentato dal sapere collettivo dei dipendenti) costituito dal personale occupato nell'azienda (Grandi, s.d.-b, p. 7). Una simile vicenda, nonostante il carattere in sé fortemente personale del rapporto contrattuale di lavoro, si giustifica proprio in forza della c.d. spersonalizzazione del datore di lavoro e del normale legame del lavoratore con l'impresa, emergente nel suo substrato

note

ripetutamente utilizzato, quale indice di individuazione della nozione di trasferimento ai fini della direttiva, la riassunzione di una parte dei lavoratori da parte del nuovo titolare dell'attività; la critica rivolta a tale operazione, secondo la quale la Corte confonderebbe il campo di applicazione della direttiva con il suo obiettivo, ovvero utilizzerebbe un dato relativo agli effetti per individuare la fattispecie, sembra vittima proprio di un'abitudine a un ragionamento dogmatico tipico del diritto interno, e del *civil law*; invece ai membri della Corte tale criterio pare del tutto logico, laddove essa ha individuato la nozione di entità economica anche in relazione alla sussistenza di un insieme organizzato di lavoratori dedicati a un obiettivo comune (cfr. Puissochet, 1999, p. 10 *dat.*).

(23) Ed anzi semmai, come vedremo, sono interessati dall'opera interpretativa della Corte di Giustizia nel senso contrario, con l'affermazione dello svincolo del lavoratore dall'obbligo di seguire l'azienda: cfr. sent. 16 dicembre 1992, *Katsikas*.

Il lavoratore non è una merce

Franco Scarpelli

oggettivo dell'azienda, più che con l'imprenditore. Inoltre, il legame del lavoratore con l'azienda realizza la contemporanea *ratio* di (relativa, nella logica del codice del 1942) tutela della continuità dell'occupazione (su questi temi v. la classica ricostruzione di Grandi, 1972, pp. 249 e ss.): è del tutto conseguente, e normalmente logica, la regola di successione dei rapporti di lavoro in capo al nuovo titolare dell'organizzazione di impresa.

In tale quadro, il passaggio all'ipotesi del trasferimento del "ramo d'azienda" introduce già elementi perturbativi. In primo luogo, non si può non sottolineare la notevole incertezza definitoria del concetto di ramo d'azienda, e l'assenza di saldi e univoci fondamenti normativi di essa (24): in ogni caso, come avviene in generale per l'azienda, appare ineliminabile il legame tra il ramo particolare dell'attività di impresa e il substrato oggettivo di essa, l'unificazione di un complesso identificato di beni connessa all'unitarietà della destinazione economica (sul tema v. Racugno, 1995, pp. 26 e ss.). Tale oggettività, inoltre, deve credibilmente apparire, appunto, dalla effettiva destinazione a una particolare attività di impresa e non pare disegnabile mediante un astratto atto di volontà, compiuto al momento della esternalizzazione, privo di effettivo riscontro nella gestione imprenditoriale (25).

Ciò premesso, deve essere sottoposta a ripensamento l'automatica applicazione — sino ad oggi data per scontata — anche al trasferimento parziale dell'azienda (*sub specie* di ramo) del principio formulato per il trasferimento dell'intera azienda dall'art. 2112 (26): in esso l'irrelevanza della persona del titolare dell'impresa e il legame con l'azienda, anche al fine della sua « integrità circolatoria », si giustifica anche e soprattutto perché è l'organizzazione tecnica dell'impresa e del lavoro che costituisce il parametro principale di determinazione della posizione contrattuale delle parti nel contratto di lavoro subordinato (cfr. Minervini, 1958, p. 635); è rispetto ad essa — avuta presente alla stipulazione del contratto ed evolutasi nella successiva gestione imprenditoriale con costante rinnovo (generalmente implicito) dell'adesione delle parti — che si determinano una serie di obblighi e diritti (si pensi allo *ius variandi*, al recesso per motivi organizzativi, alle relazioni giuridiche e negoziali tra potere imprenditoriale e contropotere collettivo, etc.) così come una rete di interessi (si pensi all'aspettativa all'evoluzione delle competenze professionali, ovvero alle aspettative di guadagno del lavoratore).

Nel trasferimento d'azienda l'invarianza dell'organizzazione come termine di riferimento di ogni posizione contrattuale giustifica perciò la regola di continuità del rapporto, e sposa virtuosamente l'interesse commerciale dei soggetti alienante e cessionario con quello dei lavoratori alla continuità dell'occupazione. Tale equilibrio, invece, viene alterato nell'ipotesi del trasferimento solo parziale dell'azienda, che costituisce certamente una modificazione sostanziale delle condizioni di esecuzione del contratto di lavoro: in tale situazione, estendere semplicemente e rigidamente la regola dell'art. 2112, escludendo la rilevanza del consenso del lavoratore a tale modifica (27), appare quanto meno dubbio e si pone in diretto contrasto con la valorizzazione della dimensione contrattuale e dell'autonomia delle parti del rapporto di lavoro.

A maggior ragione tale estensione dovrà essere esclusa nei casi di esternalizzazioni che comportino un semplice trasferimento di attività, non accompagnato dalla cessione di un complesso organizzativo autonomo, reso distinto in forza della destinazione (effettivamente) operata dall'imprenditore a una specifica attività di impresa. Né, infine, tale estensione

note

(24) La nozione di ramo d'azienda compariva, ma senza alcuna specificazione, nell'art. 2573 relativo al trasferimento del marchio, norma che tuttavia è ora modificata con soppressione del riferimento; nella norma sulla preposizione institoria, art. 2203, si introduce invece la differente nozione di "ramo particolare dell'impresa"; uno spunto in campo lavoristico può essere tratto dall'art. 2 della L. 190/1985 sul riconoscimento giuridico dei quadri intermedi, il quale al 2° comma prevede che i requisiti di appartenenza alla categoria sono stabiliti dalla contrattazione in relazione "a ciascun ramo di produzione e alla particolare struttura organizzativa dell'impresa", ma il riferimento al ramo appare più generale, interno più al settore che alla singola azienda, la quale anzi è considerata nel suo complesso unitario nel successivo riferimento operato dalla norma.

(25) Sul profilo dell'effettività della sussistenza dell'autonomo ramo d'azienda, correlato anche al problema della garanzia di non elusione delle normative inderogabili di tutela, v. le acute considerazioni di Pret. Genova 22 ottobre 1998, cit.

(26) I primi spunti per tale distinzione, e sul rilievo di seguito sottolineato del consenso del lavoratore, mi sono venuti da discussioni con gli amici avvocati Luigi De Andreis e Cosimo Francioso, che desidero ringraziare anche per avermi procurato tramite la Fiom-Cgil di Milano interessanti materiali sull'*out-sourcing*.

(27) Come fa, senza considerare i profili qui analizzati, sulla base dell'impossibilità di riconoscere al lavoratore il diritto ad essere trasferito da una ad altra unità produttiva, Romei, 1993, p. 105.

potrà affermarsi in forza della nozione ampia di trasferimento di impresa elaborata dalla Corte di Giustizia con riferimento al diverso nucleo di disciplina dettato dalla direttiva comunitaria, estraneo all'aspetto giuridico-strutturale delle vicende circolatorie dell'azienda e interessato esclusivamente alle conseguenze (in termini di garanzia dell'occupazione e di mantenimento dei diritti dei lavoratori) sui rapporti di lavoro.

Solo tale coerente distinzione di piani è atta a evitare l'inaccettabile paradosso del rovesciamento funzionale della disciplina del trasferimento di azienda, piegata a una funzione espulsiva « che permette di estromettere i dipendenti del ramo di azienda ceduto senza il loro consenso e di evitare la complessa gestione di una procedura di licenziamento collettivo per riduzione del personale » (così Ciucciavino, 1998, p. 913).

Il lavoratore non è una merce
Franco Scarpelli

7. Diritto od obbligo di passaggio: « il lavoratore non è una merce ».

Quanto ora esposto non esclude che il discorso possa e debba essere differente quando consideriamo, appunto, il diverso profilo di disciplina lavoristica che è attuazione della direttiva comunitaria. In sostanza, si deve riconoscere l'esistenza nel nostro ordinamento di una disciplina lavoristica del trasferimento di azienda "a geometria variabile", a seconda se di essa valutiamo gli aspetti di attuazione della direttiva sui trasferimenti di azienda o quelli relativi alle vicende circolatorie dell'azienda.

Da questo punto di vista, soccorre anche la considerazione sistematica della separazione di sede delle discipline: la vicenda circolatoria regolata nell'art. 2112 cod. civ. (come novellato dalla legge del 1990), i cui requisiti di applicazione vanno definiti in rapporto alle tecniche interpretative sopra esposte; la vicenda relativa alla tutela dell'occupazione, al mantenimento dei diritti dei lavoratori e alla tutela procedurale collettiva, in attuazione dei disposti comunitari, la cui sede formale è l'art. 47 della legge 428/1990 (con un gioco di rinvio, a sua volta, all'art. 2112 per alcuni aspetti di disciplina sostanziale), e il cui campo di applicazione va definito secondo i criteri interpretativi elaborati dalla Corte di Giustizia.

In sostanza, siamo in presenza di una disciplina lavoristica delle conseguenze del trasferimento di impresa, di stabilimento, di parte di impresa o di stabilimento, che comporta il diritto dei lavoratori al passaggio alle dipendenze del cessionario, e all'applicazione delle altre tutele procedurali e sostanziali previste dalla direttiva, come attuata dall'art. 47 della legge 428/1990. Il campo di applicazione di tale disciplina — che è quello dell'art. 47, il quale consente poi l'ulteriore rinvio all'art. 2112 — va definito in sede interpretativa tenendo conto delle indicazioni della Corte di Giustizia, e dunque esteso ad ogni trasferimento « 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 » (così, richiamando la giurisprudenza della Corte, la direttiva 90/58).

Per contro, la continuità dei rapporti di lavoro ai sensi dell'art. 2112, quale effetto necessario connesso alla circolazione dell'azienda nella quale il lavoratore è inserito in forza del proprio contratto di lavoro, sembra possa prodursi esclusivamente col trasferimento dell'intera azienda; esso deve invece ritenersi affidato al consenso (anche implicito) del lavoratore quando oggetto della vicenda circolatoria non sia l'intera azienda ma una parte di essa, tanto che si tratti di un "ramo d'azienda" secondo la tradizione interpretativa giurisprudenziale italiana, quanto che si tratti della mera cessione di una attività / entità economica.

Sul piano pratico e applicativo la distinzione ora operata non introduce particolari complicazioni: dal punto di vista degli imprenditori vi sarà sempre l'obbligo del ricorso alla procedura ex art. 47 (sussistendone i requisiti dimensionali) e di salvaguardare la continuità di occupazione dei dipendenti presso il cessionario, tutte le volte che sia ceduta una parte dell'impresa che assurga almeno al rilievo dell'entità economica; se tuttavia la cessione non interessa l'intera azienda, ma una parte di essa (indipendentemente dal fatto che tale parte assurga alla dignità di "ramo" secondo la richiamata tradizione interpretativa), cedente e cessionario non potranno contare sull'obbligo di passaggio dei lavoratori e dovranno invece fare affidamento sull'interesse degli stessi, in relazione alle caratteristiche dell'operazione commerciale, a salvaguardare il proprio futuro professionale passando alle dipendenze del cessionario. Il consenso dei lavoratori potrà considerarsi normalmente implicito, o espresso anche in termini di acquiescenza, ma nel caso venga espresso un dissenso al trasferimento del rapporto di lavoro il dipendente ha il diritto di rimanere contrattualmente legato all'azienda e all'imprenditore col quale si è creato l'originario vincolo contrattuale.

Il lavoratore non è una merce

Franco Scarpelli

Ovviamente, il lavoratore addetto a un'impresa che esternalizza parte della propria attività e che ritiene di non volere passare alle dipendenze del cessionario accetterà il rischio di essere destinatario, se ne sussistono i presupposti di legge, di un atto di recesso per motivi organizzativi, soggetto peraltro alle forme e alle procedure dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo o per riduzione del personale. Sia consentito osservare che, nei casi in cui l'operazione di esternalizzazione abbia (anche) finalità espulsive di personale, un simile esito appare più trasparente e più coerente rispetto a quello prefigurato dall'uso distorto della disciplina del trasferimento di azienda, e soprattutto idoneo a ridurre, mediante l'eventuale controllo giudiziario dei requisiti di giustificazione del recesso, gli spazi di discrezionalità nella scelta dei dipendenti da "espellere" (spazi che appaiono invece notevoli in vicende di utilizzo espulsivo delle esternalizzazioni, soprattutto se si accetta l'idea che l'imprenditore cedente possa "scegliere" quali lavoratori cedere, trattenendo presso di sé una parte dei dipendenti addetti all'attività esternalizzata) (28).

Si noti ancora che lo stesso diritto comunitario pare indirizzare verso la soluzione ora delineata: in primo luogo è la stessa direttiva 77/187 che assegna rilevanza cruciale, in caso di trasferimento, al mantenimento delle condizioni contrattuali del rapporto di lavoro — condizioni tra le quali pare indubbio che debba rientrare l'organizzazione aziendale avuta presente alla stipulazione del contratto di lavoro — (29). In secondo luogo, e come già accennato, la stessa Corte di Giustizia ha più volte sottolineato che la direttiva sui trasferimenti consente al lavoratore di rimanere alle dipendenze del nuovo datore di lavoro, ma non può essere interpretata nel senso che essa obbliga il lavoratore a proseguire il rapporto col cessionario, poiché un obbligo del genere comprometterebbe i diritti fondamentali del lavoratore, e in particolare la libera scelta del proprio datore di lavoro (30). La Corte precisa inoltre che in tale caso spetta agli stati membri determinare la disciplina da applicare al contratto o al rapporto di lavoro con il cedente: nel nostro ordinamento, nel caso di cessione solo parziale dell'azienda il rapporto rimarrà in capo all'azienda cedente e potrà eventualmente essere risolto, secondo le regole del recesso datoriale, nel caso di impossibilità di prosecuzione nella (ridimensionata) organizzazione aziendale (31).

La regola richiamata dalla Corte di Giustizia, peraltro, dovrebbe ritenersi conseguenza di un elementare principio di civiltà, tipico della considerazione giuridica del lavoro nell'epoca moderna e accolto tra i principi del diritto internazionale del lavoro (32): il principio secondo il quale « il lavoro non è una merce », il quale significa a maggior ragione che lo stesso lavoratore non è una merce e dunque « non può essere trasferito da un datore di lavoro ad un altro senza il suo consenso » (O'Higgins, 1996, p. 302).

note

(28) Anche tale ultima questione è oggetto di recenti controversie giudiziarie: v. Pret. Milano 23 luglio 1997 e Trib. Milano 30 maggio 1998, in *ADL*, 1998, n. 3, p. 1019, sulle quali Petrassi, 1998. Peraltro, non si può non sottolineare l'intrinseca incoerenza della giurisprudenza (ovviamente, affiancando provvedimenti emessi da diversi organi) e di quella dottrina (Romei, 1993, p. 105; Romei, 1999, p. 18 datt.) che da un lato escludono la possibilità per il lavoratore di esprimere un consenso o dissenso al passaggio alle dipendenze del nuovo titolare del ramo d'azienda trasferito, mentre dall'altro affermano la possibilità per il datore di lavoro di scegliere i lavoratori da 'esternalizzare' e quelli da trattenere. Indipendentemente dagli argomenti tecnici utilizzati — ruotanti normalmente attorno allo *ius variandi* (solo) datoriale — non si può non constatare il differente rilievo attribuito, su una questione fondamentale quale quella della scelta della controparte contrattuale, alla volontà del creditore e del debitore della prestazione di lavoro subordinato; considerazione che appunto dovrebbe indurre a un complessivo ripensamento del tema, e a recuperare coerenza di atteggiamenti, in un senso di piena valorizzazione della dimensione negoziale e dunque affiancando alla libertà di valutazione del datore di lavoro anche quella del lavoratore, abilitato a esprimere il suo consenso alla cessione.

(29) L'art. 4, 3° comma, prevede l'ipotesi della risoluzione del rapporto di lavoro in quanto il trasferimento comporti a scapito del lavoratore "una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro" (formula tributaria dell'esperienza normativa e giurisprudenziale francese: cfr. Waquet, 1996) addossando tale risoluzione alla responsabilità del datore di lavoro.

(30) Sent. 16 dicembre 1993, *Katsikas*; v. anche sent. 7 marzo 1996, *Mercks*, in *LG*, 1996, n. 6, P. 717, con nota Corazza e da ultimo sent. 12 novembre 1998, *Europièces*. Sulla libertà ed effettiva possibilità di scelta del lavoratore, come argomento centrale a favore di una prospettiva di superamento di alcune rigidità dell'attuale disciplina lavoristica, v. Ichino, 1999, p. 45 (datt.).

(31) La possibilità del lavoratore di dissentire dal trasferimento è affermata, come anticipato, da Pret. Milano 14 maggio 1999, cit. a nota 3, con prevalente riferimento proprio al diritto comunitario e richiamando quella giurisprudenza sopra citata (Trib. Milano 30 maggio 1998) che esclude (a favore dell'imprenditore) la necessità del passaggio automatico del dipendente nel caso in cui l'attività imprenditoriale del cedente non venga meno.

(32) Cfr. l'Annesso della Costituzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro del 1944, contenente scopi e obiettivi dell'OIL, ratificata con legge 13 novembre 1947, n. 1822.

8. Limiti giuridici successivi alla esternalizzazione: i trattamenti applicabili ai lavoratori impiegati negli appalti di servizi.

Il lavoratore non è una merce
 Franco Scarpelli

Qualche ultimo accenno deve essere dedicato agli aspetti lavoristici successivi alle esternalizzazioni, ovvero alle regole, adottate in vista della tutela di interessi sociali, accessorie al rapporto commerciale tra l'impresa utilizzatrice e l'impresa fornitrice del servizio o della attività esternalizzata; il problema, dal punto di vista concreto, è stabilire se vi siano e quali siano gli obblighi da rispettare con riferimento al trattamento economico e normativo dei lavoratori impiegati nelle attività esternalizzate.

Dal punto di vista legale (33), l'attenzione deve tornare ancora una volta alla disciplina della legge n. 1369 del 1960, non nella parte relativa al divieto di interposizione — che esclude in radice la sussistenza di un legittimo rapporto contrattuale tra imprese — ma in quella che disciplina effetti e responsabilità nei confronti dei lavoratori impiegati negli appalti realizzanti un'operazione di legittimo decentramento produttivo. L'art. 3 della legge richiamata — che prevede l'obbligo solidale di committente e appaltatore di assicurare ai dipendenti di quest'ultimo trattamenti economici e normativi non inferiori a quelli spettanti ai lavoratori dell'impresa decentrante — sostanzialmente è una regola di governo e indirizzo dei comportamenti di mercato e di impresa, la cui attualità è confermata da numerosi e successivi indici normativi (34). Si tratta di una scelta di politica del diritto che realizza molteplici finalità: evitare che l'uso dell'appalto a fini di decentramento produttivo provochi l'allargamento di aree di lavoro meno tutelato; far sì che la scelta del decentramento sia dettata da ragioni organizzative e di efficienza più che da un mero calcolo di abbattimento dei costi del lavoro; incentivare le imprese committenti a ricercare interlocutori contrattuali solidi, seri e affidabili, in grado cioè di organizzare seriamente e alle condizioni normali e legali di mercato il fattore lavoro, che l'appaltante rinuncia a organizzare direttamente (cfr. Scarpelli, 1990). La garanzia di trattamenti « non inferiori » (e quindi non « eguali ») a quelli dei dipendenti del committente lascia spazio per scelte gestionali elastiche (quale l'applicazione di un diverso contratto collettivo) il cui limite però è quello dell'uniformità nei risultati di trattamenti e regole dei rapporti di lavoro (per la determinazione del contenuto dell'obbligo v. Guaglione, 1990, spec. p. 138 e ss.; cfr. anche Corazza, 1997b).

L'applicazione di tale regola ai casi di esternalizzazione passa attraverso due nodi interpretativi. Il primo è quello del campo di applicazione con riguardo allo strumento contrattuale utilizzato nel rapporto tra impresa utilizzatrice e impresa fornitrice del servizio, ovvero la questione se la legge del 1960 sia applicabile al solo appalto o anche ad altre forme contrattuali (contratti di fornitura, *franchising* o altri). Da un lato vi è l'opinione di chi, argomentando sul piano interpretativo anche in contrapposizione alla diversa e più ampia

note

(33) Sul piano contrattuale collettivo, sono frequenti le clausole che prevedono l'obbligo di applicazione ai dipendenti dell'impresa appaltatrice di un'attività o servizio dei contratti collettivi del rispettivo settore, obblighi derivanti dalla contrattazione nazionale o da accordi *ad hoc* sulle operazioni di esternalizzazione (v. par. 2). Si tratta di norme che si dirigono all'impresa committente creando in capo ad essa un obbligo di pretesa del rispetto di tale garanzia da parte delle imprese appaltatrici, mediante apposite clausole inserite nel contratto di appalto; in tali ultime clausole potrà rinvenirsi lo schema della stipulazione a favore di terzi, "con la conseguenza che ai dipendenti dell'appaltatore va riconosciuta la titolarità di un diritto soggettivo a conseguire il trattamento previsto dai contratti collettivi del settore cui appartengono le imprese appaltatrici" (Guaglione, 1990, p. 171). Più problematica invece è la giustiziabilità delle previsioni del contratto collettivo, se non adempiute nel rapporto contrattuale con l'impresa appaltatrice: in questo caso la legittimazione all'azione di adempimento ricadrà più facilmente sulle stesse organizzazioni sindacali, eventualmente anche col procedimento ex art. 28 quando la formulazione della clausola contrattuale faccia emergere un diretto interesse collettivo, attinente alle stesse condizioni di sviluppo dell'attività sindacale e di controllo collettivo sulla produzione. Questa ipotesi si verificherà ancora più facilmente per quelle clausole contrattuali che prevedono l'obbligo di applicazione, in certi casi di decentramento o appalti di servizi, dello stesso contratto collettivo dell'impresa decentrante, al fine di mantenere l'unità dell'area contrattuale (v. ad es. i contratti collettivi del settore del credito, dove la questione è stata oggetto di forte conflitto): potrà infatti ritenersi la sussistenza di un interesse sindacale al rispetto dell'omogeneità contrattuale, anche quale condizione di mantenimento e sviluppo del radicamento della specifica organizzazione di categoria; in tal caso, l'inadempimento dell'obbligo assunto in sede collettiva potrà probabilmente ritenersi condotta antisindacale.

(34) Si pensi soprattutto alla ricca, e recentemente ampiamente riformata, legislazione sugli appalti pubblici (ad es. art. 18 L. n. 55/1990, modificato di recente dalla c.d. "Merloni *ter*", l. 18 novembre 1998, n. 415), che contiene numerose disposizioni intese ad assicurare la partecipazione agli appalti da parte di soggetti imprenditorialmente maturi, sotto il profilo del rispetto della legalità lavoristica, e ad evitare che la competizione tra le imprese per l'aggiudicazione dell'appalto si giochi sul mero abbattimento dei costi del lavoro piuttosto che sull'efficienza e innovatività organizzativa e imprenditoriale.

Il lavoratore non è una merce

Franco Scarpelli

formulazione dell'art. 1 della legge 1369 (che espressamente vieta l'interposizione realizzata « in qualsiasi forma ») ritiene che la regola dell'art. 3 si applichi soltanto nel caso in cui la segmentazione dell'impresa avvenga con lo strumento tecnico del contratto di appalto (Ichino, 1999, par. 18); dall'altro vi è chi ritiene necessario, in rapporto alla *ratio* della disciplina, assicurarne la massima estensione compatibile con la sua struttura e risolve in radice la questione ritenendo che « il dislocamento legittimo ma sanzionato previsto dalle ipotesi dell'art. 3 de(bba) ritenersi consentito soltanto col mezzo tecnico giuridico del contratto di appalto » (Mannacio, 1996, p. 178).

In via intermedia, e pur sempre nella prospettiva di valorizzazione della *ratio* e degli obiettivi della legge, si potrebbe ritenere l'applicabilità della disciplina, in via analogica caso per caso, tutte le volte in cui il rapporto contrattuale tra le imprese, anche mediante uno strumento giuridico diverso dall'appalto, configuri quell'integrazione economica tra le imprese tipica dell'appalto « interno » disciplinato dall'art. 3, atto perciò a ridurre l'effettiva autonomia di mercato dell'impresa fornitrice del servizio e a porre in via presuntiva i problemi di tutela della forza lavoro che la disciplina legale intende risolvere (cfr. Scarpelli, 1990, e per alcuni sviluppi, anche con riferimento alla novità legislativa della l. n. 192/1998, Corazza, 1998).

Queste ultime considerazioni introducono alla seconda questione, ovvero quella del significato del riferimento legale agli appalti da eseguirsi « all'interno delle aziende », che anima da decenni il dibattito giurisprudenziale e dottrinale. A fronte dell'episodico riemergere dell'interpretazione che fa rientrare nella fattispecie di applicazione della disciplina i soli appalti che si svolgono all'interno dei luoghi in cui ha sede l'attività produttiva dell'appaltante (da ultimo Cass. 26 giugno 1998, n. 6347, in *MGL*, 1998, n. 6, p. 847, con nota critica di Corazza, 1998), appare preferibile (e risulta prevalente) un'interpretazione funzionale della norma, che prescindendo dal dato meramente topografico. Anche su di essa — che la giurisprudenza tradizionalmente formula col criterio dell'inerenza al ciclo produttivo — si è riaperto un dibattito da tempo sopito, probabilmente in forza del mutamento dei riferimenti materiali della disciplina dei modelli di organizzazione dell'impresa (anche su questo profilo v. Ichino, 1999, par. 18 e ss.). Sulla questione sia consentito rinviare per brevità all'indagine svolta altrove (Scarpelli, 1990, spec. p. 85), nella quale si rilevava la necessità di una lettura aggiornata del concetto di ciclo produttivo che, al di fuori di qualsiasi concezione 'ontologica' di esso, esaltasse la *ratio* legale che è appunto quella di regolazione di rapporti tra imprese il cui minore tasso di autonomia sul mercato è suscettibile di produrre effetti di sottotutela per i lavoratori; sul piano tecnico se ne deduceva che, indipendentemente dall'oggetto dell'attività decentrata (salve, ovviamente, le specifiche eccezioni previste dall'art. 5 della l. 1369), questa dovesse considerarsi soggetta alla disciplina di garanzia di trattamenti almeno equivalenti per i lavoratori dell'impresa fornitrice tutte le volte in cui l'attività o il servizio appaltati si inseriscano nell'organizzazione economica dell'impresa committente con caratteri di stabilità e continuità (cioè di non occasionalità rispetto agli specifici assetti imprenditoriali dell'impresa appaltante) (su tale proposta interpretativa v. le critiche di Ichino, 1999, par. 21 e, per i suoi aspetti di traduzione sul piano applicativo, di Corazza, 1998, p. 851).

In concreto, l'accertamento dei presupposti di applicazione della garanzia di cui all'art. 3 della legge del 1960 potrà essere fatto soltanto nel confronto con le specifiche caratteristiche del caso. In via generale può però formularsi una prognosi, con riferimento all'esemplificazione dei servizi in *out-sourcing* sopra svolta (par. 2), che conduce a ritenere altamente probabile l'applicazione della disciplina ora esaminata, proprio in forza del fatto che si tratta di funzioni o attività comprese nella stabile organizzazione dei fattori economici dell'impresa, ora strategicamente portate all'esterno ma non per questo, generalmente, oggetto di una rinuncia al loro ruolo di essenziale e stabile supporto dell'attività produttiva di *core business*.

