

DIRITTO DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

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



Attualità
**I licenziamenti individuali tra referendum
e prospettive di riforma**

Ricerche
I “nuovi” lavori

Interventi
**Assistenza sanitaria integrativa
La disciplina del lavoro notturno**

Rassegne
**Giurisprudenza italiana: mobbing e danno da superlavoro
Giurisprudenza straniera: il Conseil Constitutionnel
francese sulle 35 ore**

Diritto delle relazioni industriali

rivista della Associazione Lavoro e Ricerche -ALAR
anno 10 - numero 3 - luglio 2000

Indice

| | |
|---|-------------------|
| Protezione dell'impiego e disciplina dei licenziamenti tra <i>referendum</i> e proposte di riforma | Attualità |
| Disciplina dei licenziamenti, lavoro temporaneo e occupazione: oltre il <i>referendum</i> sull'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori. Documento presentato da Tito Boeri, Stefano Liebman, Severino Salvemini Interventi di Tiziano Treu, Pietro Ichino, Rinaldo Fadda, Giuseppe Bertola, Raffaele Bonanni | pag. 283 |
| Nuovi lavori e parasubordinazione | Ricerche |
| Terziario avanzato e nuovi lavori: osservazioni dal punto di vista della normativa prevenzionistica di Marco Biagi e Alessandra Lopez | pag. 295 |
| Riflessioni sulla nuova disciplina del contratto di agenzia (d.lgs. n. 65 del 1999) di Riccardo Del Punta | pag. 315 |
| Flessibilità e « parasubordinazione » nel lavoro pubblico di Riccardo Salomone | pag. 329 |
| Il lavoro « parasubordinato » in Francia di Maria Teresa Pezzoni | pag. 345 |
| Lavoro « parasubordinato » ed autonomia collettiva: il caso della Regione Emilia-Romagna di Federico Bacchiega | pag. 357 |
| Assistenza sanitaria Riforma del <i>Welfare State</i> | Interventi |
| Il ruolo delle forme integrative di assistenza sanitaria di Gaetana Mariani Castelli | pag. 365 |
| L'evoluzione del ruolo dell'ordinamento comunitario | Interventi |
| Lavoro notturno: disciplina comunitaria e disciplina nazionale di Emanuele Menegatti | pag. 375 |

**Rassegne:
osservatorio
sulla giurisprudenza
italiana**

Osservatorio sulla giurisprudenza italiana

Il mobbing nella prima ricostruzione giurisprudenziale di *Vittorio Matto* pag. 385

Danno da « superlavoro » e responsabilità del datore di *Emanuele Veronesi* pag. 389

**Rassegne:
osservatorio
sulla giurisprudenza
straniera**

Osservatorio sulla giurisprudenza straniera

Il *Conseil Constitutionnel* francese si pronuncia sulle 35 ore di *Clara Enrico Lucifredi* pag. 395

Abbreviazioni pag. 401

Notizie sugli autori pag. 403

Disciplina dei licenziamenti, lavoro temporaneo e occupazione: oltre il referendum sull'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori

Documento presentato da Tito Boeri, Stefano Liebman e Severino Salvemini. Interventi di Tiziano Treu, Pietro Ichino, Rinaldo Fadda, Giuseppe Bertola, Raffaele Bonanni

Sommario

1. Premessa. **2.** Contratto di lavoro a stabilità obbligatoria: un nuovo modello di accesso agevolato al mercato del lavoro di *Tito Boeri, Stefano Liebman e Severino Salvemini*. **2.1.** Motivazioni. **2.2.** La proposta **3.** Una terza via per i licenziamenti. Intervento di *Tiziano Treu*. **4.** Intervento di *Pietro Ichino*. **5.** Intervento di *Rinaldo Fadda*. **6.** Intervento di *Giuseppe Bertola*. **7.** Intervento di *Raffaele Bonanni*.