9. Postilla: Massimo D'Antona.

Queste pagine erano già pronte per la consegna, quando è giunta la notizia della tragica morte di Massimo D'Antona.

Ad altri più capaci e più autorevoli il compito di ricordarlo, di ricordare le sue qualità di studioso profondo e colto e i suoi importanti contributi al diritto del lavoro. Chi scrive aveva eletto da tempo Massimo D'Antona tra i 'maestri vicini', non solo per la sua acutezza,

preparazione, per la sua permanente disponibilità, ma anche e forse soprattutto per il modello di giurista, per la sua capacità di sposare ai livelli più elevati l'impegno *nelle cose* con il rigore del metodo, lo spirito di servizio (nella professione, a fianco del sindacato, nelle recenti attività di rilievo pubblico e governativo) con l'autonomia di giudizio scientifico e politico.

Di fronte al rischio — per le impellenti esigenze di questi anni di trasformazione — di derive 'tecnocratiche' che possano travolgere o mettere in secondo piano gli aspetti di principio, giuridici e umani, Massimo D'Antona ha saputo essere giurista e tecnico, che *conosce, considera e risolve* senza perdere l'autonomia del punto di vista giuridico, e di quello umano. Il tema che qui è stato trattato — con osservazioni certamente opinabili — è di quelli affrontando i quali si sente la fatica di far fronte alla forza dell'argomento 'economicista', all'esigenza cruda del mercato e dell'impresa. Non so, ovviamente, se Massimo D'Antona avrebbe condiviso quanto si è scritto; credo e spero che ne avrebbe apprezzato almeno l'intento, che è quello della salvaguardia della dimensione dell'uomo e della sua dignità (nel caso, quella di non essere 'merce') a fronte delle esigenze e tendenze dell'economia e del mercato, ovviamente in sé legittime ma altrettanto ovviamente meritevoli di limiti e regole: l'esigenza di affermare e proteggere, cioè, « una immagine non alienata dell'uomo, contrapposta a quella deformata dalle leggi dure del mondo della produzione » (D'Antona, 1991, p. 487).

Il lavoratore non è una merce
Franco Scarpelli

Bibliografia

- Associazione Lavoro e Ricerche - Alar (1990), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese. Profili giuslavoristici degli appalti di opere e servizi informatici*, ricerca diretta da Mazzotta O., contributi di Camisa G., Guaglione L., Scarpelli F., Giuffrè, Milano.
- Biagi M.** (1978), *La dimensione dell'impresa nel diritto del lavoro*, Franco Angeli, Milano.
- Bonomi A.** (1997), *Il capitalismo molecolare. La società al lavoro nel Nord Italia*, Einaudi, Torino.
- Butera** (1992), *Il castello e la rete. Impresa, organizzazioni e professioni nell'Europa degli anni '90*, III ed., Franco Angeli, Milano.
- Carabelli U.** (1999), *Il trasferimento di azienda in Italia*, in Carabelli U., Veneziani B., *La trasmissione de empresas en Europa*, Cacucci, Bari, p. 103.
- Ciucciiovino S.** (1998), *La nozione di "azienda trasferita" alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, in *ADL*, n. 3, p. 893.
- Corazza L.** (1997a), *Lavoro esterno e articolazione contrattuale di impresa. La scomposizione del datore di lavoro*, tesi di Dottorato di ricerca, Università degli Studi di Bologna.
- Corazza L.** (1997b), *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in *RIDL*, I, p. 77.
- Corazza L.** (1998), *Appalti 'interni' all'azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa*, in *MGL*, p. 848.
- Corazza L.** (1999), *Esternalizzazione di una attività dell'impresa e trasferimento di ramo d'azienda: il caso Ansaldo*, in *RIDL*, II, p. 417.
- D'Antona M.** (1991), *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, Relazione al X Congresso nazionale dell'AIDLASS, Udine, 10-12 maggio 1991, in *DLRI*, n. 3, p. 455.
- Del Punta R.** (1995), *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *DLRI*, n. 4, p. 625.
- De Simone G.** (1995), *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Franco Angeli, Milano.
- Ferraro G.** (1998), *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, Relazione alle Giornate di Studio dell'AIDLASS, Salerno, 22-23 maggio 1998, in *DLRI*, n. 79, p. 429.
- Gorz A.** (1992), *Metamorfosi del lavoro. Critica della ragione economica*, Bollati Boringhieri, Torino.
- Grandi M.** (s.d.-a), *Trasferimento d'azienda (dir. Lav.)*, in *EGT*, agg., vol. IV.
- Grandi M.** (s.d.-b), *Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro*, in *EGT*.
- Guaglione L.** (1990), *La disciplina degli appalti 'introaziendali' e il contenuto dell'obbligazione solidale*, in Associazione Lavoro e Ricerche — Alar, *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese. Profili giuslavoristici degli appalti di opere e servizi informatici*, Giuffrè, Milano, p. 121.
- Ichino P.** (1990), *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Ichino P.** (1999), *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa. La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, Relazione alle Giornate di Studio dell'AIDLASS, Trento, 4-5 giugno 1999, in <http://www.univr.it/AIDLASS>.
- Lambertucci P.** (1997), *La configurazione dell'azienda nel diritto comunitario e nel diritto interno, ai fini del suo trasferimento*, in *ADL*, n. 4, p. 127.
- Mannacio G.** (1996), *Appalti di opere e servizi*, in *Lavoro decentrato, interessi dei lavoratori, organizzazione delle imprese*, atti del Convegno di studi de L'Aquila, 20-21 ottobre 1995, Cacucci, Bari, p. 169.

Il lavoratore non è una merce

Franco Scarpelli

Bibliografia

- Mariucci L.** (1979), *Il lavoro decentrato. Discipline legali e contrattuali*, Franco Angeli, Milano.
- Minervini G.** (1958), *Contro la 'funzionalizzazione' dell'impresa privata*, in *RDC*, p. 618.
- O'Higgins P.** (1996), "Il lavoro non è una merce". *Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2, p. 295.
- Pedrazzoli M.** (1998), *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, Relazione alle Giornate di Studio dell'AIDLASS, Salerno, 22-23 maggio 1998, in *DLRI*, n. 79, p. 509.
- Pelissero P.** (1998), *L' "entità economica" come oggetto del trasferimento d'azienda: sviluppi recenti della giurisprudenza comunitaria e possibili riflessi sugli orientamenti nazionali*, in *DRI*, n. 1, p. 63.
- Petrassi M.** (1998), *Trasferimento di ramo di azienda e trasferimento parziale dei dipendenti ad esso addetti*, in *ADL*, n. 3, p. 917.
- Pizzoferrato A.** (1998), *La nozione 'giuslavoristica' di trasferimento di azienda fra diritto comunitario e diritto interno*, in *RIDL*, I, p. 429.
- Pizzoferrato A.** (1999), *L'impatto della direttiva 98/50/CE in materia di trasferimento d'azienda sul sistema normativo e giurisprudenziale italiano*, in *ILLJ*, vol. I, n. 1-2-3, <http://www.labourlawjournal.it>, ISSN 1561-8048.
- Puissochet J.P.** (1999), *La directive concernant le maintien des droit des travailleurs en cas de transferts d'entreprises et la jurisprudence de la Cour, Gazette des Tribunaux du Travail*.
- Purcell K., Purcell J.** (1998), *In-sourcing, out-sourcing e lavoro temporaneo*, in *DRI*, n. 3, p. 343.
- Racugno G.** (1995), *Lo scorporo d'azienda*, Giuffrè, Milano.
- Romei R.** (1995), *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda. Art. 2112*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano.
- Romei R.** (1999), *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa. Cessione di ramo d'azienda e appalti*, Relazione alle Giornate di Studio dell'AIDLASS, Trento, 4-5 giugno 1999, in <http://www.univr.it/AIDLASS>.
- Scarpelli F.** (1990), *Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici*, in *Associazione Lavoro e Ricerche — Alar, Nuove tecnologie e rapporti fra imprese. Profili giuslavoristici degli appalti di opere e servizi informatici*, Giuffrè, Milano, p. 43.
- Scarponi S.** (1998), *Il dialogo tra giudice comunitario e giudice nazionale alla luce della direttiva sul trasferimento di azienda*, in *Scritti in onore di F. Mancini*, Giuffrè, Milano, vol. I, p. 560.
- Simitis S.** (1990), *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *DLRI*, p. 87.
- Waquet P.** (1996), *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, in *RJS*, 12, p. 791.

La sicurezza sul lavoro negli appalti pubblici dopo la Legge Merloni *ter*

Andrea Ferruti

Sommario

1. Premessa: gli appalti pubblici e il D.Lgs. n. 494/96. **2.** Il “nuovo” testo dell’art. 31, Legge n. 109/94. **3.** Analisi delle disposizioni dell’art. 31, Legge n. 109/94. **3.1.** Gli strumenti della sicurezza. **3.2.** I piani di sicurezza e il regime contrattuale dell’affidamento. **3.3.** La vigilanza sull’osservanza dei piani di sicurezza e le sanzioni (civilistiche) per la loro inosservanza. **4.** La mancata regolamentazione della sicurezza nei subappalti. **5.** Considerazioni finali.

1. Premessa: gli appalti pubblici e il D.Lgs. n. 494/96.

La recente pubblicazione della legge 18 novembre 1998, n. 415 « Modifiche alla legge 11 febbraio 1994, n. 109 e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici » (1), che ha novellato anche l’art. 31 in materia di piani di sicurezza, impone all’operatore di verificare se il regime di tutela dei lavoratori negli appalti cosiddetti pubblici — intendendo per tali quelli compresi nel perimetro applicativo della legge n. 109/1994 (per l’individuazione di tale perimetro si veda Guccione C., 1999, p. 115 e, specialmente, pp. 117 e 119) — abbia subito modifiche di rilievo. In caso di risposta positiva appare altresì necessario stabilire la decorrenza dell’applicazione delle innovazioni normative e, conseguentemente, fino a che punto rivestano utilità le considerazioni espresse a proposito dell’originario testo dell’art. 31 della legge n. 109/94.

Il presente contributo, pertanto, prenderà le mosse dall’esame dell’originario testo dell’art. 31 della legge n. 109/1994 (cfr. Arcangeli S., 1994, p. 601, Biagini L., 1994, p. 100), il cui comma 1, menzionava (e menziona tuttora, non essendo sul punto intervenute modificazioni) le direttive comunitarie 89/391/CEE del 12 giugno 1989 e 92/57/CEE del 24 giugno 1992 e la relativa normativa nazionale di recepimento (costituita rispettivamente dal d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 e successive modifiche e integrazioni e dal D.Lgs. 14 agosto 1996, n. 494), attribuendo al Governo, su proposta dei Ministri del lavoro e della previdenza sociale, della sanità e dei lavori pubblici, sentite le organizzazioni sindacali e imprenditoriali, la delega a emanare « un regolamento in materia di piani di sicurezza nei cantieri edili », in conformità alle direttive testé menzionate. Tale delega, tuttavia, non era stata esercitata e quindi, a buon diritto, il Ministero del lavoro poteva sostenere nella circolare 18 marzo 1997, n. 41 (pubblicata nella G.U. n. 83 del 9 aprile 1998) che non si ponevano « problemi di incompatibilità con la legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche, per un duplice ordine di considerazioni: sia perché il regolamento previsto dall’art. 31 di detta legge non è stato ancora emanato, sia in quanto il citato articolo dispone espressamente che detto regolamento dovrà comunque conformarsi alla direttiva quadro 89/391 e alla direttiva particolare 92/57 e quindi alle relative normative nazionali di recepimento ».

note

(1) In S.O. n. 199/L alla G.U. n. 284 del 4 dicembre 1998. Tale legge, comunemente definita “Merloni-ter”, è entrata in vigore il 19 dicembre 1998.

**La sicurezza sul lavoro
negli appalti pubblici**
Andrea Ferruti

Ciò chiarito in merito alla mancata operatività dell'art. 31 della legge n. 109/94 nel testo originario (2), poteva ritenersi che nella vigenza della cosiddetta legge Merloni, non modificata dalle disposizioni della legge n. 415/1998, il regime della sicurezza sul lavoro negli appalti cosiddetti pubblici dovesse essere desunto dal confronto fra art. 18, comma 8, legge n. 55/1990 (3) e D.Lgs. n. 494/96. Secondo gli ulteriori chiarimenti forniti con la circolare del Ministero del lavoro 5 marzo 1998, n. 30 (pubblicata nella G.U. n. 83 del 9 aprile 1998), infatti, l'incompatibilità del decreto-cantieri con l'art. 18, legge n. 55/90 deve intendersi limitata ai soli cantieri per i quali il committente deve designare i coordinatori per la sicurezza.

Pertanto, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 3, comma 3, D.Lgs. n. 494/96 (4), la circolare ministeriale del 1998 riteneva che per gli altri casi continui a rimanere in vigore la restante normativa antinfortunistica, ivi compresa la disposizione più volte menzionata del 1990 che fa carico all'appaltatore di redigere i piani di sicurezza (5). In altri termini, negli appalti pubblici ai quali fosse ancora ritenuto applicabile l'art. 18, comma 8, legge n. 55/90, continuavano a valere le affermazioni della giurisprudenza (Cass. pen., sez. IV, 19 dicembre 1996, imp. Maggioni, in *MGL*, 1997, p. 676, nota in Lorusso; Cass. pen., sez. IV, 17 dicembre 1993, imp. Ianieri, in *Riv. pen. economia*, 1996, p. 56; Cass. pen., 12 gennaio 1990, imp. Bovienzo, in *Riv. pen.*, 1991, p. 100) e della dottrina (si veda per tutti, Guariniello, 1994, p. 9 e ss., nonché Lorusso, 1997, p. 676) in materia di responsabilità del committente per l'inosservanza della normativa posta a tutela delle maestranze edili, le quali hanno costantemente escluso il coinvolgimento del committente nell'adempimento degli obblighi antinfortunistici che incombono direttamente sull'appaltatore. Quest'ultimo, infatti, deve ritenersi titolare del dovere di sicurezza in virtù della sua autonomia nell'organizzare i mezzi necessari alla produzione e nel gestire a proprio rischio la relativa attività *ex art.* 1655 cod. civ. Di responsabilità del committente negli infortuni sul lavoro può parlarsi solo nei casi in

note

(2) In tal senso anche Arcangeli S., 1994, p. 621 e, sia pure in termini dubitativi, Biagini L., 1994, p. 101. Auspica l'emanazione del regolamento Bella M., 1999, p. 960, secondo il quale solo attraverso un apposito intervento normativo potrà essere disciplinato in maniera chiara il rapporto fra legge Merloni-*ter* e D.Lgs. n. 494/96.

(3) L'art. 18 della legge n. 55/1990, com'è noto, è stato oggetto di rilevanti modifiche che, peraltro, non hanno mai interessato il comma 8. Tale disposizione prevede una serie di adempimenti qui di seguito riportati:

— prima dell'inizio dei lavori, il committente ha l'obbligo di richiedere all'appaltatore di predisporre, vi siano o no altre imprese subcontraenti, il piano di sicurezza;

— la predisposizione di tale piano spetta all'appaltatore e, qualora vi siano subcontraenti, egli avrà il compito di coordinare ed aggiornare (previsione quest'ultima introdotta dall'art. 9, d.P.C.M. 10 gennaio 1991, n. 55) il piano generale con quelli particolari redatti dai subcontraenti, in maniera da rendere questi ultimi compatibili tra loro e coerenti con il piano presentato dall'appaltatore. In caso di associazione temporanea di imprese o consorzio esecutore, il compito di coordinamento spetterà all'impresa mandataria o a quella designata capogruppo;

— copia del piano è trasmessa dall'appaltatore al committente prima dell'inizio dei lavori e, comunque, non oltre trenta giorni dall'eventuale verbale di consegna degli stessi;

— il committente mette il piano a disposizione delle autorità competenti alle verifiche ispettive di controllo dei cantieri;

— responsabile del rispetto del piano (sia da parte dell'impresa appaltatrice sia di tutte le altre imprese impegnate nell'esecuzione dei lavori in cantiere) è il « direttore tecnico di cantiere ».

Per un'articolata rassegna delle posizioni dottrinarie sull'art. 18, comma 8, legge n. 55/90 si rinvia per brevità a Zgagliardich G., 1997, specialmente pp. 662-714.

(4) Questo articolo prevede che la designazione dei coordinatori per la sicurezza avvenga in ognuno dei seguenti casi:

a) nei cantieri in cui è prevista la presenza di più imprese, anche non contemporanea, se l'entità presunta del cantiere è pari ad almeno 100 uomini/giorni;

b) nei cantieri in cui la durata presunta dei lavori è superiore a 30 giorni lavorativi e in cui sono occupati contemporaneamente più di 20 lavoratori;

c) nei cantieri la cui entità presunta è superiore a 500 uomini/giorni;

d) nei cantieri i cui lavori comportano rischi particolari (il cui elenco è contenuto nell'allegato II, D.Lgs. n. 494/96), se l'entità presunta del cantiere è superiore a 300 uomini/giorni;

e) nei lavori la cui entità complessiva presunta è superiore a 30.000 uomini/giorni.

(5) Si ricorda incidentalmente che, con la circolare n. 30/98, il Ministero del lavoro ha ridimensionato la portata della precedente direttiva n. 41/97 nella quale si affermava l'inapplicabilità generalizzata dell'art. 18, comma 8, legge n. 55/90 in quanto « le disposizioni del d.lgs. n. 494/96 regolamentano in maniera diversa la stessa materia ». La direttiva ministeriale del 1998, per giunta, ha ricevuto l'autorevole avallo del Consiglio di Stato con parere della II sezione, 1° luglio 1998, n. 1533/97 (il cui testo si può leggere in Lepore M., 1999; per un commento al parere del Consiglio di Stato mi sia consentito di rinviare a Ferruti A., 1998, p. 9 e *Id.*, 1999, p. 9).

La Regione Lazio, dal canto suo, era già addivenuta ad un'interpretazione del genere secondo quanto emerge dalle premesse del Parere che, in un certo senso, sul punto dà atto della cessata materia del contendere. Sul punto si veda anche Bella M., 1999, p. 959.

cui egli si sia concretamente ingerito nell'esecuzione dei lavori in modo da configurare l'appaltatore come semplice *nudus minister* (Cass. pen., sez. IV, 19 dicembre 1996, cit.; Cass. pen., sez. IV, 17 dicembre 1993, cit.; nonché a proposito dell'appaltatore (subcommittente) nei confronti del subappaltatore Cass. sez. lavoro, 23 marzo 1999, n. 2745, in *Appalti & Fisco* — *Osservatorio normativo*, n. 4/99, p. 5).

Esprese queste considerazioni a proposito del ruolo del committente nel vigore della precedente normativa antinfortunistica, deve ricordarsi che non ci sono dubbi sull'applicabilità del D.Lgs. n. 494/96 agli appalti pubblici (oltre a quanto precisato nella citata circolare n. 41/97, si veda Soprani P., in *Igiene & sicurezza del lavoro*, n. 3/99, Inserto, p. V e ss.); anzi talune disposizioni del cosiddetto decreto-cantieri (come quelle dell'art. 4, secondo cui il coordinatore per la progettazione deve redigere i piani « durante la progettazione esecutiva, e comunque prima della richiesta di presentazione delle offerte ») appaiono modellate proprio su questa categoria di appalti, nei quali la procedura di scelta del contraente della pubblica amministrazione impone, nella maggioranza dei casi, il ricorso al confronto concorrenziale tra le imprese aspiranti (in tal senso Areddu A., 1998, nel volume curato insieme a chi scrive, p. 85 e, ivi, ulteriori considerazioni sulle altre procedure di scelta del contraente (ossia pubblici incanti, appalto concorso, trattativa privata) che sono difficilmente compatibili con il sistema delineato dal D.Lgs. n. 494/96).

2. Il “nuovo” testo dell'art. 31, Legge n. 109/94.

Ciò premesso, ai fini del presente contributo le disposizioni di maggior rilievo sono, senza dubbio, costituite dall'art. 29, commi 61 e 62 della legge n. 415 che integrano l'art. 31 della legge n. 109/94 che qui di seguito si riporta nel testo novellato (in *corsivo* sono evidenziate le modifiche):

« 31. Piani di sicurezza. — 1. Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge il Governo, su proposta dei Ministri del lavoro e della previdenza sociale, della sanità e dei lavori pubblici, sentite le organizzazioni sindacali e imprenditoriali maggiormente rappresentative, emana un regolamento in materia di piani di sicurezza nei cantieri edili in conformità alle direttive comunitarie 89/391/CEE, del Consiglio del 12 giugno 1989, 92/57/CEE del Consiglio, del 24 giugno 1992, e alla relativa normativa nazionale di recepimento.

1-bis. Entro trenta giorni dall'aggiudicazione, e comunque prima della consegna dei lavori, l'appaltatore od il concessionario redige e consegna ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2:
a) eventuali proposte integrative del piano di sicurezza e di coordinamento e del piano generale di sicurezza quando questi ultimi siano previsti ai sensi del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494;

b) un piano di sicurezza sostitutivo del piano di sicurezza e di coordinamento e del piano generale di sicurezza, quando questi ultimi non siano previsti ai sensi del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494;

c) un piano operativo di sicurezza per quanto attiene alle proprie scelte autonome e relative responsabilità nell'organizzazione del cantiere e nell'esecuzione dei lavori, da considerare come piano complementare del piano di sicurezza e di coordinamento e dell'eventuale piano generale di sicurezza, quando questi ultimi siano previsti ai sensi del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, ovvero del piano generale di sicurezza di cui alla lettera b).

2. Il piano di sicurezza e di coordinamento ed il piano generale di sicurezza, quando previsti ai sensi del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, ovvero il piano di sicurezza sostitutivo di cui alla lettera b) del comma 1-bis, nonché il piano operativo di sicurezza di cui alla lettera c) del comma 1-bis formano parte integrante del contratto di appalto o di concessione; i relativi oneri vanno evidenziati nei bandi di gara e non sono soggetti a ribasso d'asta. Le gravi e ripetute violazioni dei piani stessi da parte dell'appaltatore o del concessionario, previa formale costituzione in mora dell'interessato, costituiscono causa di risoluzione del contratto. Il regolamento di cui al comma 1 stabilisce quali violazioni della sicurezza determinano la risoluzione del contratto da parte del committente. Il direttore di cantiere e il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, vigilano sull'osservanza dei piani di sicurezza.

2-bis. Le imprese esecutrici, prima dell'inizio dei lavori ovvero in corso d'opera, possono presentare al coordinatore per l'esecuzione dei lavori di cui al decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, proposte di modificazioni o integrazioni al piano di sicurezza e di coordina-

La sicurezza sul lavoro
negli appalti pubblici
Andrea Ferruti

mento loro trasmesso dalla stazione appaltante, sia per adeguarne i contenuti alle tecnologie proprie dell'impresa, sia per garantire il rispetto delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro e la tutela della salute dei lavoratori eventualmente disattese nel piano stesso.

3. I contratti di appalto o di concessione stipulati dopo la data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 1, se privi dei piani di sicurezza di cui al comma 1-bis, sono nulli. I contratti in corso alla medesima data, se privi del piano operativo di sicurezza di cui alla lettera c) del comma 1-bis sono annullabili qualora non integrati con i piani medesimi entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 1.

4. Ai fini dell'applicazione degli articoli 9, 11 e 35 della legge 20 maggio 1970, n. 300, la dimensione numerica prevista per la costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali nei cantieri di opere e lavori pubblici è determinata dal complessivo numero dei lavoratori mediamente occupati trimestralmente nel cantiere e dipendenti dalle imprese concessionarie, appaltatrici e subappaltatrici, per queste ultime nell'ambito della o delle categorie prevalenti, secondo criteri stabiliti dai contratti collettivi nazionali di lavoro nel quadro delle disposizioni generali sulle rappresentanze sindacali.

4-bis. Ai fini del presente articolo il concessionario che esegue i lavori con la propria organizzazione di impresa è equiparato all'appaltatore ».

3. Analisi delle disposizioni dell'art. 31, Legge n. 109/94.

3.1. Gli strumenti della sicurezza.

Dal punto di vista degli strumenti della sicurezza (*id est*: piani) si osserva che, in aggiunta o a integrazione di quelli già disciplinati nel decreto-cantieri, sono state menzionate tre ulteriori tipologie di piani consistenti in:

1) una *eventuale*, da valersi quale integrazione ai piani di sicurezza ex D.Lgs. n. 494/96 (così art. 31, comma 1-bis, lettera a);

2) una *in sostituzione* dei piani di sicurezza, « quando questi ultimi non siano previsti ai sensi del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 (6) » (così art. 31, comma 1-bis, lettera b);

3) un'altra, *obbligatoria*, come complemento di dettaglio, consistente in un « piano operativo di sicurezza per quanto attiene alle proprie scelte autonome e relative responsabilità nell'organizzazione del cantiere e nell'esecuzione dei lavori », rispetto ai piani di sicurezza ex D.Lgs. n. 494/96 o al piano di sicurezza menzionato nel precedente punto 2) (così art. 31, comma 1-bis, lettera c) (7).

La redazione di questi piani è posta a carico dell'appaltatore o del concessionario, i quali hanno l'obbligo di consegnare gli stessi alle stazioni appaltanti « entro trenta giorni dall'aggiudicazione, e comunque prima della consegna dei lavori » (8).

In merito ai piani menzionati dall'art. 31, comma 1-bis deve segnalarsi che non si rinviene alcuna indicazione sulla eventuale necessità che a tale incombenza provvedano (nell'ambito delle imprese esecutrici o dei concessionari che eseguono i lavori con la propria organizzazione d'impresa in virtù dell'equiparazione stabilita dall'art. 31, comma 4-bis (9)) solo coloro

note

(6) Questa disposizione induce a ritenere che, qualora i cantieri non siano ricompresi nella tipologia di cui all'art. 3, comma 3, D.Lgs. n. 494/96, continui ad essere in vigore l'art. 18, comma 8, legge n. 55/90. In tal senso, anche, Bella M., 1999, p. 959.

(7) Per una efficace visione di sintesi sui piani menzionati nell'art. 31 si veda, Vitale R., 1999, p. 24.

Per quanto riguarda il piano di cui all'art. 31, comma 1-bis, lettera c), si condividono appieno le considerazioni di Bella M., 1999, p. 961, secondo il quale « il piano operativo non costituisce un nuovo piano tecnico destinato ad integrare o sostituire quello del committente, in quanto si aggiunge anche al piano di sicurezza sostitutivo che deve essere redatto dall'appaltatore o dal concessionario ». In questo modo, prosegue l'Autore il committente « deve assolvere alle proprie incombenze con la massima diligenza e non può limitarsi a predisporre un piano di sicurezza standard e, come tale, non strettamente aderente alla realtà operativa del cantiere interessato, confidando nella maggiore oculatezza del piano predisposto dall'appaltatore ».

(8) Precisazione quest'ultima quanto mai opportuna laddove si proceda alla consegna dei lavori sotto riserva di legge ai sensi dell'art. 337, comma 2, legge 20 marzo 1865, n. 2248, in base al quale « Nei casi di urgenza il Ministero può autorizzare il cominciamento dei lavori immediatamente dopo il deliberamento ».

(9) Il pensiero corre d'obbligo ai concessionari di costruzione e gestione (come quelli autostradali) qualora provvedano all'esecuzione dei lavori non già mediante affidamento ad imprese terze, bensì in proprio tramite l'impiego di lavoratori dipendenti (così, Bella M., 1999, pp. 966-967), anche se non si comprende appieno quali siano i destinatari della trasmissione di tali piani posto che questi concessionari svolgono solitamente anche funzioni di stazione appaltante, né avrebbe senso pratico l'invio dei piani all'Amministrazione concedente.

che possiedono i requisiti professionali prescritti per i coordinatori per la sicurezza dall'art. 10 del decreto-cantieri ovvero altri soggetti, per così dire, non abilitati. Nel silenzio della legge, entrambe le soluzioni rivestono pari dignità, pur se un'interpretazione sistematica dei piani disciplinati dal D.Lgs. n. 494/96 e quelli di cui alla legge 109 imporrebbe che anche questi ultimi fossero redatti da coordinatori abilitati (10).

**La sicurezza sul lavoro
negli appalti pubblici**
Andrea Ferruti

3.2. I piani di sicurezza e il regime contrattuale dell'affidamento.

Il primo periodo del comma 2 dell'art. 31 puntualizza opportunamente che tanto i piani di sicurezza di cui al D.Lgs. n. 494/96 quanto quelli menzionati nel comma 1-bis « formano parte integrante del contratto di appalto o di concessione » e che « i relativi oneri vanno evidenziati nei bandi di gara e non sono soggetti a ribasso d'asta ».

Con specifico riferimento al piano sostitutivo di sicurezza redatto dall'appaltatore ai sensi dell'art. 31, comma 1-bis, peraltro, queste previsioni potrebbero ingenerare qualche difficoltà nelle stazioni appaltanti, poiché tale piano è redatto dall'appaltatore in esito alla gara e, quindi, l'indicazione nei bandi degli oneri a esso relativi non può che essere generica. L'applicazione di questa disposizione ai piani sostitutivi potrebbe revocarsi in dubbio laddove si rivolga l'attenzione all'art. 16, comma 4, legge n. 109 che prevede la necessità di includere fra gli oneri, facenti carico agli stanziamenti delle PP.AA., solo quelli relativi ai piani di sicurezza « quando previsti » dal D.Lgs. n. 494/96 e non a tutti quelli indicati nell'art. 31, legge n. 109 (compresi dunque quelli sostitutivi).

Fatta salva questa precisazione, le disposizioni del primo periodo del comma 2, del più volte citato art. 31, appaiono esplicitare i principi già contenuti *in nuce* negli artt. 12, comma 1, primo periodo, 13, comma 3, e 12, comma 5, secondo periodo D.Lgs. n. 494/96 (la medesima osservazione può leggersi in Trupiano A., 1999, p. 50). Queste disposizioni, infatti, prevedono rispettivamente che:

— il piano di sicurezza contenga, fra l'altro, la stima dei costi derivanti dall'applicazione delle misure contro gli infortuni sul lavoro (diremmo oggi "i relativi oneri"). Il compito di evidenziare questi costi agli organi delle PP.AA. preposti alla formulazione del bando di gara dovrebbe competere al coordinatore per la progettazione (11), nel senso che gli oneri in questione sono presenti come elementi di costo del progetto, sia attraverso l'applicazione di prezzi elementari che conglobano gli oneri per la sicurezza per il lavoro specifico (12), sia tramite il riconoscimento delle spese generali che consente all'impresa di coprire economicamente i costi che deve sostenere per l'organizzazione dei lavori anche ai fini della sicurezza e della salute nel cantiere (13);

— il piano generale di sicurezza sia trasmesso a cura del committente a tutte le imprese invitate a presentare offerte (in modo da far « parte integrante del contratto d'appalto »);

— le proposte di integrazione dei piani redatti dal committente, provenienti dalle imprese esecutrici ed accettate, non possono in alcun caso giustificare modifiche o adeguamenti dei prezzi pattuiti (ossia, per usare la terminologia dell'art. 31, gli oneri relativi alla sicurezza evidenziati nei bandi « non sono soggetti a ribasso d'asta ») (14).

Quest'ultima precisazione, inoltre, consente di cogliere un opportuno raccordo operato

note

(10) Peraltro, qualora i piani menzionati nell'art. 31, legge n. 109/94 siano redatti da soggetti diversi dai coordinatori *ex* D.Lgs. n. 494/96 non potrebbe darsi luogo ad alcuna sanzione a ciò ostando il principio di tassatività della legge penale.

(11) Così Trupiano A., 1999, p. 51, il quale evidenzia le difficoltà derivanti dalla laconicità della previsione normativa e Semeraro G., 1999, p. 26 al quale si riferiscono anche le considerazioni che seguono.

(12) L'Autore da ultimo citato menziona quale esempio il prezzo elementare dello scavo in trincea con armatura delle pareti.

(13) In questo caso, gli esempi sono la recinzione del cantiere, i dispositivi di protezione collettiva e individuale, i noli dei servizi igienici e dei presidi sanitari.

(14) La *ratio* di tale norma è di evitare offerte più basse da parte di imprese che non hanno tenuto conto degli oneri conseguenti all'osservanza delle norme di sicurezza, previdenza e assistenza (così Chindemi, 1997, p. 385).

Dal momento che la legge nulla prevede in merito alle modalità attraverso le quali impedire il ribasso d'asta si sottopone all'attenzione degli operatori il sistema che, a quanto consta, è stato seguito da talune concessionarie autostradali qualora adottino il sistema dell'offerta prezzi unitari ai sensi dell'art. 5, legge 2 febbraio 1973, n. 14. Tale sistema prevede che nelle offerte delle imprese partecipanti alla gara siano inserite, come di consueto, la lista delle categorie di lavoro e forniture (prima colonna); nella seconda colonna sono riportati l'unità di misura e il quantitativo previsto per ciascuna voce. Detta lista, fatta eccezione per le voci inerenti alla sicurezza nei cantieri che sono completate dalla stazione appaltante, deve essere completata con i prezzi unitari che l'impresa dichiara

La sicurezza sul lavoro
negli appalti pubblici
Andrea Ferruti

dall'art. 31 con il D.Lgs. n. 494/96. S'intende far riferimento alla disposizione del comma 2-bis, in base alla quale la facoltà di cui al citato art. 12, comma 5, D.Lgs. n. 494/96 viene ampliata nel senso di consentire alle imprese esecutrici (« prima dell'inizio dei lavori ovvero in corso d'opera ») di presentare al coordinatore per l'esecuzione dei lavori proposte di modifiche e integrazioni ai piani di sicurezza. Ciò al duplice fine di adeguarne i contenuti alle tecnologie proprie dell'impresa (15) e, locuzione di difficile collocazione sistematica, di garantire il rispetto delle norme antinfortunistiche eventualmente disattese nei piani stessi (16).

3.3. La vigilanza sull'osservanza dei piani di sicurezza e le sanzioni (civilistiche) per la loro inosservanza.

Per quanto attiene all'individuazione dei soggetti tenuti a vigilare sull'osservanza dei piani di sicurezza, l'ultimo periodo del comma 2 dispone che « Il direttore di cantiere » (dell'impresa appaltatrice) « e il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, vigilano sull'osservanza dei piani di sicurezza ».

La separazione di competenze così operata può far pensare, in primo luogo, che ognuno dei due soggetti vigili sul proprio piano (rispettivamente, quello trasmesso dall'appaltatore *ex* art. 18, comma 8, legge n. 55/90 o redatto e consegnato *ex* art. 31, comma 1-bis e quello redatto dal coordinatore per la progettazione) e, in secondo luogo, che l'attività dei due soggetti si svolga senza il necessario coordinamento, con vantaggi per la sicurezza delle maestranze tutti da dimostrare (17). Ora, se può condividersi l'opinione manifestata dai primi commentatori (Titomanlio, 1998, p. 124) dell'art. 31 in merito alla « necessità che gli obblighi in una materia così delicata non gravino solo su una delle parti, ma siano trattati e gestiti concretamente attraverso una collaborazione reciproca, con accorgimenti e adattamenti del cantiere da parte di entrambi i contraenti », non può parimenti negarsi che « complessivamente... il sistema sicurezza non brilli per chiarezza e coordinamento, sia per il numero degli strumenti/piani previsti sia per i soggetti addetti, ciascuno per le proprie competenze (committente, responsabile dei lavori, coordinatori, direttore del cantiere) » (Titomanlio, 1998, p. 124).

A differenza del decreto-cantieri, poi, non sono previste sanzioni penali per la mancata redazione o consegna ovvero per l'inosservanza dei piani di cui all'art. 31, comma 1-bis, ma solo sanzioni civilistiche della cui immediata applicabilità si ha motivo di dubitare.

Infatti, il secondo periodo del comma 2 dell'art. 31 prevede che « le gravi e ripetute violazioni dei piani da parte dell'appaltatore e del concessionario, previa formale costituzione in mora dell'interessato, costituiscono causa di risoluzione del contratto », solamente che l'individuazione di tali violazioni è rimessa al regolamento di cui al comma 1 (che, com'è noto, non è stato ancora emanato) (18). In questo modo sembra proporsi una questione

note

disposta ad offrire per ogni voce relativa alle categorie di lavoro (terza colonna) e (quarta colonna) con i prodotti dei quantitativi risultanti dalla seconda colonna per i prezzi indicati nella terza.

Il prezzo complessivo offerto rappresentato dalla somma di tali prodotti, compresi quelli relativi agli oneri per la sicurezza, non dovrà chiaramente superare l'importo posto a base di gara.

(15) Deve rammentarsi che i piani di sicurezza posti a base di gara dal committente sono "neutri" (o, se si preferisce, generici) dal momento che non si conosce quale sia l'impresa aggiudicataria. Anzi, vi è di più, con l'art. 31, comma 2-bis dovrebbe escludersi la possibilità di influenzare in qualche modo le procedure di scelta del contraente adottando un piano di sicurezza che si attagli alle tecnologie proprie di un'impresa piuttosto che di un'altra.

Anticipando in parte talune conclusioni, si ritiene che il comma 2-bis dell'art. 31, legge n. 109/94 sia l'unica disposizione direttamente applicabile a partire dal 19 dicembre 1998.

(16) Con questa singolare precisazione normativa, tuttavia, la deresponsabilizzazione delle imprese appaltatrici paventata da Soprani P., 1999, p. IX a proposito del d.lgs. n. 494/96, in realtà, sembra trasmettersi anche al coordinatore per la progettazione. Quest'ultimo, infatti, potrebbe adempiere non adeguatamente all'incarico ricevuto dal committente/responsabile dei lavori, confidando sulla facoltà dell'appaltatore di proporre nel piano di sicurezza l'inclusione di quelle norme antinfortunistiche disattese dal coordinatore e al cui rispetto, siano o no previste nel piano, l'esecutore è comunque tenuto. Di avviso contrario, Bella M., 1999, p. 961.

(17) Con la separazione delle competenze affermata dall'art. 31, il coordinamento delle varie fasi lavorative cui è improntato il d.lgs. n. 494/96 appare di più difficile raggiungimento.

Questa impostazione, inoltre, potrebbe suscitare qualche perplessità per un travisamento della direttiva europea (e correlativamente del d.lgs. n. 494/96) che attribuisce al committente un nuovo approccio alla sicurezza nel contratto d'appalto improntato a un superamento, sia pure ai soli fini della sicurezza sul lavoro, della rigida ripartizione di compiti fra appaltante e appaltatore.

(18) Nel senso della non immediata applicazione della disposizione di cui trattasi cfr. Titomanlio L., 1998, p. 124

analoga già evidenziata a proposito dell'art. 5, comma 1, lettera e), D.Lgs. n. 494/96 che impone al coordinatore dei lavori, in caso di gravi inosservanze dei piani da parte delle imprese appaltatrici, di proporre al committente la sospensione dei lavori, l'allontanamento dal cantiere o la risoluzione del contratto. Anche questa disposizione, infatti, rimanda per la sua piena operatività ad una successiva decretazione che non è intervenuta.

Lo stesso può dirsi, *mutatis mutandis*, per le sanzioni della nullità e dell'annullabilità dei contratti di appalto o di concessione comminate per la violazione delle disposizioni di cui trattasi. Secondo l'art. 31, comma 3, infatti, questi contratti incorrono rispettivamente in tali sanzioni qualora:

a) dopo l'entrata in vigore del regolamento di cui al comma 1, siano privi dei piani di sicurezza di cui al comma 1-bis;

b) dopo sessanta giorni dall'entrata in vigore del medesimo regolamento, non siano integrati con il piano operativo di sicurezza di cui alla lettera c) del citato comma 1-bis.

Appare, pertanto, evidente che l'entrata in vigore del regolamento più volte menzionato costituisca un *prius* temporale e giuridico in mancanza del quale non possa parlarsi di nullità (lettera a) o di annullabilità (lettera b) di tali contratti (19).

4. La mancata regolamentazione della sicurezza nei subappalti.

Ad avviso di chi scrive con il nuovo testo dell'art. 31, legge n. 109/94, inoltre, non si è sfruttata appieno l'occasione per far chiarezza sulla sicurezza nei contratti di subappalto. Com'è noto, la normativa sul subappalto nei lavori pubblici è particolarmente dettagliata (si veda, per tutti, Zgagliardich G., 1997, e ivi copiosi riferimenti a dottrina e giurisprudenza, nonché con specifico riferimento alle modifiche dell'art. 18 recate dalla Merloni-ter, Titomanlio L., 1998, p. 124, Costantini A., 1999, pp. 135-136, nonché Caringella F. (1999), p. 121) ed è assistita anche da sanzioni penali (20); anche se non è questo il punto.

Una volta ritenuto non più applicabile l'art. 18, comma 8, legge n. 55/90 (che, peraltro, non è mai stato abrogato espressamente (21)) che ne è della sicurezza delle maestranze delle imprese subappaltatrici, posto che l'art. 31 della legge n. 109/94 non menziona le imprese subappaltatrici? Queste sono tenute a redigere i piani di sicurezza e ad osservarli? In caso di risposta affermativa chi provvede al coordinamento fra le imprese subappaltatrici operanti nel cantiere?

Una risposta semplicistica potrebbe consistere in ciò. I subappaltatori continuano a rispettare la normativa antinfortunistica dettata dai decreti presidenziali della seconda metà degli anni Cinquanta e dal decreto legislativo n. 626/94; pertanto i datori di lavoro sono tenuti a

note

e Bella M., 1999, p. 965, nonché Trupiano A., 1999, p. 51. Spunti in tal senso sono ricavabili anche dalla Circolare del Ministero dei lavori pubblici 22 dicembre 1998, n. 2100/UL, *Problematiche connesse all'entrata in vigore della legge 18 novembre 1998, n. 415*, secondo cui « La necessità del completamento normativo demandato dalla legge alla successiva emanazione del Regolamento conferma la perdurante situazione, già evidenziata ed affrontata all'epoca della circolare n. 4488/UL del 7 ottobre 1996 » (pubblicata nel S.O. n. 179 alla G.U. n. 251 del 25 ottobre 1996, nota anche come "Circolare Di Pietro") « di non immediata applicabilità di tutte le disposizioni di legge che facciano riferimento alla futura adozione di fonti regolamentari ».

(19) Conserva, pertanto, validità quanto espresso a proposito del testo originario dell'art. 31 da Arcangeli S., 1994, p. 621 il quale propende nettamente per la mancata operatività delle norme in attesa dell'emanazione del regolamento nonché, sia pure in termini dubitativi, da Biagini L., 1994, p. 101.

Sulle conseguenze derivanti dall'invalidità di tali contratti, si rinvia a Bella M., 1999, p. 964.

(20) Il riferimento è, fra l'altro, all'art. 21, della legge 13 settembre 1982, n. 646.

(21) A proposito dell'art. 18, comma 8, deve segnalarsi la recente estensione di tale disciplina anche alle forniture. Per quelle pari o sopra soglia comunitaria, infatti, l'attuale art. 16, comma 3, D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358, *Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE*, dispone che « La disciplina del subappalto contenuta nell'art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55, si applica anche al settore delle pubbliche forniture » ivi compreso, dunque, il comma 8.

Sempre con specifico riferimento alla categoria dei contratti derivati, si segnala l'assimilazione ai subappalti di « qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente superiori al 2 per cento dell'importo dei lavori affidati o di importo superiore a 100.000 ECU e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare ». La nuova formulazione dell'art. 18, comma 12, applicabile secondo la circolare del Ministero dei lavori pubblici n. 2100/1998 del 22 dicembre 1998 agli affidamenti i cui bandi sono pubblicati all'indomani dell'entrata in vigore della nuova legge, comporterà anche per questi contratti l'applicazione dell'art. 18, comma 8, legge n. 55/90.

**La sicurezza sul lavoro
negli appalti pubblici**
Andrea Ferruti

procedere alla valutazione del rischio e alla predisposizione del relativo documento *ex art.* 4, D.Lgs. n. 626/94.

Il profilo che rimane tuttavia carente è il coordinamento fra impresa appaltatrice principale e singoli subappaltatori, che vedeva la prima incaricata di tali compiti. In altri termini, nei cantieri ai quali non si applica l'art. 18, comma 8, legge n. 55/90 e che sono soggetti, peraltro, al d.lgs. n. 494/96 è lecito chiedersi chi debba promuovere la cooperazione e il coordinamento delle fasi lavorative. Il quesito non è di semplice soluzione, anche se taluni spunti possono cogliersi rivolgendo l'attenzione all'art. 9, comma 2, D.Lgs. n. 494/96 secondo cui « la redazione ovvero l'accettazione e la gestione da parte dei singoli datori di lavoro dei piani di sicurezza e coordinamento secondo quanto definito all'art. 12, costituisce adempimento delle norme previste dall'art. 4, commi 1, 2 e 7, e dall'articolo 7, commi 1, lettera b), e 2 del decreto legislativo n. 626/94 ».

Mentre non riveste alcuna utilità il riferimento alla redazione del piano, al quale l'impresa subappaltatrice sarebbe comunque tenuta in virtù del d.lgs. n. 626/94, potrebbe sostenersi che le singole tipologie di piano (*ex* D.Lgs. n. 494/96 e, forse, *ex art.* 31, legge n. 109/94) accettate e gestite dalle imprese subappaltatrici in virtù comunque di una espressa previsione contrattuale con l'appaltatore (che, a sua volta, diviene subcommittente), costituiscono adempimento delle norme di cui all'art. 7, d.lgs. n. 626/94 che, per tale via, troverebbe applicazione (22).

5. Considerazioni finali.

A questo punto le conclusioni possono fondatamente orientarsi nel senso di ritenere ancora applicabile l'art. 18, comma 8, legge n. 55/90, con la conseguenza che il regime della sicurezza sul lavoro negli appalti pubblici deve essere desunto (fintantoché non interverrà il regolamento preannunciato nel comma 1 dell'art. 31 e fatta eccezione per l'obbligo delle stazioni appaltanti di indicare nei bandi di gara gli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso d'asta e per la facoltà delle imprese esecutrici di presentare al coordinatore per l'esecuzione dei lavori le proposte di modifica dei piani trasmessi) dal confronto fra art. 18 e decreto-cantieri, secondo i chiarimenti intervenuti con la circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale n. 30/98.

Una volta intervenuto il regolamento di cui all'art. 31, comma 1, legge n. 109/94, inoltre, potrà affermarsi che il vero e proprio rovesciamento d'impostazione (23) desumibile dal D.Lgs. n. 494/96, con eliminazione del diaframma sinora interposto tra committente ed esecutori in nome della reciproca autonomia imprenditoriale, segni il passo o, se si preferisce, si assista ad un tradimento dello spirito del decreto-cantieri (Soprani C., 1999, p. IX).

L'attenzione del legislatore si è infatti diretta più sugli obblighi dell'esecutore che su quelli della stazione appaltante, in modo da spostare nuovamente il baricentro degli adempimenti e degli obblighi prevenzionali, come avveniva prima dell'emanazione del D.Lgs. n. 494/96, tendenzialmente sulle imprese (Soprani C., 1999).

Giova peraltro ricordare che, solo in virtù di un approccio al decreto-cantieri che trascurasse la restante normativa antinfortunistica, poteva ingenerarsi un pericoloso effetto di deresponsabilizzazione delle imprese. Al di là degli obblighi che continuavano (e continuano) a far capo all'esecutore dell'opera pubblica (24), è sufficiente rivolgere l'attenzione alle

note

(22) L'ipotesi sopra delineata mi è stata gentilmente suggerita dall'Avv. Rossana Saraceni del Foro di Roma, che ringrazio vivamente.

(23) L'efficace espressione può leggersi in Lorusso, 1997, p. 681. Questo rovesciamento d'impostazione era stato anticipato dall'art. 7, d.lgs. n. 626/1994 e, precisato, dall'intero d.lgs. n. 494/96 che persegue il duplice intento di: — anticipare alla fase di progettazione dell'opera il momento delle scelte della sicurezza; — coordinare le varie fasi lavorative che si svolgono in sovrapposizione fra di loro e pianificare l'intero processo produttivo del cantiere.

Il raggiungimento di questi obiettivi vede come principale protagonista il committente e non più e non solo, come era stato fino all'inizio degli anni Novanta, l'esecutore.

(24) Il datore di lavoro dell'impresa appaltatrice rimane infatti obbligato sia al rispetto delle numerose previsioni dei decreti legislativi n. 626/94 e n. 494/96 sia, più in generale, all'osservanza della normativa della metà degli anni Cinquanta (primo fra tutti il decreto del Presidente della Repubblica 7 gennaio 1956, n. 164 che detta le norme in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro nelle costruzioni).

Come osservato nel precedente contributo del sottoscritto, citato nella nota 16, p. 104, « ove si rivolge l'attenzione

previsioni dell'art. 12, comma 3, D.Lgs. n. 494/96 (25) — per comprendere come il paventato effetto di deresponsabilizzazione assumesse un livello solo potenziale.

**La sicurezza sul lavoro
negli appalti pubblici**
Andrea Ferruti

Bibliografia

- Arcangeli S.** (1994), *Commento all'art. 31*, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di Carullo e Clarizia, Milano.
- Areddu A., Ferruti A.** (1998), *La sicurezza sul lavoro negli appalti pubblici e privati*, Roma.
- Bella M.** (1999), *Commento all'art. 31*, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici. Commentario*, Caringella F. (a cura di), Milano.
- Biagini L.** (1994), *Commento all'art. 31, La legge quadro in materia di lavori pubblici*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, Suppl. al n. 2/1994.
- Caringella F.** (1999), *La nuova disciplina del subappalto dopo la "Merloni-ter"*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2/99.
- Chindemi** (1997), *I piani di sicurezza nei cantieri di lavoro*, in *Appalto pubblico e privato. Problemi e giurisprudenza attuali*, Padova, p. 385.
- Costantini A.** (1999), *L'esecuzione del contratto e la risoluzione delle controversie*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/99.
- Ferruti A.** (1999), *La sicurezza sul lavoro negli appalti pubblici*, in *Ambiente e sicurezza sul lavoro*, n. 3-99, p. 9.
- Ferruti A.** (1998), *Luci e ombre del d.lgs. 494/96 in vista della prossima riforma*, in *Ambiente e sicurezza sul lavoro*, n. 11-98, p. 9.
- Guariniello R.** (1994), *Sicurezza del lavoro e Corte di cassazione*, Milano, p. 9 e ss.
- Guccione C.** (1999), *L'ambito di applicazione della legge*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/1999, pp. 115-119.
- Lepore M.** (1999), *Prevenzione infortuni ed igiene del lavoro*, Roma, p. 1606.
- Lorusso** (1997), *Sui rapporti fra committente e appaltatore in tema di sicurezza del lavoro*, in *MGL*, p. 676.
- Semeraro G.** (1999), *Importanza della stima dei costi per la sicurezza*, in *Ambiente e sicurezza del lavoro*, n. 1/99.
- Titomanlio L.** (1998), *Osservatorio: costituite le sezioni regionali*, in *Guida al Diritto*, n. 49, p. 124.
- Trupiano A.** (1999), *Guida-orologio per l'entrata in vigore delle nuove regole sui piani di sicurezza*, in *Edilizia e Territorio*, n. 8/99, p. 50.
- Vitale R.** (1999), *La Merloni ter e la sicurezza nel cantiere*, in *Ambiente e sicurezza sul lavoro*, n. 1-99, p. 24.
- Zgagliardich G.** (1997), *Subappalto e leggi antimafia nei lavori pubblici*, Milano.

agli adempimenti indicati nelle lettere a), b), c) ed e) dell'art. 8, d.lgs. n. 494/96 » — che disciplinano l'organizzazione del cantiere — « emerge con chiarezza che il progetto di cantiere deve essere eseguito dal datore di lavoro esecutore dell'opera ».

(25) In base alle quali i datori di lavoro delle imprese appaltatrici sono tenuti ad attuare le previsioni dei piani la cui inosservanza è, a differenza dell'art. 18, comma 8, legge n. 55/90, penalmente sanzionata con l'arresto da 3 a 6 mesi o con l'ammenda da 3 a 8 milioni di lire.

note

Rilevanza dell'assenza di colpa del datore di lavoro in ipotesi di risarcimento del danno conseguente a licenziamento illegittimo

Matteo Golferini

Sommario

A. I casi. Corte Costituzionale 23 dicembre 1998, n. 420 e Corte di Cassazione 21 settembre 1998, n. 9464. **B.** Il commento. Rilevanza dell'assenza di colpa del datore di lavoro in ipotesi di risarcimento del danno conseguente a licenziamento illegittimo.

A. I casi. Corte Costituzionale 23 dicembre 1998, n. 420 e Corte di Cassazione 21 settembre 1998, n. 9464.

Corte Costituzionale - 23 dicembre 1998, n. 420 - Pres. Granata - Rel. Santosuoso.

Licenziamento - Licenziamento individuale - Inidoneità psicofisica sopravvenuta del lavoratore - Accertamento medico ex art. 5 legge 20 maggio 1970 n. 300 - Accertamento medico d'ufficio della insussistenza della inidoneità - Illegittimità del licenziamento - Art. 18, legge 20 maggio 1970, n. 300 - Responsabilità risarcitoria del datore di lavoro nella misura minima di cinque mensilità - Questione di legittimità costituzionale - Infondatezza.

È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, nella parte in cui impone la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno, nella misura minima di cinque mensilità, anche in assenza di sua colpa.

Corte di Cassazione - Sezione lavoro - 21 settembre 1998, n. 9464 - Pres. Panzarani - Est. Dell'Anno - P.M. Nardi (concl. conf.) - Giambalvo c. s.p.a. Ri.Tra.Ma.

Licenziamento - Licenziamento individuale - Illegittimità - Risarcimento del danno ex art. 18, legge 20 maggio 1970, n. 300 - Responsabilità oggettiva del datore di lavoro - Irrilevanza degli elementi soggettivi - Configurabilità solo per il minimo delle cinque mensilità - Presunzione *iuris et de iure* - Penale fondata sul rischio d'impresa - Danno commisurato alle retribuzioni dal licenziamento - Responsabilità risarcitoria del datore di lavoro - Presunzione *iuris tantum* - Art. 1218 c.c. - Applicabilità - Inadempimento derivante da causa non imputabile - Esclusione del risarcimento eccedente il minimo garantito - Fattispecie relativa a licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore accertata da certificazioni di strutture sanitarie pubbliche.