1. Premessa.

Giovedì 4 maggio 2000, presso il Foyer dell'Aula Magna dell'Università Commerciale « Luigi Bocconi », è stato presentato e discusso un documento elaborato, grazie al realizzarsi di una inedita collaborazione fra gli Istituti di Economia politica, Diritto comparato ed Economia aziendale di quella Università, da Tito Boeri (responsabile dell'insegnamento di Economia del lavoro e Direttore della Fondazione Rodolfo De Benedetti), Stefano Liebman (responsabile dell'insegnamento di Diritto del lavoro) e Severino Salvemini (responsabile del corso di Organizzazione del lavoro). Con tale iniziativa i firmatari intendevano essenzialmente fornire un proprio autonomo contributo al dibattito sul vigente regime di protezione dell'impiego e sulle discusse ipotesi di eventuali riforme del medesimo, indipendentemente dall'esito del referendum abrogativo dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori indetto per il 21 maggio di quest'anno. Alla tavola rotonda svoltasi in tale occasione, in aggiunta ai firmatari del documento, hanno partecipato Pietro Ichino (Università di Milano), Rinaldo Fadda (Responsabile per le relazioni industriali di Confindustria), Raffaele Bonanni (Segretario confederale CISL) e Giuseppe Bertola (Istituto Universitario Europeo). Il professor Tiziano Treu, impossibilitato ad essere presente per improrogabili impegni parlamentari, ha fornito il proprio contributo alla discussione tramite l'invio di un breve testo scritto. Nel valutare positivamente l'iniziativa, la *Rivista* ha ritenuto di pubblicare il documento bocconiano, unitamente alla sintesi delle riflessioni svolte in quell'occasione da ciascuno degli interventori.

2. Contratto di lavoro a stabilità obbligatoria: un nuovo modello di accesso agevolato al mercato del lavoro. Il documento di Tito Boeri, Stefano Liebman e Severino Salvemini.

2.1. Motivazioni.

Mancano sei settimane, poco più di un mese, al referendum sui regimi di protezione dell'impiego. Sono in molti a riconoscere l'inadeguatezza dello strumento referendario, a sottolineare la necessità di riformare, anziché semplicemente abrogare, materie così com-

**Oltre il referendum
sull'art. 18 Stat. Lav.**
*Documento presentato
da Tito Boeri
Stefano Liebman
Severino Salvemini*

plesse. Eppure nessuno ne parla, chi per paura di regalare voti agli avversari alle elezioni regionali, chi per rassegnazione. Se non si è riusciti sin qui a riformare la normativa, si pensa, come ci si potrebbe riuscire in così poco tempo? Atteggiamento comprensibile, ma sbagliato. Molte cose sono cambiate nel nostro mercato del lavoro negli ultimi due anni. Queste novità creano le premesse per riaprire il confronto.

Tre i fatti nuovi.

Primo, oggi il nostro mercato del lavoro è « al margine » molto flessibile. 85 nuovi assunti su 100 appartengono alla vasta gamma di lavori atipici, tra cui spiccano i contratti a tempo determinato. La durata media di questi contratti è di 8 mesi, 1 su 5 dura meno di un mese. Bassa, inoltre, la loro conversione in contratti permanenti: attorno al 30 per cento. L'impressione è che i datori di lavoro usino questi contratti sempre meno come periodo probatorio e sempre più in alternativa ai contratti permanenti. La quota di lavoratori con contratti definiti sull'instabilità dell'impiego è in costante aumento, un trend già sperimentato da altri paesi europei che hanno attuato riforme asimmetriche del loro mercato del lavoro, vale a dire hanno introdotto figure contrattuali flessibili accanto a contratti permanenti, tutelati da regimi « forti » di protezione dell'impiego.

Secondo, al margine la flessibilità è forse fin troppa. Avere un segmento crescente di lavoratori, sottoposti ad un turnover esasperato ha dei costi. Significa fare poca formazione sul lavoro e scarica interamente sulla collettività i costi degli esuberanti: i datori di lavoro possono ridurre gli organici a costo zero, semplicemente non rinnovando i contratti a tempo determinato in scadenza o non trasformandoli in contratti a tempo indeterminato. Ma i trasferimenti sociali (sussidi di disoccupazione, assistenza sociale, etc.) offerti al lavoratore temporaneo rimasto senza lavoro gravano poi sul contribuente e l'esperienza internazionale indica che i flussi da lavoro temporaneo a disoccupazione sono molto pronunciati durante le fasi recessive.

Terzo, c'è un conflitto latente fra lavoratori con contratti temporanei e lavoratori con contratti permanenti. I primi sono interessati a che i datori di lavoro convertano i loro contratti in modalità di impiego permanenti, il che sembra richiedere un minor grado di protezione dell'impiego dei contratti permanenti per renderli più appetibili ai datori di lavoro. I secondi sono più che mai interessati a mantenere i livelli di protezione dell'impiego esistenti.