La dichiarazione di invalidità del licenziamento a norma dell'art. 18, l. 300/1970 non comporta automaticamente la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno nella misura stabilita dal quarto comma, con esclusione di ogni rilevanza dei profili di dolo o della colpa nel comportamento del recedente, cioè per una forma di responsabilità oggettiva. L'irrelevanza degli elementi soggettivi è configurabile, per effetto della rigidità al riguardo della formulazione normativa, limitatamente alla misura minima delle cinque mensilità, la quale è assimilabile ad una sorta di penale avente la sua radice nel rischio di impresa e può assumere la funzione di un assegno di tipo, in senso lato, assistenziale nel caso di assenza di

Rilevanza dell'assenza di colpa del datore di lavoro

Matteo Golferini

una responsabilità di tipo soggettivo in capo al datore di lavoro. In termini generali invece la disposizione in esame - commisurando l'indennità risarcitoria alla retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento - contiene solo una presunzione legale iuris tantum circa l'entità del danno subito dal lavoratore, mentre la questione relativa alla sussistenza della responsabilità risarcitoria deve ritenersi regolata dalle norme del codice civile in tema di risarcimento del danno conseguente ad inadempimento delle obbligazioni, non introducendo l'art. 18 dello statuto dei lavoratori elementi distintivi. Ne consegue l'applicabilità dell'art. 1218 c.c., secondo cui il debitore non è tenuto al risarcimento del danno nel caso in cui fornisca la prova che l'inadempimento consegue ad impossibilità della prestazione a lui non imputabile (Nella specie il lavoratore era stato licenziato per incapacità fisica all'esercizio delle mansioni e il giudice di merito, rilevata, in base agli accertamenti espletati, la non sussistenza di tale incapacità, pur dichiarando l'illegittimità del licenziamento, aveva rigettato la domanda di risarcimento del danno, osservando che il datore di lavoro era stato determinato al licenziamento da plurime certificazioni mediche provenienti da servizi specialistici di strutture pubbliche che lo avevano indotto in un errore inevitabile; la S.C. ha annullato la sentenza impugnata solo per l'esclusione anche del risarcimento nella misura minima, in base al riportato principio e al rilievo che era configurabile un'impossibilità della prestazione non imputabile al datore di lavoro, essendo stata accertata la sua assenza di colpa e la riferibilità invece di tale impossibilità a una causa a lui estranea che ne aveva necessitato il comportamento, in aderenza alle previsioni normative).

B. Il commento. Rilevanza dell'assenza di colpa del datore di lavoro in ipotesi di risarcimento del danno conseguente a licenziamento illegittimo.

Le vicende sottoposte all'esame della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione traggono origine dalla dichiarazione giudiziale di illegittimità di due licenziamenti per giustificato motivo oggettivo motivati in relazione ad una presunta sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni rivelatasi insussistente nel corso del giudizio di merito.

In particolare, i recessi dal rapporto di lavoro erano stati adottati dalle società dopo un accertamento medico nei confronti dei dipendenti compiuto presso una struttura sanitaria pubblica, ai sensi dell'art. 5 dello Statuto dei lavoratori, che refertava l'inidoneità fisica sopravvenuta alle mansioni alle quali essi erano addetti.

Tuttavia, a seguito dell'impugnazione dei licenziamenti, nel corso dei giudizi di primo grado le consulenze tecniche disposte d'ufficio avevano smentito i pareri espressi dall'ente pubblico. Conseguentemente, in entrambe i casi, i lavoratori avevano ottenuto dal giudice del merito la dichiarazione di illegittimità dei licenziamenti loro comminati che comportava la condanna del datore di lavoro alla loro reintegrazione nel posto di lavoro oltre al risarcimento del danno ex art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300.

Come è noto, tale disposizione, così come novellata dalla Legge n. 108/1990, prevede al comma 4 che, con la sentenza con la quale sia dichiarata la inefficacia, annullabilità o illegittimità del licenziamento, il giudice debba condannare il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore a seguito del licenziamento illegittimo nella misura della retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della effettiva reintegrazione e — in ogni caso — in misura non inferiore a cinque mensilità.

Con la prima pronuncia in epigrafe la Corte Costituzionale è stata chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale della disposizione appena ricordata, sollevata dal Pretore di Modica in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, laddove riconosce automaticamente al lavoratore la misura minima risarcitoria di cinque mensilità.

Ad avviso del Pretore, infatti, in ipotesi di licenziamento a seguito di verifica di inidoneità al lavoro, l'avvenuto espletamento della procedura di cui all'art. 5 dello Statuto porta ad una pronuncia di carattere strettamente tecnico alla quale il datore di lavoro deve attenersi, con la conseguenza che nessuna responsabilità può essergli addossata nell'ipotesi che successivamente sia provata l'erroneità dell'accertamento tecnico precedentemente svolto.

Nella fattispecie, quindi, dovrebbero trovare applicazione i principi di cui agli artt. 1256 e 1463 c.c. secondo i quali in caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore l'obbligazione si estingue ed è escluso il risarcimento del danno. Alla luce di tale ragionamento, conseguentemente, secondo il Pretore la norma impugnata sarebbe in contrasto con l'art. 3 della Costituzione poiché, addossando la responsabilità risarcitoria in capo ad un soggetto al quale non è addebitabile l'evento da cui quest'ultima

trae origine, violerebbe ogni principio di ragionevolezza ed uguaglianza, in forza di una sorta di responsabilità oggettiva incompatibile con il nostro ordinamento.

Inoltre, sempre ad avviso del Pretore, l'art. 18 sarebbe in contrasto con l'art. 24 della Costituzione poiché impedirebbe al datore di lavoro incolpevole di far valere in giudizio l'insussistenza di un obbligo risarcitorio posto a suo carico.

La Consulta ha ritenuto infondata la questione sulla base di una serie di considerazioni — per la verità — piuttosto scarse ed affrettate.

Innanzitutto, richiamando un proprio precedente specifico (Corte Cost., 3 luglio 1975, n. 178, in *MGL*, 1975, p. 298) la Corte osserva che la predeterminazione del *minimum* di cinque mensilità previsto dall'art. 18, comma 4, costituisce « *legittimo esercizio di discrezionalità politica da parte del legislatore* ».

In secondo luogo la Consulta, richiamando un ormai costante orientamento giurisprudenziale (tra cui anche Cass. 21.9.1998, n. 9464 in commento qui di seguito), osserva pure che il *minimum* sopradetto costituisce di fatto una sorta di penale avente radice nel rischio d'impresa, diretta a tutelare il lavoratore quale parte debole del rapporto a fronte della facoltà del datore di lavoro di esercitare il recesso.

Inoltre la Corte, sempre nell'intento di ricollegare la giustificazione del risarcimento minimo in ogni caso dovuto al lavoratore al concetto di rischio d'impresa, ha pure osservato che il datore di lavoro, nel momento in cui opta per il licenziamento a seguito dell'accertamento medico di inidoneità alle mansioni, agisce a suo rischio in quanto esso non è incontrovertibile (sul tema, anche se con riferimento a fattispecie relativa all'accertamento del Collegio medico a seguito di avviamento obbligatorio di invalido, si veda in giurisprudenza Cass. 2.7.1988, n. 4392, in *MGC*, 1988, fasc. 7).

Può infatti succedere — e chi è pratico delle aule di giustizia ne è a perfetta conoscenza — che nel corso del giudizio di merito un precedente accertamento medico, pur se proveniente da una struttura pubblica, possa essere completamente capovolto da una perizia d'ufficio.

Infine, anche se solo incidentalmente, la Consulta osserva che la natura di presunzione *iuris et de iure* può essere ricollegata esclusivamente al *minimum* risarcitorio previsto dall'art. 18 e non al risarcimento del danno eccedente le cinque mensilità al quale devono essere applicate le ordinarie regole in tema del risarcimento del danno.

Nel caso sottoposto al vaglio della Corte di Cassazione, del tutto analogo per quanto riguarda i presupposti di fatto a quello che ha dato origine alla decisione della Corte Costituzionale, il ricorrente aveva impugnato la sentenza con la quale il Tribunale di Monza, pur avendo dichiarato l'illegittimità del licenziamento comunicatogli, aveva negato il suo diritto al risarcimento del danno secondo quanto disposto dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, sulla considerazione dell'assenza di colpevolezza del datore di lavoro, atteso che quest'ultimo si era determinato al licenziamento sulla base di certificazioni mediche specialistiche provenienti da strutture pubbliche.

Avverso tale decisione il lavoratore aveva proposto ricorso per Cassazione affidato a due motivi.

Con il primo motivo il ricorrente lamentava la violazione e falsa applicazione dell'art. 18 della legge 300/1970 poiché il Tribunale, disconoscendo il suo diritto alle retribuzioni maturate dal licenziamento alla reintegrazione nel posto di lavoro, aveva disatteso la norma di legge sull'erroneo presupposto che l'obbligo previsto da quest'ultima dovesse considerarsi di natura risarcitoria anziché retributiva e, conseguentemente, autonomo da qualsivoglia considerazione in ordine alla colpevolezza del datore di lavoro.

Con il secondo motivo il ricorrente prospettava il vizio di contraddittorietà della motivazione laddove il Tribunale aveva dichiarato la illegittimità del licenziamento e, contemporaneamente, la legittimità del motivo sotteso allo stesso, pure se, nel corso del giudizio di primo grado, era stata accertata l'erroneità dei giudizi emessi dai sanitari delle strutture pubbliche in relazione alla presunta sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore.

Deduceva il ricorrente, infatti, che questi ultimi dovevano essere qualificati come ausiliari dell'imprenditore del cui operato, ai sensi dell'art. 1228 c.c., doveva comunque rispondere il datore di lavoro.

Alla luce di tali censure, secondo il ricorrente, il Tribunale, una volta accertata la illegittimità del licenziamento, non avrebbe dovuto esaminare alcun aspetto in ordine alla colpevolezza del datore di lavoro e avrebbe dovuto condannare quest'ultimo non solo alla sua reintegrazione nel posto di lavoro ma anche al risarcimento del danno *ex art. 18*.

Nella motivazione la Cassazione accoglie il primo motivo di ricorso limitatamente alla parte

**Rilevanza dell'assenza
di colpa del datore di
lavoro**
Matteo Golferini

Rilevanza dell'assenza di colpa del datore di lavoro

Matteo Golferini

della sentenza del Tribunale che ha escluso il diritto del lavoratore alle cinque mensilità comunque dovute ai sensi dell'art. 18, comma 4, dello Statuto dei lavoratori.

La sentenza rigetta invece il secondo motivo di ricorso sulla considerazione che il Tribunale ha escluso il diritto al risarcimento del danno da licenziamento illegittimo a causa dell'assenza della necessaria correlazione che deve sempre sussistere tra la condanna al risarcimento del danno ed il comportamento colposo dell'autore.

Nella fattispecie, infatti, il comportamento del datore di lavoro era stato indotto dagli esiti delle visite mediche presso strutture pubbliche alle quali era stato sottoposto il dipendente. Né, secondo la Suprema Corte, è applicabile alla fattispecie il disposto dell'art. 1228 c.c. poiché alla struttura sanitaria pubblica alla quale l'imprenditore è obbligato a rivolgersi ai sensi dell'art. 5 dello Statuto che — "per definizione" — deve essere in una posizione di terzietà, non può essere attribuita la qualifica di ausiliario del datore di lavoro (sulla nozione di ausiliario *ex art. 1228* si veda in dottrina Bianca, 1979, p. 450 e ss.).

La parte più interessante della motivazione della sentenza qui commentata riguarda le argomentazioni che la Corte sviluppa in relazione al primo motivo di ricorso.

Sotto questo profilo, in particolare, la Suprema Corte si chiede se nei casi in cui sia dichiarata la illegittimità di un licenziamento e non sia contestabile l'assenza di colpa del datore di lavoro nella intimazione del suddetto provvedimento, sia possibile — o forse sarebbe meglio dire equo — addossare all'imprenditore oltre che l'obbligo di reintegrare il dipendente nel posto di lavoro anche quello di corrispondergli un risarcimento del danno quantificato nelle retribuzioni da questi non godute dal licenziamento alla reintegrazione. Il Collegio, infatti, attentamente osserva che una risposta affermativa si risolverebbe nella affermazione di un principio di responsabilità oggettiva in capo al datore di lavoro.

Per risolvere il quesito la Corte ripercorre l'iter evolutivo della normativa in oggetto, novellata dalla legge n. 108/1990, osservando che mentre il testo previgente distingueva tra il periodo dal licenziamento alla sentenza contenente l'ordine di reintegrazione ed il periodo successivo sino all'esecuzione dell'ordine del giudice, qualificando in relazione al primo il diritto del lavoratore come risarcimento del danno ed in relazione al secondo come diritto alle retribuzioni, il nuovo testo ha cancellato tale distinzione, fermo restando il diritto del lavoratore ad un risarcimento nella misura minima di cinque mensilità (sul tema in dottrina si vedano: Miscione, 1997, p. 253 e ss.; Tatarelli, 1997, p. 44; Amoroso, Di Cerbo, 1997, p. 513; Sandulli, Vallebona, Pisani, 1990, p. 39 e ss.).

Dal tenore letterale della disposizione la Cassazione trae innanzitutto la conseguenza che nessun dubbio può sussistere sul diritto del lavoratore a vedersi riconoscere il *minimum* di cinque mensilità a prescindere dalla sussistenza del relativo danno o dalla colpevolezza del datore di lavoro.

Tale misura minima di risarcimento, infatti, secondo il Collegio, deve essere qualificata come una penale avente radice nel rischio d'impresa.

A parere della Corte, invece, un discorso diverso deve essere fatto per il risarcimento del danno eccedente il minimo garantito: ad esso sono applicabili le ordinarie regole del codice civile in tema di risarcimento del danno a seguito di inadempimento delle obbligazioni.

Secondo la Corte, perciò, sotto questo secondo profilo, alla fattispecie esaminata, giuridicamente inquadrabile nell'ambito degli artt. 1256 e 1463 c.c., è applicabile il disposto dell'art. 1218 c.c., a norma del quale il debitore non è tenuto a risarcire il danno se prova che l'inadempimento è stato determinato dalla impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Anche nel caso sottoposto all'attenzione della Cassazione, così come in quello dal quale ha avuto origine la decisione della Corte Costituzionale in epigrafe, infatti, la determinazione del datore di lavoro a procedere al licenziamento aveva trovato origine negli accertamenti medici svolti presso strutture pubbliche ed era esente da qualsivoglia profilo di colpevolezza. Da tali considerazioni, secondo la Cassazione, deriva quindi che al ricorrente è dovuto il risarcimento del danno limitatamente alla misura minima delle cinque mensilità.

Entrambe le questioni oggetto delle decisioni in epigrafe ruotano attorno alla qualificazione giuridica di presunzione assoluta (c.d. *iuris et de iure*) o di presunzione relativa (c.d. *iuris tantum*) del *minimum* risarcitorio di cinque mensilità previsto dall'art. 18, comma 4, dello Statuto dei lavoratori.

Inoltre esse, ma è soprattutto la decisione della Suprema Corte a dedicarvi maggiore attenzione, affrontano la problematica dell'applicazione al risarcimento del danno ulteriore rispetto al minimo comunque garantito delle regole codicistiche sul risarcimento del danno da inadempimento delle obbligazioni.

Sotto il primo profilo, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che il *minimum* previsto dall'art. 18 costituisca una presunzione *iuris et de iure* (in dottrina si veda: Mazziotti, 1991, p. 126; Ferraro, 1990, p. 54; Tatarelli, 1997, p. 43 e ss.; Miscione, 1997, p. 255; Sandulli, Vallebona, Pisani, 1990, p. 42; in giurisprudenza si vedano: Corte Cost. 3.7.1975, n. 178, in *MGL*, 1975, p. 298; Cass. 1.12.1997, n. 12163; Cass. 28.4.1995, n. 4743, in *MGL*, 1995, p. 442; Cass. S.U. 24.4.1990, n. 3455, in *FI*, 1990, I, p. 1493; Cass. S.U. 29.4.1985, n. 2762, in *MGL*, 1985, p. 181).

Da tale unanime interpretazione conseguono alcune importanti conseguenze sia sotto il profilo sostanziale che sotto il profilo processuale:

- a) la irrilevanza degli stati soggettivi (dolo o colpa) del datore di lavoro o dell'assenza di entrambi;
- b) il fatto che il lavoratore non abbia l'onere né di includere la domanda del *minimum* risarcitorio nel *petitum* né di provare *ex art. 2697 c.c.* ed *ex art. 1223 c.c.* il danno subito;
- c) il fatto che il datore di lavoro non possa limitare l'ammontare del risarcimento comunque dovuto eccedendo l'eventuale guadagno ottenuto dal lavoratore attraverso un'altra occupazione (c.d. *aliunde perceptum*) e neppure eccedendo l'inerzia del lavoratore nel reperire un'altra occupazione (c.d. *aliunde percipiendum*);
- d) l'inapplicabilità alla fattispecie dell'art. 1227 c.c. sul concorso del fatto colposo del danneggiato, ad esempio nel caso in cui il lavoratore proponga domanda giudiziale dopo un considerevole lasso di tempo (in proposito in giurisprudenza si veda Trib. Roma 4.4.1995, in *MGL*, 1995, p. 220);
- e) infine l'irrilevanza dell'eventuale revoca del licenziamento comunicata dal datore di lavoro al dipendente licenziato (sul tema si vedano in giurisprudenza: Cass. 21.12.1995, n. 13074; Cass. 12.10.1993, n. 10085, in *MGL*, 1993, p. 667).

Peraltro, sotto quest'ultimo aspetto, va osservato che la giurisprudenza, nel caso di revoca del licenziamento con effetto *ex tunc* senza interruzione del rapporto di lavoro, ha ritenuto che quest'ultima faccia venir meno il diritto del lavoratore alle cinque mensilità quale componente risarcitoria minima (Cass. 19.6.1993, n. 6837, in *MGL*, 1993, p. 461; Cass. 25.5.1991, n. 5969, in *MGL*, 1991, p. 422; Pretura Milano, 15.10.1996, in *OGI*, 1996, p. 902). In conclusione, a parte l'eccezione appena ricordata, secondo i principi accolti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, si può affermare che il *minimum* di cinque mensilità costituisca una vera e propria presunzione assoluta.

Le decisioni qui commentate aderiscono, sotto questo profilo, all'orientamento appena ricordato differenziandosene esclusivamente in relazione al riferimento al c.d. rischio d'impresa.

Secondo la giurisprudenza sino ad ora nota, infatti, la giustificazione della misura minima di risarcimento del danno in ogni caso dovuta trovava radice in una finalità sanzionatoria ed afflittiva nei confronti del datore di lavoro che aveva illegittimamente posto in essere il licenziamento, anche con riferimento a danni di contenuto non patrimoniale, quali il danno all'immagine ed alla vita di relazione (in giurisprudenza si veda in proposito: Cass. 28.4.1995, n. 4734, in *MGL*, 1995, p. 422; Cass. S.U. 23.4.1987, n. 3957, in *MGL*, 1987, p. 214).

Entrambe le decisioni, comunque, fanno esplicito riferimento alla natura di penale e di presunzione assoluta del *minimum* garantito ribadita dall'unanime orientamento della giurisprudenza precedente e, sostanzialmente, considerano tale presunzione una fattispecie di responsabilità oggettiva.

Tuttavia, la novità delle decisioni qui commentate risiede nelle argomentazioni svolte in relazione al secondo aspetto sopra ricordato: l'applicazione al risarcimento del danno ulteriore alle cinque mensilità delle regole di cui agli artt. 1218 e ss. del codice civile.

Sul tema in dottrina sono state avanzate due tesi opposte.

Da un lato vi è chi ritiene - a mio parere ragionevolmente - che esso costituisca una presunzione semplice e sostiene la legittimità dell'applicazione all'ipotesi delle sopradette regole codicistiche, ritenendo conseguentemente possibile la detrazione di quanto il lavoratore abbia percepito attraverso un'altra occupazione (c.d. *aliunde perceptum*) ma non di quanto egli avrebbe potuto conseguire se avesse diligentemente cercato un'altra occupazione (c.d. *aliunde percipiendum*) in considerazione del fatto che, poiché il lavoratore ha diritto alla reintegrazione, non gli si può imputare di non essersi adoperato per trovare un altro posto di lavoro equivalente (sul tema in dottrina si vedano: D'Antona, 1990, p. 361; Papaleoni, 1991, p. 58; Mazziotti, 1991, p. 127).

Rilevanza dell'assenza di colpa del datore di lavoro

Matteo Golferini

All'opposto vi è chi, aderendo ad una concezione prettamente sanzionatoria della misura risarcitoria conseguente al licenziamento illegittimo, ritiene che anche il risarcimento del danno superiore alle cinque mensilità — comunque garantite — costituisca una presunzione assoluta non controvertibile neppure dall'eccezione dell'*aliunde perceptum* e, tanto meno, dell'*aliunde percipiendum* (in proposito si vedano: Sandulli, Vallebona, Pisani, 1990, p. 41; Ferraro, 1990, p. 54; Proto Pisani, 1990, p. 367; Napoli, 1993, p. 67).

La giurisprudenza di merito e di legittimità ha costantemente aderito alla prima interpretazione ritenendo possibile che il datore di lavoro limiti l'ammontare del risarcimento del danno legislativamente quantificato, fornendo la prova dell'esistenza di circostanze idonee a tal fine (Cass. S.U. 3.2.1998, n. 1099, in *MGL*, 1998, p. 297; Cass. S.U. 29.4.1985, n. 2762, in *MGL*, 1985, p. 181; Cass. 15.10.1989, n. 5465; Cass. 7.8.1990, n. 7987; Trib. Roma, 4.4.1995, in *MGL*, 1995, p. 220).

Anche le sentenze qui commentate aderiscono a tale opinione giurisprudenziale.

In particolare la sentenza della Suprema Corte che, al contrario di quella della Consulta, si sofferma ampiamente sulla questione, giunge a tale conclusione attraverso la valorizzazione del fatto che, vertendosi in ipotesi di risarcimento del danno, è necessario che a quest'ultimo il datore di lavoro sia comunque tenuto in osservanza delle generiche regole dettate dal codice civile, poiché l'art. 18 dello Statuto non ha introdotto elementi distintivi rispetto alla fattispecie generale degli artt. 1218 e ss..

In sintesi, dunque, perché possa affermarsi l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere anche il danno ulteriore rispetto alle cinque mensilità, devono sussistere sia il requisito oggettivo dell'inadempimento, sia quello soggettivo della colpevolezza dell'inadempiente.

Alla luce di tali considerazioni, quindi, la Cassazione, una volta accertata la sussistenza dell'inadempimento sostanziatosi nel licenziamento illegittimo, esclude correttamente il diritto del lavoratore al risarcimento del danno eccedente le cinque mensilità sulla considerazione della mancanza di colpevolezza del datore di lavoro, il quale era stato determinato ad operare il licenziamento sulla base delle risultanze cliniche compiute dalle strutture sanitarie pubbliche.

Egli, infatti, si era comportato del tutto diligentemente ed in buona fede in osservanza di quanto stabilito dall'art. 5 dello Statuto dei lavoratori.

Anzi — a maggior ragione — nella fattispecie, ad escludere la responsabilità del datore di lavoro, vi era pure la considerazione che la sua decisione era stata causata da un fattore esterno, il referto dei medici pubblici, sul quale il datore di lavoro non aveva alcuna possibilità di controllo.

In conclusione, perciò, la responsabilità del datore di lavoro andava esclusa in quanto la causa del suo inadempimento non gli era imputabile.

Pertanto, sul tema della rilevanza della colpevolezza del datore di lavoro nel momento della adozione del licenziamento, la Cassazione si era già pronunciata in un caso solo in parte analogo a quello affrontato dalle sentenze in epigrafe, escludendo la sussistenza di una sorta di responsabilità oggettiva in capo a quest'ultimo ed escludendo altresì l'obbligo del risarcimento del danno qualora il rifiuto della prestazione fosse fondato su un motivo legittimo (Cass. 28.9.1995, n. 10247, in *MGC*, 1995, p. 1686).

Alla luce dei principi sopra esposti, secondo le sentenze in commento, si può concludere che all'ipotesi del risarcimento del danno conseguente a licenziamento illegittimo siano applicabili le ordinarie regole in materia di risarcimento del danno da inadempimento delle obbligazioni e che, ogniqualvolta la causa dello stesso non sia imputabile a responsabilità del datore di lavoro, quest'ultimo non sia tenuto al risarcimento stesso, fatto salvo per quanto riguarda la misura minima comunque garantita al lavoratore che costituisce una presunzione assoluta e quindi inattaccabile sotto ogni profilo.

Tuttavia le due decisioni qui commentate non sono esenti da motivi di critica.

Esse, infatti, sono carenti laddove operano la distinzione tra il risarcimento del danno garantito nella misura minima e risarcimento ulteriore.

L'art. 18, comma 4, dello Statuto dei lavoratori, infatti, fornisce dei parametri per la quantificazione della misura del danno senza invece operare alcuna distinzione tra i due tipi di risarcimento.

Pertanto sarebbe stato certamente più corretto affrontare la questione del risarcimento del danno stabilito dall'art. 18 in modo unitario ed uniforme secondo le regole previste dagli artt. 1218 e ss.

Conseguentemente, in applicazione di tali regole, i giudici, accertata l'assenza di responsabilità e colpevolezza del datore di lavoro, avrebbero dovuto, in modo più aderente al dettato

legislativo, escludere totalmente il risarcimento del danno a favore del lavoratore licenziato anche con riferimento al *minimum* risarcitorio comunque garantito.

Viceversa, ritenere l'imprenditore automaticamente obbligato al pagamento delle cinque mensilità, costituisce — a tutti gli effetti — una attribuzione di responsabilità oggettiva.

Laddove, quindi, le sentenze in commento cercano di escludere tale tipo di responsabilità in capo al datore di lavoro giustificando la disciplina in relazione ad un presunto rischio d'impresa, in realtà non fanno altro che fare rientrare dalla finestra ciò che hanno lasciato fuori dalla porta.

D'altronde, anche aderendo alla tesi sopra ricordata che trova la *ratio* della disciplina in oggetto nel suo carattere sanzionatorio ed affittivo, non avrebbe alcun senso addossare tale onere in capo ad un soggetto che, non avendo posto in essere una condotta colpevole, non potrebbe capirne il disvalore (sul tema, per un'ampia valutazione critica all'impostazione sottesa alle sentenze qui commentate, si veda: Rondo, 1999, p. 143 e ss.)