La nostra proposta vuole porre rimedio a questa situazione introducendo un nuovo tipo di contratti permanenti da applicare esclusivamente ai nuovi posti di lavoro permanenti, senza modificare i termini contrattuali dei posti di lavoro formati con la legislazione esistente. È un modo per incentivare la conversione dei contratti a tempo determinato in contratti permanenti senza mettere in discussione lo statuto dei lavoratori che hanno già allo stato attuale un contratto permanente. Di qui la possibilità offerta dalla nostra proposta di ricomporre il conflitto potenziale fra lavoratori « temporanei » e « permanenti ».

2.2. La proposta.

Ferme restando le tipologie esistenti, si immagina l'introduzione di un nuovo contratto di lavoro a tempo indeterminato, privo di alcuni degli elementi di rigidità oggi propri del rapporto individuale di lavoro così come disciplinato dalla legislazione vigente e, in particolare, privo della reintegrazione prevista in caso di licenziamento ingiustificato nell'unità produttiva con più di 15 dipendenti (od in più unità produttive facenti capo allo stesso datore di lavoro e site nello stesso comune che superino complessivamente i 15 dipendenti, ovvero 60 se dislocate su tutto il territorio nazionale). Oltre che in relazione a nuove assunzioni, questa tipologia contrattuale dovrebbe poter essere accessibile da lavoratori con contratti di lavoro a tempo determinato, contratti di formazione-lavoro o altri contratti temporanei, al fine di favorire una loro conversione in contratti a tempo indeterminato, contribuendo a stabilizzare nel tempo rapporti spesso oggi condannati alla precarietà.

Il nuovo tipo di contratto dovrebbe contemplare costi non proibitivi e, soprattutto, tendenzialmente certi in termini di mesi di preavviso e/o conferimenti obbligatori al lavoratore nel caso di licenziamento ingiustificato, sulla base dei criteri di cui all'art. 8, l. 604/1966 (le indennità previste in caso di licenziamento privo di giustificazione nelle aziende minori), rivedendone i parametri per le imprese di dimensioni maggiori, traendo spunto da quanto previsto dai ddl Debenedetti-Ichino e Treu. Al riguardo va sottolineato che la Corte

**Oltre il referendum
sull'art. 18 Stat. Lav.**
*Documento presentato
da Tito Boeri
Stefano Liebman
Severino Salvemini*

Costituzionale, nell'ammettere il referendum sull'art. 18, l. 300/1970 (sent. 46/2000), ha espressamente rilevato come l'eventuale abrogazione dell'art. 18 non comporterebbe il venir meno di « ogni tutela in materia di licenziamenti illegittimi, in quanto resterebbe comunque operante nell'ordinamento la tutela obbligatoria prevista dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificata dalla legge 11 maggio 1990, n. 108 ». Una disciplina questa, della quale la Corte ritiene di dover sottolineare la « tendenziale generalità » quale strumento di attuazione dei principi costituzionali di tutela del lavoro (art. 4 e 35 della Costituzione) e di quanto espressamente previsto dalla Carta sociale europea, ratificata nel nostro paese con la l. 9 febbraio 1999, n. 30 ed entrata in vigore a decorrere dal 1° settembre 1999, il cui art. 24 prevede l'impegno delle parti contraenti a riconoscere il diritto dei lavoratori a non essere licenziati senza un valido motivo, il diritto dei lavoratori licenziati senza valido motivo « ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione » ed il diritto dei lavoratori stessi a ricorrere davanti ad un organo imparziale.

Come già sperimentato nel caso dei contratti a termine (art. 23, l. 56/1987), la contrattazione collettiva (accordi stipulati, a livello almeno provinciale da organismi sindacali affiliati alle confederazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) dovrebbe stabilire in quali ipotesi consentire la stipulazione di un contratto di lavoro al quale, a prescindere dalla dimensione dell'impresa, nel caso di licenziamento privo di giustificazione non dovrebbe applicarsi l'attuale regime sanzionatorio, con specifico riferimento alla c.d. « tutela reale del posto di lavoro ».

In particolare, fatta eccezione per il caso di licenziamento nullo in quanto discriminatorio ai sensi degli articoli 4, l. 604/1966 e 15, l. 300/1970, ovvero irrogato in violazione del divieto di licenziamento delle lavoratrici madri (art. 2, l. 1204/1971) e del divieto di licenziamento per causa di matrimonio (art. 1 e 2 l. 7/1963) per il quale si dovrebbe prevedere l'applicazione della sanzione di cui all'art. 18, l. 300/1970 (reintegrazione e risarcimento del danno), ogni vizio formale o sostanziale del licenziamento dovrebbe comportare l'obbligo di riassunzione del lavoratore illegittimamente licenziato in alternativa al pagamento di una congrua indennità risarcitoria.