Rilevanza dell'assenza di colpa del datore di lavoro

Matteo Golferini

Bibliografia

- Amoroso, Di Cerbo** (1997), *Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, in *Le fonti del diritto italiano*, Milano, p. 513 e ss.
- Bianca** (1979), *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in Scialoja, Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, (artt. 1218-1229), p. 375 e ss.
- D'Antona** (1990), *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *FI*, V, p. 361.
- Ferraro** (1990), *I licenziamenti individuali*, *Commento alla legge 11 maggio, n. 108*, Napoli, p. 54.
- Mazziotti** (1991), *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990 n. 108*, Torino, p. 127.
- Miscione** (1997), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in *Diritto del lavoro, Commentario* diretto da F. Carinci, Torino, vol. III, p. 252 e ss.
- Napoli** (1993), voce *Licenziamenti*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. comm., Torino, p. 63.
- Papaleoni** (1991), *La fine del libero licenziamento*, Milano, p. 58.
- Proto Pisani** (1990), *Giudizio di legittimità dell'imputazione dei licenziamenti*, in *FI*, V, p. 364.
- Rondo** (1999), *Licenziamento illegittimo per fatto non imputabile al datore di lavoro e risarcimento del danno*, in *MGL*, p. 143 e ss.
- Sandulli, Vallebona, Pisani** (1990), *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Padova, p. 39 e ss.
- Tatarelli** (1997), *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, p. 43 e ss.

Accertamenti sanitari in fase di preassunzione: è tempo di un intervento legislativo?

Paola Villani

Sommario

A. I casi. Cassazione 8 gennaio 1998, n. 2635 e Cassazione 27 gennaio 1999, n. 1133. **B.** Il commento. Un contrasto di giudicati che può essere composto unicamente in via legislativa?

A. I casi. Cassazione 8 gennaio 1998, n. 2635 e Cassazione 27 gennaio 1999, n. 1133.

Corte di Cassazione, Sezione III penale, 8 gennaio 1998, n. 2635 (ud. 20 ottobre 1997) - Presidente Papadia - Relatore Morgini - Imputato Mormile.

Accertamenti e visite mediche d'idoneità per i candidati all'assunzione - Svolte da privata clinica fiduciaria delle aziende - Reato ex art. 38 legge n. 300/1970, per violazione del divieto dell'articolo 5 Statuto dei lavoratori - Sussistenza per i test di sieropositività - Insussistenza per i test di gravidanza e di tossicodipendenza dei candidati.

L'articolo 5 dello Statuto dei lavoratori che sanziona, tramite l'art. 38, i controlli del datore di lavoro sull'idoneità dei lavoratori eseguiti da medici non appartenenti alle previste strutture pubbliche, si applica esclusivamente a coloro che prestano attività e non già a coloro che aspirano a diventare lavoratori. La parificazione sotto il profilo sanzionatorio — del divieto di controlli per lavoratori assunti ed assumendi — prevista da talune leggi (ad esempio, articolo 8 l n. 300/1970 in tema di divieto d'indagini sulle opinioni; articolo 6 l n. 135/1990 sulla prevenzione e lotta contro l'Aids) rafforza questa interpretazione, proprio perché la differenza terminologica è espressamente stabilita ed evidenzia l'ineliminabile diversità concettuale e lessicale tra le due categorie.

L'estensione del divieto ai candidati all'assunzione, in ipotesi di controversia di lavoro sarebbe corretta e condivisibile perché, in materia civile, è consentita l'analogia in bonam partem. Quando si discute dell'applicazione di una pena, come in fattispecie, non è invece applicabile l'analogia, e, pertanto, non è possibile sanzionare comportamenti che il legislatore ha lasciato fuori dalla previsione punitiva (conseguentemente la Corte ha ritenuto costituenti reato gli accertamenti di sieropositività per gli assumendi, escludendone la ricorrenza per i test di gravidanza e di tossicodipendenza degli stessi candidati all'assunzione).

Corte di Cassazione, Sezione III penale, 10 novembre 1998, 27 gennaio 1999, n. 1133 - Presidente Avitabile - Relatore Raimondi - Pm - difforme - Ranieri - Ricorrente Daubrèe e altri.

Lavoro - Lavoro subordinato - Articolo 5 dello Statuto dei lavoratori - Divieto di sottoporre il lavoratore ad accertamenti di idoneità fisica attraverso sanitari di fiducia del datore di lavoro - Ambito di operatività del divieto penalmente sanzionato - Riferibilità al lavoratore in fase di preassunzione - Sussistenza. (Legge 20 maggio 1970 n. 300, articoli 5 e 38)

**Accertamenti sanitari
in fase di preassunzione**
Paola Villani

La formulazione letterale dell'articolo 5, comma 3, dello Statuto dei lavoratori — che utilizza l'espressione generica « lavoratore », in contrapposizione a quella di « lavoratore dipendente » impiegata nel comma 1 della disposizione — fa riferimento anche a quanti all'occupazione aspirino, sicché, tenendo altresì conto dell'intenzione del legislatore di tutelare la libertà e la dignità del prestatore d'opera indipendentemente dalla circostanza che l'assunzione sia già avvenuta oppure no, risponde del reato di cui all'art. 38 della legge 300/1970 il datore di lavoro che utilizzi sanitari di propria fiducia, in luogo di enti pubblici, per effettuare accertamenti sull'idoneità fisica dei lavoratori da assumere.

B. Il commento: un contrasto di giudicati che può essere composto unicamente in via legislativa?

Con le sentenze in epigrafe la Sezione penale della Corte di Cassazione torna a soffermarsi, dopo un ventennio di silenzio in materia, sulla controversa questione relativa agli accertamenti sanitari di cui all'articolo 5 dello Statuto dei lavoratori, pervenendo, nell'arco di tempo di un anno, a pronunce opposte circa la delimitazione dell'ambito di applicazione della disposizione considerata.

Nei casi di specie la Cassazione è stata chiamata ad esprimersi su due vicende di schedature sanitarie poste in essere da medici di fiducia del datore di lavoro incaricati di appurare l'eventuale stato di gravidanza, sieropositività e tossicodipendenza di lavoratori assunti e di aspiranti all'impiego. Con la prima sentenza in commento la Cassazione non ha giudicato reato la conduzione di siffatte visite mediche in sede di assunzione, se non quando finalizzate all'accertamento della sieropositività, in violazione dell'art. 6 della Legge n. 135/1990, confermando la sentenza pretorile di condanna esclusivamente con riferimento alle analisi compiute nei confronti del personale già in organico, per violazione dell'art. 5 della Legge n. 300/1970. Con la successiva sentenza emessa a poco più di un anno di distanza, la Suprema Corte ha sovvertito le conclusioni cui era in precedenza pervenuta, pronunciandosi nel senso della sussistenza della violazione dell'articolo 5 dello Statuto anche nel caso di accertamenti effettuati da medici compiacenti del datore di lavoro nei confronti di soggetti che aspirano al posto di lavoro.

A questo proposito è opportuno ricordare che l'articolo in questione disciplina, oltre ai controlli delle assenze per infermità, anche le modalità di conduzione degli accertamenti sulla idoneità del lavoratore in termini di strutture legittimate a compierli. Dopo aver precluso al datore di lavoro la possibilità di realizzare verifiche « sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio » con riferimento ai « lavoratori dipendenti » (art. 5, comma 1), l'articolo considerato accorda a questo la « facoltà di far controllare la idoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico » (art. 5, comma 3).

La *ratio* della norma deve essere rinvenuta, secondo opinione concorde della dottrina (cfr. Aimo M. P., 1998, p. 646; Meucci M., 1998, p. 418 e ss.; Rampazzi G., 1976, p. 264), nella volontà del legislatore di assicurare l'imparzialità degli accertamenti sanitari attraverso la preclusione della possibilità di effettuazione di questi ad opera di medici retribuiti dal datore di lavoro, affidandoli, invece, a strutture pubbliche che, non essendo legate al datore di lavoro da vincoli di carattere patrimoniale, offrono maggiori garanzie di neutralità ed obiettività in relazione alla valutazione delle condizioni del lavoratore. In questa prospettiva, facendo leva sulla collocazione topografica della norma nel Titolo I derubricato « Della libertà e della dignità del lavoratore », è stato messo in luce il carattere strumentale della disposizione alla tutela della dignità, della riservatezza e, più in generale, dell'inviolabilità fisica e morale del lavoratore, prevedendosi, per la violazione dell'articolo citato, l'integrazione di una fattispecie di reato sanzionata, ex art. 38 dello Statuto dei lavoratori, con un'ammenda da lire 300.000 a lire tre milioni o con l'arresto da 15 giorni ad un anno.

Secondo quanto riconosciuto dalla stessa Suprema Corte sin dalle prime pronunce in materia, tuttavia, l'articolo 5 della legge n. 300 del 1970 « risulta formulato in modo tale da rendere non agevole il compito di chi è chiamato a fissare i limiti del divieto previsti » (Cass. sez. III pen., 18 febbraio 1974, in *GI*, II, 1976, p. 265; Cass. sez. III pen., 24 marzo 1975, n. 706, in *MGL*, 1976, p. 622). L'impiego nel terzo comma del termine « lavoratore » scevro di ogni aggettivazione ha suscitato, infatti, perplessità circa l'ambito di estensione dell'obbligo di avvalersi di strutture pubbliche per l'effettuazione degli accertamenti sulla idoneità fisica del lavoratore, inducendo dottrina e giurisprudenza a domandarsi se il divieto

di compimento di tali accertamenti da parte del datore di lavoro risulti circoscritto ai lavoratori già assunti oppure sussista anche nei confronti dei candidati all'assunzione.

La dottrina prevalente, la Sezione lavoro della Corte di Cassazione e una parte consistente della giurisprudenza di merito si sono ripetutamente espresse, sulla base di considerazioni di ordine formale e sostanziale, nel senso dell'incombenza, a carico del datore di lavoro, dell'obbligo di avvalersi di strutture pubbliche per l'effettuazione di controlli di idoneità fisica anche nei confronti di soggetti non ancora inclusi nell'ambito dell'organico aziendale. Su questa posizione si era assestato anche il Ministero del Lavoro con circolare del 22 marzo 1973, laddove rilevava che l'idoneità fisica « si può accertare solo attraverso il provvedimento tipizzato dal comma 3 dell'articolo 5, l'unico consentito al datore di lavoro sia nei confronti del lavoratore già assunto sia nei confronti del lavoratore da assumere (Circ. Min. Lav., 22 marzo 1973, in *MGL*, 1973, p. 2475).

In particolar modo è stato evidenziato come non solo il tenore letterale dell'art. 3, comma 5 dello Statuto dei lavoratori di per sé non autorizzi l'esclusione degli assumendi dall'ambito di tutela previsto, non rinvenendosi alcuna previsione legislativa in tal senso (1), ma anche come l'utilizzo nel terzo comma del termine generico « lavoratore » in contrapposizione all'espressione « lavoratori dipendenti » impiegata nel primo denoti la volontà di ricomprendere anche coloro che, « pur non avendo ancora raggiunto lo *status* di lavoratori dipendenti, rientrano (...) nella generica categoria dei prestatori di lavoro » (Rampazzi G., 1976, p. 260). Argomentazione principe addotta a sostegno della tesi dell'inclusione degli assumendi nel campo di applicazione dell'articolo 5, comma 3 dello Statuto viene, comunque, individuata nella *ratio legis* della disposizione. Si è, infatti, sottolineato come l'esigenza di salvaguardia della libertà, della dignità e della riservatezza sussista anche nei confronti di colui che ad un posto di lavoro aspira, la cui aspettativa di assunzione appare meritevole di essere garantita da discriminazioni basate su accertamenti non obiettivi al pari del diritto alla conservazione del posto di lavoro del lavoratore già in organico (Meucci M., 1998, p. 420), « non potendosi disconoscere che la posizione del lavoratore avviato è semmai più debole rispetto a quella del lavoratore dipendente, ed a maggior ragione merita la tutela a questo accordata » (Cass. Sez. lav., 4 maggio 1984, n. 2729, in *GC*, 1985, I, p. 119). In tal senso si è, inoltre, osservato come l'esplicita inclusione degli aspiranti all'assunzione nella tutela approntata dagli articoli 8 e 15 dello Statuto, parimenti finalizzati alla tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore, sia sintomatica di una sensibilità nei confronti delle condizioni degli assumendi non estranea allo stesso impianto dello Statuto (Meucci M., 1998, pp. 421-422) (2).

In contrasto con tale interpretazione si è posto per lungo tempo il costante orientamento della Sezione penale della Corte di Cassazione che, inaugurato negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori e ripreso, dopo un lungo periodo di silenzio, dalla pronuncia n. 2635/1998, non è mai stato, in tale sede, disatteso sino alla sentenza n. 1133/1999. La Cassazione penale con due sentenze risalenti al 1974 ed al 1975 si era, infatti, pronunciata nel senso della insussistenza, con riferimento ai lavoratori in fase di preassunzione, del divieto penalmente sanzionato di cui all'articolo 5 dello Statuto dei lavoratori: essa riconosceva, da un lato, un legame inscindibile fra i tre commi di detto

note

(1) Così Cass. Sez. lav., 4 maggio 1984, n. 2729, in *GC*, 1985, I, p. 119, secondo cui « se è vero che il comma 1 dell'articolo 5 fa riferimento, agli effetti del divieto di accertamento sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio, al 'lavoratore dipendente', parimenti certo è che il legislatore non usa la stessa dizione nel comma ult., ove parla semplicemente di 'lavoratore', sicché la lettera della legge non esclude, di per sé, che il controllo della idoneità fisica debba avvenire, anche in fase di pre-assunzione, a mezzo di enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico ».

(2) Significativo in termini di sforzo argomentativo a sostegno di tale impostazione interpretativa appare il recente apporto fornito della Pretura di Torino. Essa ha, in primo luogo, desunto dall'articolo 32 della Costituzione un divieto assoluto di sottoposizione di tutti i cittadini ad accertamenti sanitari, derogabile solo attraverso eccezionali disposizioni di legge, fra le quali il comma 3 dell'articolo 5 dello Statuto dei lavoratori che proprio chi compie accertamenti, anche sugli assumendi, senza far ricorso alle strutture pubbliche avrebbe, dunque, interesse ad invocare, per evitare il configurarsi di una ipotesi di reato sanzionata più gravemente di quanto previsto *ex art.* 38 della L. n. 300/1970. Fra i diversi rilievi compiuti, il Pretore ha, inoltre, ricordato l'esegesi del comma 3 dell'articolo 5 che, concepito successivamente rispetto ai primi due commi dell'articolo e ad essi aggiunto con un emendamento in sede di approvazione della legge, si connota per un più ampio respiro rispetto al resto dell'articolo, riguardando genericamente la valutazione d'idoneità fisica del lavoratore a prescindere dal perfezionamento del contratto di lavoro. Di rilievo anche la meticolosa disamina degli interventi legislativi dell'ultimo ventennio tesi a parificare la tutela della libertà, della dignità e della riservatezza dei lavoratori assunti ed assumendi. (P. Torino, 15 febbraio 1996, in *D&L*, 1996, p. 1052 e ss.).

**Accertamenti sanitari
in fase di preassunzione**
Paola Villani

articolo, di cui il terzo svolgente una funzione integrativa del primo e come tale riferibile ai soli « lavoratori dipendenti », ed affermava che, se il legislatore avesse voluto includere nell'ambito di tutela anche l'aspirante ad un posto di lavoro, avrebbe impiegato « espressioni estremamente chiare ed univoche », come nell'ambito dell'articolo 8 della medesima legge (Cass. sez. III pen., 18 febbraio 1974, in *GI*, II, 1976, p. 267; Cass. sez. III pen., 24 marzo 1975, n. 706, in *MGL*, 1976, p. 623).

A distanza di più di vent'anni, tale orientamento è stato nuovamente ribadito dal giudicato dell'8 gennaio del 1998. La Cassazione non è rimasta insensibile all'evoluzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in materia, dimostrando apprezzamento nei confronti degli sforzi interpretativi compiuti dal giudice di merito per la tutela degli assumendi, ed ha mostrato di condividere l'esigenza di assicurare pari garanzie a tali lavoratori e a quelli già inseriti nell'organico aziendale, sollecitando un intervento legislativo di adeguamento della disposizione statutaria in questione. Ha però ritenuto, ancora una volta, insormontabile l'ostacolo della lettera della norma ai fini della inclusione, in via interpretativa, dei candidati all'assunzione in una tutela ritenuta approntata per i soli lavoratori assunti. Richiamando l'articolo 12 del R.D. n. 262/1942 che prescrive il rispetto dei canoni ermeneutici del « significato proprio delle parole secondo la connessione di esse » e della « intenzione del legislatore », la Suprema Corte ha invitato il giudice ad attenersi a ciò che la norma testualmente prevede, evitando di compiere « fughe interpretative in avanti » e lasciando al legislatore la funzione che gli è propria (Cass. sez. III pen., 8 gennaio 1998, n. 2635, in *LPO*, n. 3/1998, p. 620). La Cassazione ha, quindi, ritenuto attribuibile la qualifica di lavoratore « soltanto al soggetto che espleti una concreta attività lavorativa » e non anche « a coloro che aspirano ad essere assunti », rimarcando che, laddove il legislatore ha voluto parificare sotto il profilo sanzionatorio il divieto di controlli per assunti ed assumendi (3), ha fatto ricorso ad una esplicita differenza terminologica che « evidenzia l'ineliminabile diversità concettuale e lessicale esistente tra le due categorie » (Cass. sez. III pen., 8 gennaio 1998, n. 2635, in *LPO*, n. 3/1998, p. 621). Essa ha, inoltre, constatato come il legislatore abbia considerato con frequenza sempre crescente la posizione dei futuri lavoratori, provvedendo a colmare progressivamente le lacune di tutela esistenti, ma non abbia, al momento attuale, coperto tutti i varchi pregressi, fra i quali rientra la fattispecie in esame. In tale ottica, il Supremo Collegio ha, infine, osservato come l'estensione alla fase preassuntiva del divieto di condurre accertamenti sanitari attraverso medici privati, condivisibile in materia civile, verrebbe a costituire una analogia *in malam partem* non consentita in materia penale dal principio di tassatività di cui all'articolo 14 delle citate preleggi.

Con la sentenza n. 1133 del 27 gennaio 1999, a poco più di un anno dalla precedente pronuncia, la Sezione penale della Corte di Cassazione ha sovvertito la tesi appena esposta e, attingendo alle argomentazioni sostenute dalla Sezione lavoro, ne ha, infine, abbracciato le conclusioni circa la riferibilità ai lavoratori in fase di preassunzione del divieto penalmente sanzionato di cui all'art. 5 dello Statuto dei lavoratori. Essa ha convenuto come, proprio muovendo dal tenore letterale della norma in questione, inducano a propendere per tale tesi l'impiego nel comma 3 del termine generico « lavoratore » in contrapposizione all'espressione « lavoratori dipendenti » di cui al primo comma, il riferimento alla « idoneità fisica del lavoratore », requisito proprio di chi aspira al lavoro, nonché l'autonomia del terzo comma rispetto ai primi due, dopo i quali questo trova collocazione esclusivamente in ragione dell'argomento trattato.

A tale proposito, la Cassazione ha osservato come l'ampiezza del significato del termine trovi ulteriore conferma nell'interpretazione sistematica delle disposizioni statutarie e costituzionali, in cui tale espressione ricorre anche con palese riferimento a quanti all'occupazione aspirino (4) (5). Il Supremo Collegio ha indugiato, poi, anche su considerazioni

note

(3) Articolo 8 della Legge n. 300/1970 in merito al divieto di indagini sulle opinioni e articolo 6 della Legge n. 135/1990 sulla prevenzione e lotta contro l'Aids.

(4) Vengono richiamati il titolo V dello Statuto dei lavoratori, relativo al collocamento, in cui il termine lavoratore è di frequente impiegato come sinonimo di avviato al lavoro; l'articolo 33 della medesima legge, in cui il termine in questione è utilizzato, con riferimento all'assunzione, in correlazione all'espressione « datore di lavoro »; l'articolo 8 dello Statuto e gli articoli 2, 35 e 37 della Costituzione.

(5) In dottrina si è, a questo proposito, puntualizzato come, essendo il termine « lavoratore » riferibile anche agli assumendi, l'applicazione ad essi dell'articolo 5 dello Statuto non venga in rilievo come analogia *in malam partem*, non disciplinando una fattispecie lasciata dal legislatore fuori dalla previsione punitiva, ma si configuri come una semplice interpretazione estensiva della norma che, rimanendo confinata entro i limiti della stessa, risulta consentita in materia penale (Stenico E., 1999, pp. 2-3; Aimo M.P., 1998, p. 648).

di carattere metagiuridico, sostenendo che « l'accettazione da parte delle forze politiche e sociali, nell'attuale periodo storico, di un elevato tasso di disoccupazione, specie giovanile (...) non può indurre a ritenere la tutela dell'art. 5, 3° comma, riservata ai soli lavoratori dipendenti e a ribaltare la propensione della nostra legislazione ad assicurare eguale protezione giuridica a quanti il lavoro non ce l'hanno e vi aspirino » (Cass. sez. III pen., 27 gennaio 1999, n. 1133, in *Guida al diritto*, n. 7/1999, p. 53). Con riferimento al criterio interpretativo della « intenzione del legislatore » (6), la Cassazione penale ha, poi, riconosciuto la *ratio* della norma, peraltro desumibile dalla stessa denominazione del Titolo I nel quale è inserita, nella volontà di garantire la libertà e la dignità del lavoratore (dalle lesioni perpetrate) da accertamenti sanitari che, finalizzati a « soddisfare interessi estranei alla verifica dell'idoneità fisica del lavoratore » (Cass. Sez. III pen., 30 maggio 1980, in *GI*, 1981, II, p. 261), « pongano in atto le discriminazioni espressamente vietate dal successivo art. 8 » (Cass. Sez. III pen., 27 gennaio 1999, n. 1133, in *Guida al diritto*, n. 7/1999, p. 53). Recependo le indicazioni provenienti dalla Sezione lavoro, la Suprema Corte ha, quindi, reputato tale tutela estensibile « anche ai lavoratori ancora da assumere, qualunque sia la natura giuridica della loro posizione, pure più volte indicata dalla giurisprudenza di legittimità, anche penale, come diritto soggettivo all'assunzione » (Cass. Sez. III pen., 27 gennaio 1999, n. 1133, in *Guida al diritto*, n. 7/1999, p. 53).

Al di là della plausibile soddisfazione di quanti in dottrina avevano auspicato l'allineamento della posizione della Cassazione penale all'orientamento della Sezione lavoro, della prevalente giurisprudenza di merito ed alle scelte compiute dal legislatore nell'ultimo ventennio (v. per tutti Stenico E., 1999 e già Rampazzi G., 1976, p. 260 e ss.), non è mancato chi ha rilevato, con riferimento al compimento dei test di gravidanza, come ai fini della prospettazione della fattispecie di reato integrata dai casi in esame, non venga solo in rilievo la violazione dell'articolo 5 dello Statuto, concernente i soggetti autorizzati a svolgere tali accertamenti, ma anche la violazione dell'articolo 8, relativo alla legittimità dei contenuti dei controlli (Reynaud G., 1999, p. 57; Stenico E., 1999; Aimo M.P., 1998, pp. 648-649; Gottardi D., 1998, p. 10 e ss.; Meucci M., 1998, pp. 427-428). Ai sensi di tale articolo viene fatto divieto al datore di lavoro di effettuare, anche ai fini dell'assunzione, « indagini (...) su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore ». La gravidanza, secondo tale indirizzo dottrinale e giurisprudenziale, non verrebbe ad incidere sull'idoneità professionale della lavoratrice ma solo sull'erogazione della prestazione lavorativa per un periodo di tempo limitato relativamente al quale, per evitare di mettere a repentaglio la salute e la sicurezza della madre stessa, il legislatore ha già provveduto a predisporre l'apposito corpo di norme tutorie di cui alla legge n. 1204/1971. Del resto, si è osservato, la sottoposizione della lavoratrice ad analisi per l'accertamento dello stato di gravidanza, oltre a rientrare nel novero delle discriminazioni indirette di cui alla legge n. 125/1991, costituisca incontrovertibilmente reato in base all'articolo 1 della legge n. 903/1977 che prescrive il divieto, penalmente sanzionato, di compimento di « qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso al lavoro (...) anche se attuata attraverso il riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza », prevedendosi, in caso di violazione, un'ammenda da lire duecentomila ad un milione (7).

Appare opportuno considerare che un ulteriore strumento di garanzia della libertà e della dignità del lavoratore è stato di recente predisposto attraverso la legge n. 675/1996 che, anche con riferimento ai candidati all'instaurazione di un rapporto di lavoro, subordina il trattamento dei dati sensibili dell'individuo, fra cui quelli attinenti allo stato di salute, ad una serie di adempimenti di ordine procedurale e sostanziale comprendenti il rilascio del consenso scritto dell'interessato. L'inapplicabilità di tale disciplina ai casi *de quo* per l'antieriorità dei fatti in questione rispetto all'emanazione della norma non può, comunque, portare a trascurarne la rilevanza in termini prospettici al fine della tutela della inviolabilità fisica e morale dei soggetti che aspirano all'assunzione (Meucci M., 1998, pp. 426-427).

Nonostante la condivisione della esigenza di assicurare parità di tutela ai lavoratori assunti ed in via di assunzione, il mai sopito dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che solo con

note

(6) In merito all'applicazione di tale principio, la dottrina ne ha denunciato la mancata considerazione in termini argomentativi nella formulazione della motivazione della precedente sentenza, mancata considerazione che collide con l'esplicito richiamo nella pronuncia a tale criterio (cfr. Aimo M.P., 1998, p. 648).

(7) La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi a tale riguardo, ha, però, nel primo caso in esame, omesso di effettuare gli appropriati rilievi (Meucci M., 1998, p. 418) e si è, nel secondo, dovuta limitare a constatare l'estinzione del reato per decorso dei termini di prescrizione.

**Accertamenti sanitari
in fase di preassunzione**
Paola Villani

l'ultima pronuncia ha visto la Cassazione penale abbracciare l'orientamento prevalente, peraltro a breve distanza da una sentenza di segno opposto, testimonia la difficoltà interpretativa di una norma la cui formulazione oscura era già stata ravvisata negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore dello Statuto.

Allo scopo di fugare ogni dubbio interpretativo ed assicurare la certezza del diritto in una materia la cui delicatezza rende auspicabile un sufficiente grado di chiarezza, è stato di recente presentato alla Camera un disegno di legge, d'iniziativa dei senatori Smuraglia, Pelella ed altri, teso a parificare sotto il profilo tutorio la posizione dei lavoratori assunti ed assumendi con riferimento alle strutture legittimate allo svolgimento di accertamenti sanitari. Viene, così, proposto di dirimere le controversie circa l'estensione dell'obbligo di avvalersi di strutture pubbliche e del corrispondente divieto di impiego di medici fiduciari mediante l'inserimento, nell'articolo 5 della legge n. 300/1970, di un quarto comma ai sensi del quale « le disposizioni di cui al terzo comma si applicano anche agli accertamenti sanitari sull'idoneità fisica del lavoratore, effettuati ai fini dell'assunzione ». Il disegno di legge si sofferma, quindi, a considerare anche la questione relativa alla illegittimità degli accertamenti finalizzati ad appurare l'eventuale stato di gravidanza delle lavoratrici. Pur convenendo che un intervento legislativo in materia non sarebbe a stretto rigore indispensabile, stante l'insuscettibilità di indagini sullo stato di gravidanza sancito dall'articolo 1 della legge n. 903/1977, si è, comunque, ritenuto opportuno dissipare, mediante l'aggiunta di un ulteriore comma, ogni dubbio circa l'identificazione della fattispecie di reato e cogliere l'occasione per prescrivere, in caso di violazione del divieto, la più grave sanzione penale di cui all'art. 38 dello Statuto « rendendo punibile alla stessa stregua ogni tipo di accertamento sanitario vietato (ed a maggior ragione quando esso assume un carattere discriminatorio) » (Smuraglia C., 1998) (8).

Bibliografia

Aimo M.P. (1998), *Accertamenti sanitari sui lavoratori*, in *DPL*, n. 11, p. 645 e ss.

Gottardi D. (1998), *Test medici preassuntivi: quali limiti?*, in *Guida al lavoro*, n. 3, p. 10 e ss.

Meucci M. (1998), *Gli accertamenti medico-fiduciari in preassunzione*, in *LPO*, n. 3, p. 417 e ss.

Rampazzi G. (1976), *Davvero leciti gli accertamenti sanitari sul lavoratore in via di assunzione effettuati da medici di fiducia del datore di lavoro?*, in *GI*, II, p. 260 e ss.

Reynaud G. (1999), *Estese le garanzie dello statuto alle persone in cerca di occupazione*, in *Guida al diritto*, n. 7, p. 54 e ss.

Smuraglia C., Pelella E.C. e altri (1998), *Disegno di legge n. 3103*, in <http://www.senato.it/att/dcl/s3103p.htm>

Stenico E. (1999), *Sull'illegittimità degli accertamenti sanitari preassuntivi*, in <http://www.dirittodellavoro.it/ejournal/asp/corpoNoteSentenza.asp?nomefile=031999.htm>

note

(8) L'art. 2 del disegno di legge n. 3103 d'iniziativa dei senatori Smuraglia, Pelella ed altri prevede l'aggiunta all'articolo 5 della legge n. 300/1970 del seguente comma: « In ogni caso sono vietati gli accertamenti sullo stato di gravidanza delle lavoratrici, anche in fase di preassunzione. In caso di inosservanza, si applicano le sanzioni di cui all'articolo 38 ».

Le conseguenze della inidoneità al lavoro nella giurisprudenza francese

Clara Enrico Lucifredi

Sommario

A. Il caso. *Cour de Cassation (Chambre Sociale)* 16 giugno 1998, n. 96 - 41877. **B.** Il commento.

A. Il caso. *Cour de Cassation (Chambre Sociale)* 16 giugno 1998, n. 96 - 41877.

Cour de Cassation (chambre sociale) 16 giugno 1998 n. 96 - 41877. *Soc. Paragerm c. Castanet* (rigetta *C. App. di Toulouse* 9 febbraio 1996). Pres. Gélineau Larrivet, Rel. Bourgeot.

Malattia del lavoratore - Malattia non professionale - Inidoneità al lavoro - Inidoneità conseguente alla malattia - Ricerca di attitudine eventuale ad occupare altro posto di lavoro - Mutamento che consenta la ricollocazione del lavoratore - Estensione

La ricerca di possibilità di ricollocazione del lavoratore, dichiarato, in conseguenza della malattia, inidoneo a riprendere il posto che occupava, ai sensi dell'art. L. 124-24-4 del *Code du Travail*, deve essere valutata all'interno del gruppo cui appartiene il datore di lavoro, nell'ambito delle imprese le cui attività, organizzazione o luogo di esecuzione permettano l'effettuazione del trasferimento di tutto o parte del personale.

Inidoneità al lavoro - Art. L. 122-24-4 del *Code du Travail* - Applicazione - Retribuzione in parte variabile - Rilevanza

Trattandosi di un lavoratore la cui retribuzione è composta da una parte fissa e da una parte variabile, il salario corrispondente al posto che l'interessato occupava prima della sospensione del suo rapporto di lavoro e al cui pagamento il datore di lavoro è obbligato, in applicazione dell'art. L. 122-24-4 del *Code du Travail*, è comprensivo dell'insieme degli elementi che costituiscono la retribuzione del lavoratore.

B. Il commento.

Per la giurisprudenza francese il lavoratore divenuto inidoneo per malattia alle mansioni svolte deve essere ricollocato nell'ambito del gruppo di società di cui fa parte l'impresa del datore di lavoro.

L'asserzione può sembrare bizzarra e richiede la descrizione di linee più generali.

La legislazione francese prende in considerazione il gruppo di società solo dal punto di vista del Comitato di gruppo (art. L. 439 – da 1 a 5 del *Code du Travail*, seguito dalla sezione 6 riservata al Comitato d'impresa europea) definendo — ma l'espressione è ben più vaga di una definizione — la società dominante solo ai fini dell'argomento trattato e le altre società come parte del gruppo solo in quanto il loro *comité d'entreprise* abbia ottenuto l'inclusione nel gruppo. Questa non può essere rifiutata se vi siano, fra la società dominante e l'altra

Le conseguenze della inidoneità al lavoro

Clara Enrico Lucifredi

società, amministratori in comune, un certo livello di partecipazione finanziaria, o un bilancio consolidato di gruppo, o un accordo per la partecipazione dei lavoratori ai profitti (e, in questo caso, a norma dell'art. 12, 2° comma dell'*Ordonnance* n. 86 - 1134 del 21 ottobre 1986, i benefici economici ammessi per i lavoratori si calcolano globalmente, a livello di gruppo, e non per ogni singola impresa).

A parte questi pochi richiami legislativi, in Francia come in Italia il gruppo di società domina come mero eppure relevantissimo concetto economico. Sappiamo bene che è questa anche la situazione del problema nell'ambito del diritto comunitario, dove la direttiva 94/95 è centrata sull'istituzione e funzionamento del Comitato aziendale europeo, limitandosi all'art. 3 a una sbiadita definizione del predominio di una società, fondato — e non è che una tautologia — sulla « influenza dominante » esercitata dall'una sulle altre.

Anche il diritto francese, perciò, si trova nelle strette di un ordinamento che non corrisponde con regole alla nascita ed allo sviluppo dei gruppi di imprese, che sono avvenuti e si sono svolti sempre in modo molto pragmatico, persino nel linguaggio, innovativo rispetto al consueto dizionario del giurista.

Ovviamente protagonista dell'adattamento di questi fenomeni originali al diritto esistente diviene il giudice, che acquisisce, in Francia come in Italia, l'aura anglosassone dell'autorità che deve "creare" le regole.

Così come da noi, è forse questo il terreno su cui i giuristi più si sono adattati sia alla fusione di economia e diritto — che sta indubbiamente alla base del gruppo di imprese — sia alla stretta commistione fra diritto degli affari, diritto commerciale e diritto del lavoro, con la difficoltà di dover considerare insieme queste discipline giuridiche a proposito dei gruppi. Il diritto dei gruppi perciò impone di rimettere in discussione i metodi classici del diritto del lavoro, che resta certo sempre fondato sul contratto, ma con innesti di regole nuove, che ancora non sono riconosciute dall'ordinamento. Nessun diritto nazionale ha una soluzione per questo alfiere dei mutamenti economici: la *Cour de Cassation* ha perciò, come da noi, elaborato alcune norme per aspetti specifici del rapporto di lavoro nel gruppo, che ovviamente portano discussione tra gli studiosi.

Il caso emblematico sul quale vale la pena di soffermarsi — e che ovviamente incide sulla soluzione da adottare nel caso indicato all'inizio di questo commento — è stato fornito dall'individuazione di un obbligo dell'imprenditore di ricercare una sistemazione al lavoratore nel gruppo, prima di procedere al licenziamento « economico » (con le dovute differenziazioni assimilabile — lo si vedrà più avanti — al nostro licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ma con connotazioni di licenziamento collettivo).

Le opinioni pro e contro questa affermazione sono sfumate, e come imbarazzate, nella dottrina e nella giurisprudenza francesi: non per altro se non per una obiettiva difficoltà di adattamento di disposizioni e norme nate col e dal contratto di lavoro e improvvisamente espanso al di là del diritto delle obbligazioni e dei contratti, sulle fragili basi di un fenomeno dalle dimensioni e dalle prospettive economiche immense, eppure appena sfiorato dall'ordinamento giuridico in relazione ai rapporti di lavoro.

Dunque, per sintetizzare la questione, che d'altronde è solo di avvicinamento alla specificità del problema indicato all'inizio, ma pur rilevante per la sua soluzione, ecco qui di seguito cenni a vari casi, in un senso e nell'altro, elaborati dalla dottrina, ma principalmente dalla giurisprudenza francese, il più possibile aggiornati, come è doveroso in una materia così fluida e priva di basi giuridiche certe.

La discriminante, fra le soluzioni positive e negative, è di norma data dalla stessa difficoltà di trovare regole uniformi per la definizione del gruppo: se cioè le imprese siano fra loro in concorrenza, o collegate in modo da evitare lo scontro sul mercato; se appartengano ad uno stesso ramo di attività (o costituiscano fasi successive di lavorazione di uno stesso prodotto) o invece si occupino di settori diversi fra loro; se si collochino geograficamente in un'area delimitata o almeno determinata, oppure siano sparse sul territorio.

In relazione a queste differenze di consistenza di rapporti, di varietà di legami, e dell'esistenza di una gamma estremamente varia di individuazione del fenomeno « gruppo » nella realtà concreta, ecco ad esempio porsi il problema del patto di non concorrenza: qual è la sua estensione? Poiché gli interessi economici del gruppo sono, se non identici, almeno convergenti, il patto che protegge il singolo imprenditore dalla concorrenza potrebbe proteggere anche l'interesse del gruppo. Ma, all'opposto, è sostenuto, e perfettamente sostenibile, che il patto non può che riguardare la singola impresa, perché in taluni casi (e siamo sempre ai « distinguo » dovuti alla varietà del fenomeno) un divieto di concorrenza dopo la cessazione del rapporto potrebbe — nel caso di un gruppo di aziende, tutte di un

unico settore, con simili scritture e organizzazione di lavoro — rendere troppo difficile per il lavoratore la possibilità di trovare un'altra occupazione, dal momento che, invece, la *Chambre Sociale della Cassation* limita l'oggetto del divieto, poiché il lavoratore deve potere esercitare normalmente la sua attività.

In questa ipotesi la *Cassation* ha assunto una decisione neutra: il patto di non concorrenza non ha efficacia se le imprese non sono in « *situation réelle de concurrence* ». Ma sulla concreta individuazione della situazione di concorrenza nulla di più viene spiegato, e il problema dunque si sposta, piuttosto che risolversi.

In altre decisioni troviamo, se non apertamente, almeno come base per il giudizio, un'opinione più chiara: per esempio nella materia dell'igiene e sicurezza la *Cassation* ha ritenuto che un dirigente possa delegare la responsabilità a lavoratori di altra impresa del gruppo, pur se la legge impedisce in materia la delega a un terzo. Qui, evidentemente, la *Cassation* assume la considerazione del gruppo quale unità, e dunque ne deriva la non terzietà del responsabile della sicurezza.

E nel caso di un distacco del lavoratore presso un'impresa del gruppo per un periodo lungo, di anni, è ancora possibile sostenere che il rapporto di lavoro persista con la società originariamente datrice di lavoro? Qualche obbligazione giuridica si deve pur essere creata con l'impresa che utilizza per anni un lavoratore. E se in questa ipotesi di prolungato distacco l'impresa utilizzatrice chiude, fallisce o fa licenziamenti economici (cioè riduzioni di personale), non sarà facile che il lavoratore ritrovi il suo posto nell'impresa di origine: in conseguenza, dove dovrà essere individuato il motivo economico per il suo licenziamento, nel gruppo, nell'impresa utilizzatrice o nell'impresa originariamente datrice di lavoro? C'è anche un problema tecnico-procedurale connesso con questa ipotesi: il comitato d'impresa, che deve essere consultato nel caso dei licenziamenti economici (e a parte le ipotesi riguardanti la società europea), ha un perimetro di competenza limitato all'*impresa*, non è riferito al gruppo; il quale, d'altronde, può essere costituito da imprese sparse nei cinque continenti. Sarà mai possibile o facile un passaggio del lavoratore fra società che hanno del « *motif économique* » e dei profitti idee tanto diverse?

La *Cassation* valuta questi casi con sofferenza, attenendosi a definizioni ed espressioni assai labili, facendo dipendere la soluzione dalla « relativa separazione delle funzioni » o dalla « autonomia delle sfere »; e rilevando — ma è un'ovvietà — che l'appartenenza di una impresa a un gruppo non porta *in sé* regole nuove: è l'intreccio degli interessi esistenti nel gruppo che può comportare una direzione unitaria e di conseguenza determinare effetti che si innestano sul contratto e sul rapporto di lavoro: effetti che, pur in mancanza di soluzioni legislative esistenti, sono dirompenti, nella loro dinamicità, rispetto alle regole note.

Le relazioni industriali, poi, pongono non minori né meno gravi difficoltà di soluzioni uniformi.

Innanzitutto, mentre è previsto un « comitato di gruppo » all'art. L. 439 — 1 e ss. del *Code du Travail*, non esistono contratti collettivi di gruppo; l'interesse a farli potrebbe essere costituito da una regolamentazione dei rapporti di lavoro e dallo scopo di far nascere delle istituzioni comuni.

Ma le attività del gruppo possono essere diverse, anche molto diverse fra loro; perciò una uniformità di disciplina è impensabile. D'altronde, ogni impresa del gruppo applica il contratto collettivo del suo settore; quello del gruppo dovrebbe, presumibilmente, essere una specie di super-contratto, prevalente su quelli di settore; cosa impensabile, in Francia, ove il contratto collettivo acquisisce, tramite una procedura amministrativa, efficacia generale, con la partecipazione di rappresentanze sindacali assai difficili da costituirsi in un gruppo di imprese, ciascuna delle quali ha una *sua* rappresentanza sindacale.

Per non parlare poi di più specifici e qui meno importanti problemi sulla regolamentazione meno favorevole, sugli accordi « derogatori », sulla denuncia del contratto collettivo da parte di uno o più comitati d'impresa.

Il tutto presuppone un comitato di gruppo, cioè un organismo rappresentativo alla sommità di esso, dunque diverso da quelli delle singole imprese; ma, essendo queste eterogenee, le forme sindacali rappresentative del gruppo possono essere solo di secondo grado, cioè formate (elette o nominate) dalle rappresentanze delle singole imprese.

E quali compiti spetterebbero alle rappresentanze sindacali del gruppo? Avrebbero diritto presumibilmente alle informazioni (in materia di licenziamenti collettivi, di trasferimento d'azienda) e alla consultazione; sarebbero tenute, si immagina, alla riservatezza sui dati acquisiti.

**Le conseguenze
della inidoneità
al lavoro**
Clara Enrico Lucifredi

Le conseguenze della inidoneità al lavoro

Clara Enrico Lucifredi

Ma tutto ciò non è; o almeno al momento costituisce soltanto una gamma di possibilità, senza un riscontro concreto, come la dottrina francese non manca di rilevare.

Dunque, a conclusione di questo lungo prologo al problema enunciato all'inizio, si deve rilevare che la posizione che la dottrina e la giurisprudenza francese attribuiscono al gruppo di imprese, e cioè una rilevanza essenzialmente economica, comporta che attenga al gruppo, e non solo alla singola impresa, la ricerca di un posto di lavoro per il lavoratore nel caso di licenziamento per « *motif économique* ». Sommarariamente la definizione di questo ultimo può essere indicata come la soppressione o la trasformazione del posto di lavoro in conseguenza di difficoltà economiche dell'impresa quando questa occupi più di 50 lavoratori e il licenziamento riguardi almeno 10 lavoratori nell'arco di 30 giorni, secondo l'art. L. 321-4-1 *Code du Travail* (novellato da una legge del 1989).

In tal caso il datore di lavoro deve predisporre un piano di sostegno sociale contenente misure per attutire gli effetti del licenziamento e, fra queste, cercare una sistemazione ai lavoratori tramite ricollocazioni all'interno o all'esterno, corsi di formazione, creazione di nuove attività, e così via.

È stata in particolare la giurisprudenza della *Cour de Cassation (Chambre Sociale)* con la sentenza 17 maggio 1995, CCE Everite c. SA Everite, sulle premesse di due decisioni immediatamente precedenti (5 aprile 1995, Thomson et Displays (ex Vidéocolor) c. ASSE-DIC ed altri; e SOC.TRW REPA c. Mabon ed altri), ad imporre che nel piano di sostegno sociale le possibilità di ricollocazione debbano essere ricercate nel *groupe*, fra quelle società la cui posizione territoriale, o l'attività di organizzazione, consentano il mutamento del posto al o ai lavoratori.

Qui, come si vede, la difficoltà di compattezza di una nozione unitaria del gruppo, in carenza della rilevanza giuridico-positiva del fenomeno, determina una situazione di totale differenziazione delle posizioni della Suprema Corte in Francia e in Italia. Da noi, come è noto, la giurisprudenza della Cassazione mantiene un orientamento ben stabile nel negare un legame giuridico del gruppo, anche nei casi in cui il collegamento sia particolarmente intenso (Cfr. Cass. 5 aprile 1990, n. 2831, in *RIDL*, 1991, II, p. 183, con nota di De Simone; Cass. 8 maggio 1991, n. 5123, in *FI*, 1992, I, p. 817; Cass. 27 aprile 1992, n. 5011, in *MGL*, 1992, p. 496; Cass. 9 novembre 1992, n. 12053, in *MGL*, 1993, p. 340, e in *FI*, 1993, I, p. 2245, con nota di Meliaddò; Cass. 29 novembre 1993, n. 11801, in *NGL*, 1993, n. 56, p. 910; Cass. 27 febbraio 1995, n. 2261, in *NGL*, 1995, p. 381; Cass. 12 marzo 1996, n. 2008 e Cass. 17 febbraio 1996, n. 1214, in *NGL*, 1996, p. 345). Ciò purché non si tratti di un impiego fittizio del fenomeno « gruppo » per eludere l'applicazione di norme e in particolare di norme a tutela del lavoratore.

La situazione relativa all'assunto iniziale di questo commento prende le mosse da una — anche qui — diversa considerazione degli obblighi del datore di lavoro nel caso di sopravvenuta e definitiva inidoneità fisica alle mansioni svolte.

In Italia la giurisprudenza consolidata, in mancanza di normativa specifica, ha ritenuto che la sopraggiunta inidoneità fisica del lavoratore alle mansioni cui è adibito ammetta il licenziamento per giustificato motivo oggettivo; e che non esista un obbligo c.d. di « *repêchage* » (guarda caso, espresso in lingua francese, e giustamente, come si vedrà) per il datore di lavoro nell'ambito dell'impresa, non dovendo perciò l'imprenditore dare prova dell'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse, compatibili con la situazione fisica del lavoratore.

Fra le decisioni più recenti in questo senso (ma le sentenze sono molto più numerose e tutte coerenti) cfr. Cass. 23 ottobre 1998, n. 10559, in *MGL*, 1999, p. 158; 17 giugno 1997, n. 5416 in *DPL*, 1997, p. 2703; 6 novembre 1996, n. 9684 in *RIDL*, 1997, I, p. 612 e in *MGL*, 1996, p. 768; 2 aprile 1996, n. 3040, in *DPL*, 1996, p. 2807; 13 marzo 1996, n. 2067, in *DPL*, 1996, II, p. 453; addirittura (20 marzo 1992, n. 3517 in *MGL*, 1992, p. 210) ribadendo l'inesistenza di un obbligo di « *repêchage* » persino se l'invalidità dipenda dai compiti attribuiti al lavoratore.

A sorpresa, con la sentenza Cass. S.U. 7 agosto 1998, n. 7755 (in *MGL*, 1998, p. 876) si ribalta questo consolidato indirizzo: si mette in capo all'imprenditore un'obbligazione che è sì solo di mezzi, con richiesta di adoperarsi per trovare nell'impresa altre mansioni compatibili con le ridotte capacità fisiche del lavoratore; ma è abbastanza impositiva da chiedere al datore di lavoro di fornire la prova dell'impossibilità del « *repêchage* » e cioè l'aggravio che quest'ultimo comporterebbe all'organizzazione di impresa o al suo buon andamento.

La decisione delle Sezioni Unite è certo discutibile (ed addirittura disattesa, recentemente,

da Trib. Roma 19 marzo 1999, in *Guida al lavoro*, 1999, n. 18, p. 29), ma certo ha un precedente di non scarso peso nella legislazione francese: nella quale all'art. L. 122-24-4 *Code du Travail* (in base alla legge n. 1446 del 1992) c'è l'obbligo per l'imprenditore di proporre al lavoratore altre mansioni adatte alle sue capacità fisiche, quanto più possibile simili alle mansioni prima svolte, addirittura, se necessario, arrivando a cambiare o modificare posizioni di lavoro nell'impresa.

La norma prevede che il lavoratore che entro un mese non trovi una ricollocazione nell'impresa — o se non viene licenziato per impossibilità a trovare mansioni a lui adatte — avrà diritto alla retribuzione percepita prima della sospensione del rapporto per malattia e infortunio. E, fin qui, le opinioni possono naturalmente — in Italia — essere difformi, potendosi fondare da un lato sul potere organizzativo dell'impresa, dall'altro su aperture sociali al tentativo di conservare, pur in mansioni inferiori, il posto al lavoratore, di cui già si hanno numerose indicazioni giurisprudenziali.

Ma la sentenza della *Cour de Cassation* che ha generato questa riflessione (*Cassation Chambre Sociale* 16 giugno 1998, n. 96 — 41.877, SNC Paragerm c. Castanet) va ben oltre i termini del diritto positivo e delle imposizioni di « *repêchage* » del *Code du Travail*.

Ignorando la cura, direi quasi la pignoleria, con cui l'art. L. 122-24-4 si riferisce all'ambito dell'impresa (« *l'une des tâches existantes dans l'entreprise* »; « *si le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise* »; « *inaptitude à tout emploi dans l'entreprise* »), come oggetto ben preciso della disposizione, la *Chambre Sociale* deriva la necessità per l'imprenditore di cercare la possibilità di riclassificazione del lavoratore, fisicamente inabile a proseguire il rapporto nelle sue mansioni abituali, nell'ambito del gruppo di cui fa parte l'impresa; e, del gruppo, nell'ambito delle imprese la cui attività, organizzazione e luogo di esecuzione del lavoro consentano un cambio di parte del personale.

Ovvie le perplessità che una tale decisione può suscitare nel giurista italiano, in relazione alla giurisprudenza del nostro Paese, per la quale, e recentemente, si è giunti, come si è visto con la sentenza n. 7755 del 1998, ad un onere della prova per il datore di lavoro dell'impossibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni nell'ambito dell'impresa e tali comunque *che potrebbero comportare mutamenti organizzativi a giudizio insindacabile dell'imprenditore*: più un gesto di buona volontà, perciò, che un reale obbligo.

In Francia si constata invece un'accentuazione dei diritti difensivi del posto di lavoro, qualunque sia la causa del rischio di perderlo; e il gruppo viene designato come perimetro relativo alla sistemazione del lavoratore in ben tre casi ormai: nel licenziamento per motivi economici, nel caso di infortunio sul lavoro e ora anche nell'ipotesi di malattia non professionale. La stessa dottrina francese ammette (Paulin, nei *Sommaires Commentés del Recueil Dalloz*, 1999, p. 38) che stabilire come spazio per la sistemazione del lavoratore uno più vasto che quello inerente giuridicamente al rapporto bilaterale fra lavoratore e proprio datore di lavoro è un provvedimento che appare audace e di poco probabile riuscita: se l'imprenditore dovrà dimostrare l'impossibilità di sistemazione del lavoratore sia nella sua impresa sia in mancanza, nel gruppo, dovrebbe, a dispetto della totale separazione giuridica delle varie società costituenti il gruppo, conoscere le posizioni di lavoro disponibili nelle imprese diverse dalla sua; e anche nel caso in cui un posto adatto possa essere individuato, resta la possibilità — o addirittura la probabilità — che l'impresa che dovrebbe accogliere il lavoratore rifiuti la cessione del contratto.

D'altro canto, si ravvisa nella giurisprudenza francese una delimitazione del concetto di gruppo ai fini individuati, poiché non tutto il gruppo è interessato ai problemi del rapporto di lavoro, ma solo le società di esso che presentino una simile organizzazione (come già sostenuto dalla *Cour de Cassation Chambre Sociale*, 25 giugno 1992): il che, sulla base pragmatica che forzosamente caratterizza la trattazione del fenomeno « gruppo », potrebbe anche essere discutibile, poiché rispetto al criterio del tipo di attività delle imprese dovrebbe allora prevalere la rilevanza delle capacità professionali del lavoratore in relazione ai posti disponibili in quel genere di mansioni (un lavoro di segreteria non dovrebbe essere riferito al tipo di attività dell'impresa, ma solo alle competenze professionali richieste).

Resta da rilevare l'assurdità di norme imperative e di giudizi di legittimità fondati su inesistenti — e inesigibili — legami di responsabilità fra il datore di lavoro e le altre società del gruppo, o l'intero gruppo; e, ancor più, fra il lavoratore e le altre società del gruppo.

Non rimane che notare (come Kessous, *La recherche du reclassement dans la groupe comme préalable au licenciement économique in Droit social*, 1992, p. 826) che si tratta di un « dovere civico » di impiego del lavoratore; ed auspicare che la progressione pragmatica dei gruppi trovi nel diritto un adattamento meno frammentario di quello odierno.

Nuove forme di flessibilità del mercato del lavoro spagnolo: la clausola di « sganciamento salariale »

Carmen Agut García (*)

Sommario

1. La riforma del 1994: nuove strategie per una maggiore flessibilità nel mercato del lavoro. 2. La clausola di « sganciamento salariale »: il paradosso di una flessibilità garantita dall'intervento statale. 3. La natura giuridica della clausola di « sganciamento salariale ». 4. L'obbligatorietà della clausola di « sganciamento salariale ». 5. Il regime giuridico: fattispecie ed effetti giuridici.

1. La riforma del 1994: nuove strategie per una maggiore flessibilità nel mercato del lavoro.

Il Real Decreto Legislativo 24 marzo 1995, n. 1, contenente il *Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (Statuto dei lavoratori -SL-)*, disciplina il rapporto individuale di lavoro (Titolo I), la rappresentanza unitaria dei lavoratori nell'impresa (Titolo II) e la contrattazione collettiva (Titolo III). Questa legge raccoglie in un Testo Unico la disciplina dello Statuto dei lavoratori di cui alla Legge 10 marzo 1980, n. 8, così come integrata e modificata dalla normativa successiva e, in particolare, dalla Legge 19 maggio 1994, n. 11 che, oltre a contenere la delega per la predisposizione del Testo Unico, ha realizzato una ampia riforma del diritto del lavoro spagnolo.

Tralasciando in questa sede una analisi dei profili della rappresentanza collettiva, in quanto rispondono a logiche — e politiche del lavoro — del tutto peculiari, il significato dell'intervento di riforma della disciplina del rapporto individuale di lavoro e della contrattazione collettiva si comprende alla luce di un concetto più che mai utilizzato — e abusato — in questo ultimo decennio: quello della « flessibilità ». Flessibilità intesa alla stregua di un minor intervento dello Stato nel mercato del lavoro; circostanza questa che presuppone un maggior rilievo della volontà dell'imprenditore o, comunque, un rinvio più ampio alla potestà normativa delle parti sociali. Da questo punto di vista, in particolare, gli obiettivi perseguiti con la introduzione di dosi sempre più consistenti di flessibilità si orientano verso due direzioni distinte: da un lato, si cerca di sostenere le imprese che versano in una situazione di crisi economica, salvaguardando al contempo gli interessi generali all'occupazione dei lavoratori; dall'altro lato, si cerca di creare un contesto normativo favorevole per la competitività di tutte le imprese.

Per quanto concerne il rapporto individuale di lavoro le modificazioni introdotte dalla riforma del 1994 hanno toccato tutti gli aspetti più importanti del contratto di lavoro subordinato, e cioè le fasi di costituzione, svolgimento e cessazione del rapporto di lavoro (cfr. Duran López, 1996).

note

(*) Questo articolo costituisce una breve sintesi di un più ampio lavoro dal titolo *La cláusula de descuelgue salarial (la clausula de inaplicación del régimen salarial pactado en el convenio colectivo supraempresarial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. L'autrice è estremamente grata a Federica Gambini e Alessandra Lopez per la redazione in lingua italiana del presente articolo.

**Nuove forme di
flessibilità del lavoro
spagnolo**
Carme Agut García

Rispetto alla costituzione del rapporto, oltre alla legalizzazione delle agenzie di lavoro temporaneo (Legge n. 14/1994), si è registrata la soppressione del monopolio pubblico del collocamento sin qui gestito dall'*Instituto Nacional de Empleo* e la contestuale apertura alle agenzie di collocamento private senza fini di lucro (Legge n. 10/1994). La riforma ha altresì inciso sulle diverse tipologie contrattuali di accesso al mercato del lavoro, soprattutto su quelle di durata temporanea, quantunque il legislatore abbia cercato, più recentemente, di sostenere l'occupazione stabile. A sostegno del contratto a tempo indeterminato, in attuazione degli impegni sottoscritti tra le parti sociali nell'Accordo interconfederale del 28 aprile 1997 (v. Loffredo, 1997), sono state successivamente promulgate la Legge 26 dicembre 1997, n. 63, contenente disposizioni urgenti per la razionalizzazione del mercato del lavoro e il sostegno alla occupazione a tempo indeterminato e la Legge 26 dicembre 1997, n. 64, di incentivazione fiscale e contributiva alla contrattazione a tempo indeterminato. Ancora più recentemente, è stato poi promulgato il Real Decreto Legge 27 novembre 1998, n. 15, di sostegno alla stabilizzazione della occupazione a tempo parziale.

Accanto alla flessibilità in entrata, la riforma ha riguardato anche la flessibilità in uscita: il legislatore ha delimitato, in particolare, le ipotesi in cui il licenziamento deve considerarsi nullo, e cioè in casi in cui non esiste alternativa alla reintegrazione del lavoratore, estendendo contestualmente le ipotesi di licenziamento « *improcedente* », e cioè i casi in cui è possibile monetizzare il licenziamento del lavoratore (45 giorni per anno di servizio, per un massimo di 42 mensilità) in luogo di procedere alla sua reintegrazione. La nullità del licenziamento è ora limitata ai soli casi di lesione di diritti fondamentali del lavoratore. Inoltre, sempre nel caso di licenziamento « *improcedente* » (e cioè nella ipotesi del licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo), la Legge n. 63/1997 consente ora di imputare al lavoratore indennità inferiori a quelle standard, e cioè fino a 33 giorni per anno di servizio, per un massimo di 24 mensilità, nel caso in cui il lavoratore sia stato assunto con un contratto a tempo indeterminato « *para el fomento de la contratación indefinida* » allorché il licenziamento sia riconducibile a motivi economici.

La riforma ha poi contribuito a precisare i contorni della fattispecie del licenziamento collettivo (art. 51, SL) rispetto a quella del licenziamento individuale per motivi oggettivi (art. 52, comma 2, lett. c), SL). Indicata la scriminante tra le due fattispecie nel requisito numerico (1), la legge introduce una differenza di carattere procedurale tra i due tipi di licenziamenti che, comunque, mantengono la stessa finalità e la stessa giustificazione in funzione di ragioni economiche, tecniche, organizzative o produttive. Infatti, in caso di licenziamento individuale è sufficiente per l'imprenditore comunicare la propria volontà al lavoratore, previo versamento di una indennità pari a 20 giorni per anno di servizio, per un massimo di 12 mensilità, laddove nel caso di licenziamento collettivo è necessaria una comunicazione preventiva alla Autorità Amministrativa, previo esperimento di un tentativo di accordo con le rappresentanze sindacali o unitarie dell'impresa.

Altro profilo della riforma è quello relativo alla c.d. flessibilità funzionale. La nuova disciplina ha infatti ampliato le prerogative manageriali nella gestione del personale, consentendo di introdurre modificazioni alle condizioni di lavoro precedentemente pattuite. I punti toccati dalla riforma variano dalla tipologia di prestazione dedotta in contratto al luogo di esecuzione della prestazione, fino incidere sul modo di adempiere all'obbligazione lavorativa.

Rispetto al tipo di prestazione dedotta in contratto, l'articolo 39 dello Statuto dei Lavoratori consente ora al datore di lavoro ampi margini di flessibilità, individuando quali unici limiti alla modificazione unilaterale della prestazione quelli che derivano dal titolo di studio richiesto per l'esecuzione della attività dedotta in contratto e dalla appartenenza ad un gruppo o categoria professionale (e cioè relativi all'inquadramento del lavoratore). Il datore di lavoro può modificare le mansioni inizialmente assegnate al lavoratore senza alcun limite se rispetta l'inquadramento previsto dal contratto collettivo; inoltre è previsto anche lo spostamento a mansioni inferiori (così come a mansioni superiori) in presenza di ragioni economiche, tecniche, organizzative o produttive. Unico limite al demansionamento del lavoratore è la sussistenza di necessità perentorie e imprevedibili legate all'attività lavora-

note

(1) Il licenziamento è collettivo quando colpisce la totalità dei lavoratori del centro di lavoro, sempre che in questo siano occupati più di cinque lavoratori, o quando durante un periodo di novanta giorni coinvolge:

a) dieci lavoratori, nelle imprese con meno di cento lavoratori;

b) Il 10% del numero del numero dei lavoratori delle imprese in cui siano occupati dai cento ai trecento lavoratori;

c) Trenta lavoratori, nelle imprese con trecento o più lavoratori.

tiva, previa comunicazione del cambiamento *in peius* ai rappresentanti dei lavoratori. In questi casi la retribuzione sarà corrispondente alle mansioni effettivamente svolte dal lavoratore, salvo in caso di demansionamento rispetto al quale il lavoratore ha diritto a mantenere la retribuzione originariamente pattuita.

Rispetto alla modificazione del luogo di lavoro, l'articolo 40 consente al datore di lavoro lo spostamento geografico o introaziendale senza alcun limite laddove non sia previsto un mutamento di residenza (permanente o temporaneo) del lavoratore. Nel caso contrario lo Statuto disciplina due distinte ipotesi: a) lo spostamento che comporta un mutamento di residenza permanente del lavoratore (almeno 12 mesi nell'arco di 3 anni) e b) lo spostamento temporaneo (meno di 12 mesi nell'arco di 3 anni). In entrambi i casi, per la legittimità del mutamento del luogo di lavoro, è necessario che sussistano motivate ragioni economiche, tecniche, organizzative o produttive. Tuttavia, nel primo caso (*traslado*) è possibile distinguere fra quelli a carattere individuale e quelli collettivi, secondo un criterio numerico analogo a quello utilizzato per il licenziamento collettivo. Se il trasferimento è individuale, è sufficiente la comunicazione al lavoratore e ai rappresentanti dei lavoratori della volontà dell'impresa di effettuare il trasferimento perché questa diventi effettiva. Se lo spostamento è invece collettivo, la decisione dell'imprenditore dovrà essere preceduta da un periodo di consultazione, non vincolante e comunque non inferiore ai quindici giorni, con i rappresentanti dei lavoratori, a conclusione del quale l'imprenditore prenderà la sua decisione e la comunicherà ai lavoratori che saranno obbligati ad accettarla.

Per quanto riguarda lo spostamento temporaneo (*desplazamiento*), non si prende in considerazione il numero dei lavoratori coinvolti, in quanto è sufficiente la comunicazione al lavoratore perché questo abbia effetto.

Oltre all'effettività immediata della misura stabilita dall'imprenditore, in tutti i casi indicati, la legge permette al lavoratore di estinguere il suo rapporto di lavoro in caso di spostamento geografico, ricevendo un'indennità quantificabile in 20 giorni di retribuzione per anno di servizio, fino ad un massimo di 12 mensilità.

Infine, lo Statuto disciplina, nell'articolo 41, *le modifiche sostanziali delle condizioni di lavoro*, rinviando a questo per i cambiamenti inerenti durata e orario, turni di lavoro, remunerazione, organizzazione del lavoro e rendimento. Anche secondo questa norma è necessario che sussista una causa giustificativa del provvedimento, ossia, come visto in precedenza, ragioni economiche, tecniche, organizzative o produttive, che hanno come obiettivo il miglioramento della competitività dell'impresa; allo stesso modo, si distingue tra modifiche individuali e collettive, anche se il criterio utilizzato non è tanto quello del numero dei lavoratori coinvolti (criterio cui si ricorre solo in alcuni casi), quanto quello della natura della condizione d'impiego che si vuole modificare. Si ritengono così di natura individuale le condizioni di lavoro spettanti ai lavoratori a titolo individuale, e collettive quelle contemplate nei contratti collettivi o considerate tali per decisione unilaterale dell'imprenditore. La modificazione individuale potrà essere realizzata con la semplice comunicazione al lavoratore interessato e ai suoi rappresentanti. Le modifiche collettive vengono differenziate trattate a seconda di quale sia la fonte che le disciplina: le condizioni che sono riconosciute nei contratti collettivi « statutarie » (2), potranno essere modificate solo in seguito ad un accordo tra l'imprenditore e i rappresentanti legali dei lavoratori nell'unità produttiva (cosa che potrebbe corrispondere, dati i requisiti richiesti ai soggetti che intervengono, a una contrattazione statutaria in ambito imprenditoriale, per l'aspetto concreto che si vuole modificare). Le restanti modifiche sostanziali, riguardanti le condizioni di lavoro a carattere collettivo, seguono, in generale, un procedimento analogo a quello adottato per il trasferimento: dovranno cioè essere precedute da un periodo di consultazioni con i rappresentanti dei lavoratori, non vincolante, alla fine del quale l'imprenditore prenderà la sua decisione e la comunicherà ai lavoratori; come nel caso

note

(2) La contrattazione collettiva "statutaria", secondo quanto ritenuto dalla maggior parte della dottrina e dalla giurisprudenza spagnola, è quella realizzata conformemente a quanto stabilito dallo Statuto dei Lavoratori. Per questa ragione ha efficacia normativa, ossia di norma giuridica (in contrapposizione all'efficacia obbligatoria, derivante da un contratto) ed *erga omnes*. Contrariamente, la contrattazione "extra-statutaria" è quella realizzata marginalmente rispetto allo Statuto dei Lavoratori (soprattutto per quanto riguarda l'assenza di capacità negoziale dei sindacati che vi prendono parte), e che per questo motivo non ha efficacia *erga omnes*, ma solo un'efficacia soggettiva limitata ai lavoratori iscritti ai sindacati firmatari del contratto; la dottrina sta discutendo in merito alla sua efficacia normativa o obbligatoria.

**Nuove forme di
flessibilità del lavoro
spagnolo**
Carme Agut García

precedente, il lavoratore potrà estinguere il suo contratto di lavoro ricevendo la medesima indennità prevista per il trasferimento.

Si arriva così a quella che viene comunemente definita « clausola di sganciamento salariale » (*cláusola de descuelgue salarial*), introdotta dalla Legge 19 maggio 1994, n. 11, che ha novellato l'articolo 82, comma 3, dello Statuto dei Lavoratori, con la quale si permette che, in presenza di determinate condizioni, la prestazione che l'imprenditore deve obbligatoriamente effettuare, ossia la corresponsione del salario, possa essere modificata nell'ambito dell'impresa. Si tratta di una procedura che presenta delle evidenti connessioni con quanto appena indicato: come nel caso di licenziamento o di trasferimento del lavoratore, la situazione di crisi in cui versa l'azienda può consentire una modificazione dei termini dello scambio negoziale che sta alla base dei contratti di lavoro fino al punto di incidere sul trattamento retributivo. In questo modo, si potrebbe dire che con la clausola di sganciamento salariale il legislatore spagnolo ha aggiunto un nuovo elemento, allo scopo di agevolare la flessibilità del rapporto individuale di lavoro. Ciò nonostante, l'articolo 82, comma 3, è situato nel Titolo III dello Statuto dei Lavoratori, riguardante la contrattazione collettiva, perché il salario a cui si fa riferimento è esattamente quello previsto dal contratto collettivo di livello superiore rispetto a quello aziendale, ed il meccanismo della clausola di sganciamento opera all'interno dello stesso accordo, come vedremo più avanti.

In effetti, anche la contrattazione collettiva è stata oggetto di importanti modificazioni ad opera della Legge 19 maggio 1994, n. 11, sempre in merito alla flessibilità. A tal riguardo, un minore intervento statale implica allo stesso tempo un maggior numero di materie in cui deve intervenire la contrattazione collettiva, ampliando il numero di norme a carattere dispositivo, a scapito di quelle imperative.

Esempi di materie per cui è preferibile l'applicazione di quanto disposto dal contratto collettivo sono, tra le altre: la durata del periodo di prova (art. 14, SL), la durata del contratto a termine per lavori straordinari (art. 15.1.b, SL), la distribuzione irregolare della giornata lavorativa, nel rispetto del numero massimo di ore che possano essere realizzate annualmente (art. 34, SL), la retribuzione delle ore di straordinario, rispettando quella dell'ora ordinaria (art. 35, SL), etc. Allo stesso tempo, sono state delegificate alcune questioni che, in questo modo, vengono risolte secondo quanto disposto in sede di contrattazione collettiva. Tra queste ipotesi possiamo indicare: il sistema delle promozioni (art. 24 SL), le indennità di anzianità (art. 25, SL), o la fissazione del periodo di accreditamento della seconda liquidazione straordinaria (art. 31, SL).

Accanto alla delegificazione, l'esigenza di assecondare maggiore flessibilità ha comportato un significativo processo di decentramento (3); il legislatore ha cioè cercato di incentivare la contrattazione nei livelli inferiori, rispetto a quelli superiori, per tutti i tipi di accordi: così, ad esempio, il livello della Comunità Autonoma viene preferito a quello statale, mentre quello provinciale viene preferito a quello della Comunità Autonoma (4). In questo contesto, una particolare attenzione va riservata al livello aziendale, considerato l'esempio principale di decentramento. Lo Statuto dei lavoratori permette che determinate materie vengano stabilite dal contratto collettivo o, in mancanza, dall'accordo fra l'imprenditore e i rappresentanti dei lavoratori, all'interno dell'impresa. In questo senso dispone, per esempio,

note

(3) Occorre precisare che, in Spagna, la contrattazione collettiva "statutaria" non è limitata a determinati livelli di contrattazione; questi dipendono interamente dalla volontà delle parti coinvolte nella negoziazione. Quindi, nella contrattazione collettiva non si distingue fra un livello nazionale e uno d'impresa. Oltre a questi due livelli possono esistere molti altri (sempre in riferimento a criteri territoriali, funzionali o personali), come, ad esempio, livelli regionali, provinciali, relativi ad un centro di lavoro o ad una determinata categoria di lavoratori di un'impresa, etc. I contratti collettivi spagnoli si distinguono in contratti a livello sovraziendale e contratti a livello aziendale, o inferiore, tenendo conto del fatto che, in entrambi i casi, è ammesso qualsiasi livello di contrattazione. Il principio che permette di scegliere il contratto applicabile nell'impresa, in presenza di differenti contratti, è quello di "no *concurrentia*", in base al quale un contratto collettivo in vigore non può essere pregiudicato da un altro contratto avente un distinto livello, inferiore o superiore (ovviamente, se i contratti sono riconducibili ad un stesso livello, vale il principio di "sucesión normativa", per cui la norma posteriore deroga quella anteriore (vedi art. 82, comma 4, SL)); ciò fa supporre una preferenza per il criterio della "priorità nel tempo", rispetto ad altri che si sarebbero potuti accogliere come, ad esempio, quello della norma più favorevole (vedi art. 84, SL). Il criterio della "no *concurrentia*" rappresenta la norma generale, ma lo Statuto dei lavoratori ammette che, in determinati casi, alcune tipologie contrattuali possano essere modificati mentre sono in vigore. Anche le organizzazioni sindacali e le associazioni imprenditoriali più rappresentative, a livello statale o di Comunità Autonoma, potranno negoziare accordi collettivi in cui vengano stabiliti criteri di sovrapposizione fra contratti (art. 83, comma 2, SL).

(4) Ad esempio, l'articolo 84 dello Statuto, ad eccezione di determinate materie, ammette che contratti di livello superiore rispetto a quello aziendale ne possano pregiudicare altri a un livello ancora maggiore.

l'articolo 22 Statuto dei lavoratori, sul sistema di classificazione professionale; l'articolo 31 Statuto dei lavoratori, sulla fissazione della data di una delle liquidazioni straordinarie; l'articolo 34 Statuto dei lavoratori, sulla distribuzione irregolare della giornata di lavoro nell'arco dell'anno, etc.

Seguendo questa linea, anche la clausola di sganciamento salariale permette un trattamento individualizzato per quell'impresa al cui regime salariale si fa riferimento, sebbene, come vedremo più avanti, questa presenti un regime giuridico speciale, che fa sì che non possa essere considerata semplicemente una materia aggiuntiva rispetto a quella trattata dalla contrattazione aziendale.

2. La clausola di « sganciamento salariale »: il paradosso di una flessibilità garantita dall'intervento statale.

Dopo la novella degli articoli 82, comma 3, e 85, comma 1, lett. c) dello Statuto dei Lavoratori, operata dalla Legge 19 maggio 1994, n. 11, compete ai contratti collettivi di livello superiore a quello aziendale stabilire le condizioni e le procedure che possono consentire ad una determinata impresa: a) di non applicare il regime salariale contenuto nel contratto collettivo di livello superiore (provinciale, regionale, statale ...) ad essa applicabile, se questo può danneggiare la stabilità economica di questa impresa; b) la determinazione, in sostituzione, di un diverso regime salariale applicabile, ovviamente di livello inferiore.

La clausola di sganciamento salariale trova dunque per la prima volta un espresso riconoscimento in una norma di legge, sebbene non fosse sconosciuta ai grandi accordi della transizione democratica, sottoscritti dai rappresentanti sindacali, da quelli dell'impresa e, in alcune occasioni, anche dal Governo (5), che potevano prevedere una regolamentazione simile.

Questo meccanismo di flessibilità si aggiunge a quelli precedentemente indicati, la mobilità geografica e funzionale, la modifica sostanziale delle condizioni di lavoro e inoltre la sospensione e l'estinzione del contratto per cause economiche, tecniche, organizzative o produttive. Tutte queste ipotesi si presentano come eccezioni a una regolamentazione generale e trovano piena giustificazione e ragione d'essere in questo concetto di flessibilità. Da questo punto di vista, il mutamento di paradigma rispetto alle tradizionali tecniche di tutela del diritto al lavoro è evidente. Pare infatti paradossale che sia proprio la disciplina di legge, sin qui intesa a proteggere il contraente debole del rapporto di lavoro, a garantire margini di flessibilità nell'interesse delle imprese. Ma che si tratta di un falso paradosso è reso evidente dalla circostanza che l'interesse delle imprese viene a coincidere con l'interesse generale all'occupazione.

3. La natura giuridica della clausola di « sganciamento salariale ».

Lo Statuto dei lavoratori fa riferimento alla clausola di sganciamento salariale in due articoli: nell'articolo 82, comma 3, viene introdotto il suo regime giuridico, mentre l'articolo 85, comma 2, lett. c) considera la clausola come contenuto minimo del contratto collettivo. L'articolo 82, comma 3, dispone:

« (...) i contratti collettivi di livello superiore a quello aziendale stabiliranno le condizioni e le procedure grazie alle quali è possibile evitare l'applicazione del regime salariale a loro riferibile, per quelle imprese la cui stabilità economica potrebbe essere pregiudicata da tale regime generale.

Se questi contratti non contengono la clausola di inapplicazione, quest'ultima potrà prodursi solo in seguito ad un accordo fra imprenditore ed i rappresentanti dei lavoratori, quando la situazione economica dell'impresa lo renda necessario. In caso di mancato accordo, la questione verrà risolta dalla commissione paritetica del contratto. Le nuove condizioni salariali verranno determinate mediante accordo fra l'impresa ed i rappresentanti dei lavoratori e, in mancanza, con intervento della commissione paritetica del contratto ».

L'articolo 85, comma 2, dispone:

« Senza pregiudicare la libertà contrattuale a cui fa riferimento il comma precedente, i

note

(5) Detti accordi furono: Acuerdo Base sobre Negociaci/n Colectiva (1979), Acuerdo Básico Interconfederal (1979), Acuerdo Marco Interconfederal para la negociaci/n colectiva (1980), Acuerdo Marco Interconfederal Revisado (1981), Acuerdo Nacional de Empleo (1981) ed Acuerdo Interconfederal (1983).

**Nuove forme di
flessibilità del lavoro
spagnolo**
Carme Agut García

contratti collettivi dovranno presentare, come contenuto minimo, quanto segue: condizioni e procedure che permettano alle imprese incluse nel livello del contratto di non applicare il regime salariale previsto dal contratto quando questo sia superiore a quello aziendale, conformemente a quanto stabilito nell'articolo 82, comma 3 ».

Muovendo dal riferimento che l'articolo 82, comma 3, dello Statuto dei lavoratori fa agli accordi o patti aziendali, la dottrina spagnola dibatte se la clausola di sganciamento rappresenti un vero e proprio contratto collettivo (Palomeque López M.C. y Álvarez de la Rosa M., 1998, p. 255; Valdés Dal-Ré F., 1994, p. 291) ovvero una terza figura negoziale a cavallo tra il contratto collettivo e il contratto individuale (Alfonso Mellado C.L., Pedrajas Moreno A. y Sala Franco T., 1995, p. 1393; Borrajo Dacruz E. 1996, p. 313; Escudero Rodríguez R., 1994, p. 55; Fernández López M^aF., 1991, p. 95; Ramírez Martínez J.M. y otros, 1996, p. 73), sebbene dotata di effetti *erga omnes*. In questi termini, tuttavia, il problema pare male impostato. A nostro avviso, infatti, l'adesione a una qualsiasi delle correnti dottrinali indicate conduce a una visione parziale della clausola di sganciamento salariale, poiché l'attenzione viene concentrata su uno solo dei meccanismi in grado di renderla esecutiva, senza tenere conto di quello che questa rappresenta, se globalmente considerata.

La clausola di sganciamento salariale è, in realtà, un istituto giuridico molto più semplice di quello che il dibattito dottrinale potrebbe far intendere: essa è semplicemente una clausola che viene ad aggiungersi a quelle già previste da un contratto collettivo sovraziendale. Le particolarità vengono dal modo in cui essa è regolata dallo Statuto dei lavoratori, cioè dalla sua obbligatorietà e, in particolare, dal modo in cui viene messa in pratica. In altri termini, le sue peculiarità scaturiscono dal modo in cui agiscono i diversi elementi della sua struttura per permettere la sua effettività finale.

In effetti, a differenza delle clausole ordinarie del contratto collettivo, come ad esempio quella relativa all'applicazione del regime salariale generale, dove al presupposto di fatto (impresa assoggettata al livello del contratto) corrisponde una chiara conseguenza giuridica (applicazione del regime salariale), nella clausola di sganciamento salariale, tanto il presupposto di fatto quanto la conseguenza giuridica, richiedono il ricorso a meccanismi più o meno complessi per la loro determinazione. Detti meccanismi, in taluni casi, potranno dare luogo ad accordi fra imprenditore e rappresentanti dei lavoratori, ma non sempre, e quindi i distinti processi che rendono effettiva la clausola di sganciamento salariale non alterano la sua natura di elemento integrante del contratto sovraziendale.

Da ciò risulterebbe che, nella clausola di sganciamento, *presupposto di fatto* è l'impresa in crisi mentre *conseguenza giuridica* è l'inapplicabilità del regime salariale e l'applicazione, al suo posto, di un diverso regime. È vero che, in molti casi, il contratto collettivo sovraziendale non determina esattamente questi estremi, rinviando a diversi procedimenti per la sua verifica. Lo stesso Statuto dei lavoratori, prevedendo la possibilità di omettere tale clausola nel contratto sovraziendale, può delinearne una alternativa e specifica, guardando ai numerosi modelli che la pratica offre. A tal proposito, la clausola di sganciamento, applicabile nel caso in cui nulla sia previsto dal contratto sovraziendale, opererà nel seguente modo: a) per la determinazione del presupposto di fatto (l'impresa in crisi), sarà necessario l'accordo fra imprenditore e rappresentanti dei lavoratori (in mancanza, la decisione verrà rimessa alla commissione paritetica); b) riguardo alla conseguenza giuridica (l'inapplicabilità del regime salariale generico e la sua sostituzione con uno diverso), sarà nuovamente necessario l'accordo tra i rappresentanti dei lavoratori e l'imprenditore o, mancando questo, la decisione della commissione paritetica.

Ammettendo quanto precedentemente detto, guardiamo ora la natura giuridica dei diversi elementi che permettono lo sganciamento salariale: l'accordo aziendale, la decisione della commissione paritetica, l'arbitrato, etc. In questo senso, sembra chiaro che, data la loro diversità, non è possibile ricondurli a una configurazione unitaria. Non si deve poi dimenticare che l'intervento di tali figure è dovuto al fatto che una delle clausole del contratto sovraziendale, quella di sganciamento, così ha previsto, cosa che significa che, ciò che è stato deciso tenendo in considerazione questi meccanismi, avrà il potere di obbligare direttamente grazie al contratto collettivo sovraziendale.

D'altro lato, ciò suppone che non è possibile affermare che la clausola di sganciamento salariale costituisce un'eccezione alla forza vincolante del contratto collettivo o alla sua efficacia generale, dato che tutti gli effetti della clausola sono voluti dallo stesso contratto, sebbene questo comporti l'applicazione di regimi retributivi differenziati, per alcune delle imprese assoggettate al suo livello di applicazione. Allo stesso tempo, non si può parlare di

eccezione alle previsioni legali sulla sovrapposizione di contratti, dato che non può esistere nessuna sovrapposizione tra il contratto e una delle sue clausole.

Nuove forme di
flessibilità del lavoro
spagnolo
Carne Agui García

4. L'obbligatorietà della clausola di « sganciamento salariale ».

L'obbligatorietà che la regolamentazione legale della clausola di sganciamento implica, propone almeno due aspetti che devono essere considerati. Da un lato, il fatto che sembra esistere un'apparente contraddizione fra gli articoli 82, comma 3, e 85, comma 2, lett. c) dello Statuto dei lavoratori, e dall'altro lato, il fatto che è possibile che l'imposizione che lo Statuto fa, ai soggetti che intervengono nella contrattazione sovraziendale della clausola di sganciamento salariale, costituisca un'attentato all'autonomia negoziale dei soggetti collettivi garantita dall'articolo 37, comma 1, della Costituzione.

Per quanto concerne la prima questione, è facile constatare che l'articolo 85, comma 2, lett. c), SL richiede che la clausola di sganciamento salariale figuri come contenuto minimo obbligatorio del contratto collettivo sovraziendale, mentre l'articolo 82, comma 3, prevede, in mancanza di una disciplina convenzionale, una particolare clausola di sganciamento che, come abbiamo visto, verrebbe imposta alle parti contraenti.

La mancata incorporazione di una clausola di sganciamento salariale nel contratto collettivo sovraziendale fa sì che le parti debbano necessariamente ricorrere a quella prevista in via suppletiva dall'articolo 82, comma 3. Secondo quanto detto, la clausola di sganciamento deve sempre essere prevista all'interno del contratto collettivo, sia mediante contrattazione espressa, sia ammettendo la clausola suppletiva dello Statuto dei lavoratori. L'articolo 85, comma 2, lett. c) resterebbe comunque un precetto inutile se la sua effettività non venisse preservata ricorrendo ad una interpretazione alquanto forzata, da porre in relazione ad un'altra questione di cui si è occupata sempre la dottrina (Albiol Montesinos I., 1996, p. 92; Baylos Grau A., 1994, pp. 330-331; González Ortega S., 1994, p. 348; Iglesias Cabero M., 1997, p. 273; Ojeda Avilés A., 1995, p. 763; Garrido Pérez E., 1995, p. 369; Pérez de los Cobos Orihuel F., 1997, p. 193; Sala Franco T., 1994, p. 240; Valdeolivas García Y., 1996, p. 141): la presenza di clausole che proibiscono lo sganciamento salariale. In effetti, la particolare preoccupazione, riscontrabile nello Statuto dei lavoratori agli articoli relativi allo sganciamento salariale, lascerebbe intendere che la sua volontà è chiara in merito al fatto che sia sempre e comunque necessaria la sua presenza; forse l'articolo 85, comma 2, lett. c) potrebbe manifestare la sua efficacia impedendo una regolamentazione convenzionale che proibisca lo sganciamento salariale.

L'altra questione relativa all'obbligatorietà della clausola di sganciamento salariale è ancora più rilevante, poiché prevede la possibile incostituzionalità di quanto stabilito dallo Statuto, con riferimento alla libertà di contrattazione collettiva di cui all'articolo 37, comma 1, della Costituzione. Tale argomento fu oggetto della relazione sottoposta al giudizio del *Defensor del Pueblo*, affinché questo facesse ricorso per incostituzionalità contro i diversi precetti contenuti nelle leggi n. 10/1994 e n. 11/1994, attraverso i sindacati più rappresentativi a livello statale, soprattutto per quanto riguarda i problemi che derivano dall'articolo 41 dello Statuto dei lavoratori. A questo proposito pare opportuno svolgere una considerazione di carattere pregiudiziale: a differenza di alcuni casi previsti dall'articolo 41, in cui viene colpito un contratto collettivo in vigore, la clausola di sganciamento salariale, in linea con quanto precedentemente indicato, è parte integrante del contratto, per cui difficilmente è riscontrabile in questa un qualcosa che possa pregiudicarne l'efficacia.

Il problema non riguarda, quindi, la modificazione di un contratto collettivo; occorre, invece, analizzare la legittimità dell'imposizione, che il legislatore fa alle parti, della necessaria presenza, nel contratto collettivo sovraziendale, della clausola di sganciamento salariale. Seguendo alcuni dei ragionamenti che il *Defensor del Pueblo* ha sviluppato per rigettare l'istanza di incostituzionalità, è opportuno sottolineare che, in linea con la stessa giurisprudenza affermatasi grazie al *Tribunal Constitucional* nella sentenza 11 giugno 1992, n. 92, il diritto alla contrattazione collettiva non è illimitato, ma può essere oggetto di una restrizione nel caso in cui concorrano elementi che giustifichino tale limitazione.

Gli elementi che potrebbero attualmente giustificare l'imposizione che la clausola di sganciamento suppone, traggono origine da due diversi profili: a) una nuova concezione della contrattazione collettiva, che vuole incentivare i livelli inferiori di contrattazione, e b) la particolare attenzione alle imprese, per individuare quelle situazioni in grado di favorire la loro permanenza nel mercato a sostegno di livelli occupazionali. In questo modo,

**Nuove forme di
flessibilità del lavoro
spagnolo**
Carme Agut García

l'imposizione per legge, al contratto collettivo, della clausola di sganciamento salariale sarebbe una pratica in linea, in primo luogo, con la Costituzione, e, in secondo luogo, con il principio di gerarchia normativa (6). Secondo quanto detto, sarebbero imputabili in capo allo sganciamento salariale alcune delle osservazioni del *Tribunal Constitucional*, relative al salario minimo interprofessionale, contenute nella sentenza 7 marzo 1984, n. 31, quando indica che « *l'istituzione del salario minimo rappresenta un intervento obbligatorio nei rapporti di lavoro, che trova una sua giustificazione nella tutela di un interesse considerato meritevole dell'attenzione dello Stato (...)* ».

5. Il regime giuridico: fattispecie ed effetti giuridici.

In merito al regime giuridico della clausola di sganciamento salariale, inizieremo a parlare del suo presupposto di fatto, in base al quale è obbligatorio identificare l'impresa suscettibile di entrare nel campo di applicazione di tale fattispecie. Sembra che non si possa dubitare del fatto che soltanto l'esistenza di una causa vincolata alla stabilità economica dell'impresa possa giustificare la sua applicazione: occorre pertanto determinare la portata dell'espressione « *danno alla stabilità economica* » dell'impresa, utilizzata nell'articolo 82, comma 3, dello Statuto dei lavoratori.

Il fatto che sia necessario che si verifichi un danno alla stabilità economica dell'impresa sembra alludere a una situazione di crisi aziendale. Per arrivare a questa conclusione è necessario considerare un secondo elemento che non compare nella regolamentazione dello sganciamento salariale effettuata dallo Statuto, ma che è contenuto nelle restanti figure previste per favorire determinate situazioni dell'impresa. In questo senso, la riforma della legge 11/1994, in merito alla flessibilità e alla capacità di adattamento dell'impresa, come indicato nell'esposizione dei motivi, perseguiva una doppia finalità: l'adeguamento dell'organico dell'impresa, in caso di situazioni economiche negative, ma anche l'adattamento ai mutamenti del mercato in cui questa opera.

La clausola di sganciamento, per la somiglianza con la causa economica del licenziamento collettivo previsto dall'articolo 51 dello Statuto dei lavoratori, sembra pensata unicamente per rispondere alla prima delle finalità proposte, ossia per contribuire al superamento, da parte dell'impresa, di una situazione economica avversa, ma non per un semplice adattamento alle nuove condizioni del mercato, se queste non sono dovute ad una precedente crisi. In base a quanto detto, l'impresa suscettibile di sganciamento salariale è quella che attraversa una situazione economica negativa, che può essere superata con il ricorso a tale misura (7).

In merito agli aspetti procedurali, lo Statuto lascia nuovamente i contraenti liberi di configurare il modello ritenuto più conveniente e, in caso contrario, suggerisce il ricorso a quello previsto dalla stessa norma. I meccanismi determinati dalla pratica contrattuale sono svariati: da contratti che richiedono l'accreditamento di perdite, essendo sufficiente la presentazione dei documenti contabili probatori, affinché sia possibile procedere allo sganciamento, fino a quelli che esigono la determinazione dello sganciamento per alcuni soggetti; in quest'ultimo caso, esistono contratti che indicano espressamente quali sono i criteri a cui si deve far riferimento per provare l'esistenza di una causa giustificativa dello sganciamento, mentre altri rimettono le decisioni interamente nelle mani degli organi competenti.

La clausola prevista in via suppletiva dallo Statuto recepisce l'ultima delle modalità, quindi non indica nessun criterio e rimette la decisione, in primo luogo, all'accordo fra i rappresentanti dei lavoratori e l'imprenditore, nella stessa impresa che pretende lo sganciamento. Se in questa sede non viene raggiunto alcun accordo, la decisione è rimessa, in una sorta di seconda istanza, alla commissione paritetica del contratto sovraziendale.

note

(6) Vedi in relazione alla sottomissione del contratto al principio di gerarchia normativa e, pertanto, alla legge, la sentenza del *Tribunal Costitucional* dell'11 giugno 1992, n. 92.

(7) Il fatto che l'articolo 82, comma 3, lasci alle parti contraenti un ampio margine di libertà per la configurazione della clausola di sganciamento, non significa che possa essere dimenticato il suo carattere causale e lo scopo che con questa viene perseguito. Resta comunque ampia la libertà lasciata alle differenti parti per l'attuazione dello sganciamento. Non infatti è la stessa cosa esigere, per il ricorso allo sganciamento, la presenza di perdite in un esercizio, rispetto a tre esercizi, come anche non fissare nessun criterio e lasciare che in ogni ipotesi decidano i soggetti contraenti.

Sembra ormai indiscutibile il fatto che possano prendere parte all'accordo sia i rappresentanti unitari che quelli sindacali: a tal proposito si pone il problema riscontrato in sede di contrattazione collettiva aziendale, in merito alla sua determinazione. Anche in tale sede è possibile adottare i criteri di priorità nel tempo, se la decisione partì dai rappresentanti dei lavoratori, o di libera scelta dell'imprenditore, se fu questi a prendere l'iniziativa. Benché lo Statuto non dica nulla al riguardo, è opportuno ritenere che, visto che in linea di principio lo sganciamento salariale coinvolge tutta l'impresa, bisognerebbe attenersi agli stessi criteri adottati sia in sede di formazione dell'organo incaricato di prendere la decisione, sia quando è richiesta la contrattazione per il livello aziendale (v. l'articolo 87, comma 1, SL).

Per quanto riguarda i differenti elementi che intervengono nella stipulazione dell'accordo, è forse necessario prestare una particolare attenzione all'esigenza di buona fede, per analogia con quanto previsto dallo Statuto per la contrattazione collettiva, la cui presenza acquisterà importanza in relazione ai termini fissati per l'adozione della decisione. Infatti, alcuni contratti collettivi prevedono espressamente i termini a cui deve essere assoggettata la conclusione dell'accordo (da dieci giorni a un mese); tuttavia nulla viene precisato in altre occasioni, come nella disciplina suppletiva dello Statuto dei lavoratori; da ciò potrebbero derivare gravi problemi pratici, capaci di rendere totalmente inefficace quanto previsto per lo sganciamento salariale, se viene meno la buona fede nell'attività di contrattazione.

Continuando con il modello previsto dallo Statuto, i soggetti che devono prendere la decisione, all'interno dell'impresa, possono giungere a diverse soluzioni: a) stabilire che esiste una causa giustificativa dello sganciamento; b) ritenere che tale causa non esiste; c) non raggiungere nessun tipo di accordo.

Nel primo caso, adottare tale decisione significa aver individuato il presupposto di fatto della clausola di sganciamento (viene identificata l'impresa in crisi), per cui è possibile passare alla determinazione della conseguenza giuridica e, successivamente, alla individuazione del nuovo regime salariale. Nella seconda ipotesi il presupposto di fatto non si verifica, per cui non è necessario procedere oltre, data l'impossibilità di applicare lo sganciamento. La terza ipotesi è decisamente significativa, poiché lo Statuto dei lavoratori, per questa situazione d'indecisione, ha previsto una particolare soluzione a garanzia della piena effettività dello sganciamento salariale, che consiste nella remissione della decisione alla commissione paritetica del contratto. In quanto a tale decisione, sembra che la commissione stessa dovrà occuparsi di come risolvere la questione, soprattutto perché l'articolo 85, comma 2, lett. e) dello Statuto dei lavoratori prevede come contenuto minimo del contratto la presenza di meccanismi in grado di porre fine alle divergenze sorte all'interno della commissione paritetica.

Una volta stabilito che, in un modo o nell'altro, l'impresa è suscettibile di sganciamento, è necessario proseguire con la seconda parte della clausola di sganciamento, ossia quella relativa alla determinazione della conseguenza giuridica: il regime salariale del contratto viene rimpiazzato da un regime differente.

Lo Statuto dei Lavoratori utilizza l'espressione « *régimen salarial* »: questa, a differenza di altri concetti relativi al salario, non presenta un significato unanimemente accolto. Il fatto che la sua identificazione sia necessaria, deriva principalmente dalla presenza, nell'articolo 41, comma 1, lett. d) dello Statuto dei Lavoratori, di una espressione simile a questa: « *sistema de remuneraciòn* ».

Non sembra, comunque, che vi siano divergenze, all'interno della dottrina, in merito alla capacità della clausola di sganciamento di modificare i diversi importi che compongono il sistema retributivo, sia quello del salario finale, sia quello dei vari elementi che lo determinano, sia quantitativamente che qualitativamente.

La determinazione del nuovo regime salariale, rappresentando la seconda fase della clausola di sganciamento, si configura come requisito necessario, che solo in circostanze eccezionali potrà essere eluso. È evidente che, solo dopo aver stabilito questo secondo elemento, sarà possibile giungere all'effettiva applicazione della clausola di sganciamento salariale.

A tal riguardo i contratti collettivi presentano differenti soluzioni: ci sono casi in cui l'ammontare del salario viene determinato in modo preciso, o è il risultato di semplici operazioni matematiche (come avviene in caso di inapplicabilità del nuovo incremento previsto nel contratto collettivosovraziendale); al contrario, in altri casi, la risoluzione del problema viene affidata a diversi soggetti, come succede con la clausola prevista nello Statuto.

Ritornando al sistema proposto dallo Statuto, si rimanda, in primo luogo, all'accordo fra rappresentanti dei lavoratori e imprenditore e, nel caso in cui non si raggiunga un accordo,

**Nuove forme di
flessibilità del lavoro
spagnolo**
Carme Agut García

alla decisione della commissione paritetica del contratto. Praticamente, possono essere trasferite in questa sede tutte le indicazioni fatte in merito all'accordo, interno all'azienda, sulla concorrenza di cause giustificative dello sganciamento; anche ora i contraenti possono raggiungere un accordo o non farlo, ed in quest'ultimo caso si dovrà ricorrere nuovamente alla commissione paritetica.

Come è già stato detto, la determinazione del nuovo regime salariale è un requisito necessario e deriva dalla stessa configurazione della clausola di sganciamento. In taluni casi, però, non è possibile effettuare tale determinazione e quindi sorgono dubbi su quale sia il regime applicabile. Si ritiene che, in questi casi, la clausola di sganciamento salariale non ha potuto individuare tutti gli elementi che la compongono, e per tale motivo la sua applicazione risulta impossibile; di conseguenza, sembra opportuno mantenere in vigore, nell'impresa, lo stesso regime salariale, ossia quello previsto in modo generico nel contratto sovraziendale (Albiol Montesinos I., 1995, p. 95; Apilluelo Martín M., 1997, p. 328; Baylos Grau A., 1994, p. 333; Casas Baamonde M^aE., 1995, p. 38; Iglesias Cabero M., 1997, p. 281; Pérez de los Cobos Orihuel F., 1997, p. 208).

Resta infine da rilevare che i contratti collettivi devono indicare espressamente la durata dello sganciamento salariale. Nel caso in cui non venga stabilito nulla a tal riguardo, si reputa opportuno che la durata di questa clausola coincida con quella del contratto collettivo, di cui è parte integrante, non essendo ammissibile il ricorso a termini legalmente e convenzionalmente non previsti.

Bibliografia

- Albiol Montesinos I.** (1995), *Los acuerdos de empresa*, in AA.VV., *Estructura de la negociación colectiva. VIII Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva*, MTSS, Madrid.
- Alfonso Mellado C.L., Pedrajas Moreno A., Sala Franco T.** (1995), *Los pactos o acuerdos de empresa: naturaleza y régimen jurídico*, in *RL-I*.
- Apilluelo Martín M.** (1997), *La intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo supraempresarial en la solución del conflicto de trabajo*, Cedecs, Barcelona.
- Baylos Grau A.** (1994), « *Cláusulas de descuelgue* » en *la negociación colectiva*, in *RL*, n. 17-18.
- Borrajó Dacruz E.** (1996), *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 9^a ed.
- Casas Baamonde M^aE.** (1995), « *Descuelgue* » salarial, *acuerdos de empresa y conflictos de intereses (I y II)*, in *RL-I*.
- Escudero Rodríguez R.** (1994), *Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa*, in AA.VV., *La reforma del mercado laboral (dir. Valdés Dal-Ré, F.)*, Lex Nova, Valladolid.
- Fernández López M^aF.** (1991), *El papel del convenio colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación negocial (I y II)*, in *AL-I*.
- Garrido Pérez E.** (1995), *Las cláusulas de descuelgue salarial en la nueva ordenación estatutaria*, in *RL-I*.
- González Ortega S.** (1994), *La reforma de la negociación colectiva*, in AA.VV., *La reforma laboral de 1994 (Coord. Alarcón Caracuel M.R.)*, Marcial Pons, Madrid.
- Iglesias Cabero M.** (1997), *Negociación colectiva*, Collex, Madrid.
- Loffredo A.** (1998), *L'accordo interconfederale spagnolo in aprile 1997 sulle estabildad del empleo*, in *LD*, n. 1.
- Ojeda Avilés A.** (1995), *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 7^a ed.
- Palomeque López M.C., Álvarez de la Rosa M.** (1998), *Derecho del Trabajo*, CEURA, Madrid, 8^a ed.
- Pérez de los Cobos Orihuel F.** (1997), *Mecanismos legales de descuelgue salarial*, in *AL*, n. 10.
- Ramírez Martínez J.M.** e altri (1996), *Curso de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valenza, 5^a ed.
- Sala Franco T.** (1994), *La reforma del mercado de trabajo*, CISS, Bilbao.
- Valdeolivas García Y.** (1996), *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Madrid.
- Valdés Dal-Ré F.** (1994), *Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva*, in *RL*, n. 17-18.

Abbreviazioni

<i>AC</i>	Archivio civile	<i>DO</i>	Droit Ovrier
<i>ADL</i>	Argomenti di diritto del lavoro	<i>DPL</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>AJA</i>	Actualidad Juridica Aranzadi	<i>DPLoro</i>	Diritto e pratica del lavoro, serie oro
<i>AL</i>	Actualidad laboral	<i>DRI</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>All E.R.</i>	All England Report	<i>DS</i>	Droit Social
<i>AppNDI</i>	Appendice al Novissimo Digesto Italiano	<i>DT</i>	Derecho del Trabajo
<i>AP</i>	Archivio penale	<i>ECR</i>	European Cases Report
<i>AR</i>	Arbeitsrecht	<i>EG</i>	Employment Gazette
<i>AS</i>	Le assicurazioni sociali	<i>EIRR</i>	European Industrial Relations Review
<i>Asoc</i>	Aranzadi Social	<i>EL</i>	Economia e lavoro
<i>AsS</i>	L'assistenza sociale	<i>ELR</i>	European Labour Review
<i>AuA</i>	Arbeit und Arbeitsrecht	<i>Enc dir</i>	Enciclopedia del diritto
<i>AuR</i>	Arbeit und Recht	<i>Enc giur Trec</i>	Enciclopedia giuridica Treccani
<i>BBTC</i>	Banca, borsa e titoli di credito	<i>FA</i>	Foro amministrativo
<i>Bull Civ</i>	Bulletin Civil	<i>FI</i>	Foro italiano
<i>BCLR</i>	Bulletin of Comparative Labour Relations	<i>FP</i>	Foro padano
<i>B&L</i>	Banca e lavoro	<i>GC</i>	Giustizia civile
<i>CA</i>	Corriere Amministrativo	<i>GCCC</i>	Giurisprudenza completa della Casazione civile
<i>CahSocBarrParis</i>	Cahiers sociaux du barreau de Paris	<i>GComm</i>	Giurisprudenza commerciale
<i>CG</i>	Corriere Giudiziario	<i>GCost</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>CI</i>	Contratto e impresa	<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>CJE</i>	Cambridge Journal of Economics	<i>GM</i>	Giurisprudenza di merito
<i>CLLJ</i>	Comparative Labour Law Journal	<i>GPiem</i>	Giurisprudenza piemontese
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review	<i>GTosc</i>	Giurisprudenza toscana
<i>DCInt</i>	Diritto commerciale internazionale	<i>GU</i>	Gazzetta ufficiale
<i>DCSInt</i>	Diritto comunitario degli scambi internazionali	<i>HRMJ</i>	Human Resource Management Journal
<i>DD</i>	Democrazia e diritto	<i>ICR</i>	Industrial Cases Reports
<i>DE</i>	Diritto dell'economia	<i>ILJ</i>	Industrial Law Journal
<i>DO</i>	Droit ouvrier	<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>D&L</i>	Diritto e Lavoro - Rivista critica del diritto del lavoro	<i>ILRR</i>	Industrial and Labor Relations Review
<i>DFall</i>	Diritto fallimentare	<i>IJCLLIR</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>DG</i>	Diritto e giurisprudenza	<i>IJHRM</i>	International Journal of Human Resource Management
<i>DH</i>	Dalloz Hebdomadaire	<i>Il progetto</i>	Il progetto
<i>DL</i>	Il diritto del lavoro	<i>IP</i>	Informatore Pirola
<i>DLab</i>	Derecho laboral	<i>IPrev</i>	Informazione previdenziale
<i>DocLab</i>	Documentación laboral	<i>IR</i>	Industrial Relations
<i>DL Marche</i>	Diritto e lavoro nelle Marche		
<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali		

Abbreviazioni

<i>IRJ</i>	Industrial Relations Journal	<i>QRS</i>	Quaderni di rassegna sindacale
<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal	<i>QISFOL</i>	Quaderni ISFOL
<i>IRLR</i>	Industrial Relations Law Reports	<i>Quarantacinque</i>	Quarantacinque
<i>IS</i>	Industria e sindacato	<i>RA</i>	Recht der Arbeit
<i>I&S</i>	Impresa & Stato	<i>RAmmRI</i>	Rivista amministrativa della Repubblica italiana
<i>JIRS</i>	Japanese Industrial Relations Series	<i>RAE</i>	Revue affaire européenne
<i>JLB</i>	Japan Labor Bulletin	<i>RassDC</i>	Rassegna di diritto civile
<i>LD</i>	Lavoro e diritto	<i>RassDP</i>	Rassegna di diritto pubblico
<i>L'impresa</i>	L'impresa	<i>RCDL</i>	Rivista critica del diritto del lavoro
<i>LI</i>	Lavoro informazione	<i>RCDP</i>	Rivista critica del diritto privato
<i>LPO</i>	Lavoro e previdenza oggi	<i>RCoop</i>	Rivista della cooperazione
<i>LR</i>	Le Regioni	<i>RDC</i>	Rivista di diritto civile
<i>LRI</i>	Lavoro e relazioni industriali	<i>RDComm</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>LS</i>	Le società	<i>RDEur</i>	Rivista di diritto europeo
<i>L&S</i>	Labour and Society	<i>RDICL</i>	Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro
<i>LSS</i>	Lavoro e sicurezza sociale	<i>RDImpr</i>	Rivista di diritto dell'impresa
<i>L80</i>	Lavoro '80	<i>RDL</i>	Rivista di diritto del lavoro
<i>Lias Soc</i>	Liaisons sociales	<i>RDP</i>	Rivista del diritto processuale
<i>MAC</i>	Massimario annotato della Cassazione	<i>REDT</i>	Revista Española de Derecho del Trabajo
<i>MFI</i>	Massimario del Foro italiano	<i>RFI</i>	Repertorio del Foro italiano
<i>MGC</i>	Massimario di Giustizia civile	<i>RGC</i>	Repertorio della Giustizia civile
<i>MGI</i>	Massimario della Giurisprudenza italiana	<i>RGI</i>	Repertorio della Giurisprudenza italiana
<i>MGL</i>	Massimario giurisprudenza del lavoro	<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>MLR</i>	Monthly Labor Review	<i>RI</i>	Relazioni industriali
<i>MO</i>	Mondoperaio	<i>RIDC</i>	Revue Internationale de Droit Comparé
<i>Mod. Law Rev.</i>	Modern Law Review	<i>RIDL</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>MSCG</i>	Materiali per una storia della cultura giuridica	<i>RIDP</i>	Rivista italiana di diritto pubblico
<i>NDI</i>	Novissimo Digesto italiano	<i>RIMP</i>	Rivista degli infortuni e malattie professionali
<i>NDL</i>	Note di diritto del lavoro	<i>RIPS</i>	Rivista italiana di previdenza sociale
<i>NGCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata	<i>RISS</i>	Rivista italiana di scienze sociali
<i>NGL</i>	Notiziario della giurisprudenza del lavoro	<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence social
<i>NGiurL</i>	Notiziario giuridico del lavoro	<i>RIT</i>	Revue international du travail
<i>NLCC</i>	Le nuove leggi civili commentate	<i>RL</i>	Relaciones Laborales
<i>NRS</i>	Nuova Rassegna Sindacale	<i>RSoc</i>	Rivista delle società
<i>OGL</i>	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro	<i>RTDE</i>	Revue trimestrale droit Européen
<i>PD</i>	Politica del diritto	<i>RTDP</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>PE</i>	Politica e economia	<i>RTDPC</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>PL</i>	Personale e lavoro	<i>Sem Soc Lamy</i>	Semaine social Lamy
<i>PM</i>	Personal Management	<i>SImp</i>	Spazio impresa
<i>PS</i>	Prospettiva sindacale	<i>SL</i>	Sociologia del lavoro
<i>PSoc</i>	Previdenza sociale	<i>SOrg</i>	Studi organizzativi
<i>QADL</i>	Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro	<i>SM</i>	Stato e mercato
<i>QDLRI</i>	Quaderni di Dir. del lavoro e delle rel. industriali	<i>SS</i>	Sicurezza sociale
<i>QDRI</i>	Quaderni di Diritto delle rel. industriali	<i>ST</i>	Sociologie du Travail
<i>QIS</i>	Quaderni di Industria e sindacato	<i>Temi</i>	Temi
<i>QL</i>	Quaderni di Diritto del lavoro	<i>TE</i>	Travail et emploi
<i>QRIDL</i>	Quaderni della Rivista italiana di diritto del lavoro	<i>TL</i>	La tutela del lavoro
		<i>TLG</i>	Toscana lavoro giurisprudenza
		<i>TR</i>	Temi romani
		<i>WES</i>	Work, Employment and Society

Notizie sugli autori

Agut García C. è Professoressa di Diritto del lavoro nell'Università Jaume-I di Castellón (Spagna).

Bellavista A. è Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università di Palermo.

Castelvetri L. è Docente di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi dell'Insubria - Como.

Chiari P. è Dirigente della Divisione II - Disciplina Generale del Collocamento - Direzione Generale per l'Impiego - Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale.

Damiani M.R. è Direttore Amministrativo presso il Ministero del lavoro.

D'Angelo E. è Responsabile del Servizio III - Progetto Nazionale Lavori Socialmente Utili - Divisione I - Direzione Generale degli Affari Generali e del Personale - Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale.

Dipino A. è Funzionario della Direzione Generale per l'Impiego - Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale.

Enrico Lucifredi C. è Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro nell'Università di Genova.

Ferruti A. è Avvocato del Foro di Roma e Cultore di Diritto del lavoro.

Golferini M. è Collaboratore dell'Istituto di Diritto comparato dell'Università Bocconi di Milano.

Ichino P. è Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università Statale di Milano.

Scarpelli F. è Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi dell'Insubria - Como.

Villani P. è Collaboratrice della cattedra di Diritto del lavoro dell'Università di Modena e Reggio Emilia (Facoltà di Economia).