In ciò distinguendosi dal ddl Debenedetti/Ichino ed in coerenza con gli impegni internazionali contratti dal nostro paese in sede europea, così come puntualmente sottolineato dalla citata sentenza della Corte Costituzionale, il controllo di legittimità del licenziamento ed il conseguente potere di sanzionare l'eventuale assenza dei previsti requisiti formali e/o sostanziali dovrebbero comunque essere devoluti ad un organo imparziale (giudice o, preferibilmente, collegio di conciliazione e arbitrato), con una tempestività del giudizio che dovrebbe essere facilitata anche da specifiche forme di incentivazione alla risoluzione extragiudiziale delle controversie.

Per l'aspetto formale, esso dovrebbe riguardare il rispetto dei requisiti formali e procedurali previsti dall'art. 2, l. 604/1966.

Quanto al profilo sostanziale, che costituisce in realtà, al di là della molta retorica in tema di reintegrazione, il vero snodo critico dell'attuale disciplina di protezione dell'impiego, stante l'indeterminatezza della nozione di « giustificato motivo oggettivo » e l'estensione raggiunta in materia dall'interpretazione giurisprudenziale — ci si riferisce in particolare alla nozione di licenziamento come *extrema ratio* —, tale controllo potrebbe articolarsi sulla base di una nozione unitaria di « giustificatezza » del medesimo, che superi la distinzione fra profilo soggettivo e profilo oggettivo, intesa come « non arbitrarietà », « non irragionevolezza » e « funzionalità ad una corretta gestione dell'impresa », sulla falsariga della nozione elaborata dalla giurisprudenza in materia di licenziamento dei dirigenti.

Il modello in questione dovrebbe prevedere che tali contratti possano essere stipulati solo se:

- a) il datore di lavoro applica, di regola, la contrattazione collettiva;
- b) nell'unità produttiva interessata non si sia proceduto, nei dodici mesi precedenti, a licenziamenti collettivi che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle mansioni in riferimento alle quali si prevedono le nuove assunzioni agevolate.

I contratti collettivi, ai quali si prevede di demandare una sorta di « autorizzazione » alla stipulazione di questo contratto di lavoro a stabilità obbligatoria, dovrebbero prevedere clausole compromissorie che, in assenza di un espresso dissenso, possano determinare l'automatica devoluzione della controversia ad un collegio arbitrale. Idonee misure di incentivazione alla composizione extragiudiziale delle relative controversie dovrebbero comunque essere previste, mutuandole dalle previsioni di cui agli art. 1 e 5 del ddl Treu.

Fra le ipotesi in discussione, volutamente rinviate ad un successivo approfondimento, sia

Oltre il referendum sull'art. 18 Stat. Lav.
*Documento presentato da Tito Boeri
 Stefano Liebman
 Severino Salvemini*

quella di prevedere le agevolazioni di cui al presente modello come sperimentazione da sottoporre a verifica al termine del primo quadriennio, sia quella di prevedere una sospensione della reintegrazione limitata ai primi quattro anni di vita del contratto permanente, con la conseguente prefigurazione di una sorta di « contratto d'ingresso ».

Decorsi quattro anni dalla data di entrata in vigore del nuovo modello di contratto di lavoro, il Governo dovrebbe comunque procedere ad una verifica, con le organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, degli effetti delle rinnovate modalità di assunzione, riferendone poi al Parlamento entro un congruo periodo di tempo e, comunque, entro il quadriennio di prima applicazione.

3. Una terza via per i licenziamenti. Intervento di Tiziano Treu.

Presentando il 3 marzo 2000 una nuova proposta di legge sui licenziamenti, firmata da 47 colleghi deputati di vari partiti (PPI, Democratici, RI, DS, UdEur, ecc.), ho inteso segnalare l'inadeguatezza dello strumento referendario a intervenire in materia, e nel contempo, la necessità di riformare, invece di abrogare, l'attuale disciplina.

I motivi sono molteplici. Anzitutto l'attuale disciplina ha una rigidità unica in Europa. Nella maggior parte dei paesi europei la reintegrazione esiste ma non è, di norma, l'unico rimedio nel caso di licenziamento ingiustificato. Non è automatica e necessaria come da noi, ma può essere alternativa a una sanzione monetaria, cioè ad un indennizzo al lavoratore ingiustamente licenziato.

L'attuale rigidità della normativa è controproducente perché induce reazioni di rigetto da parte imprenditoriale. La grande crescita di assunzioni a termine, non convertite, mostra che questi sono usati dalle imprese sempre meno come periodo transitorio (e probatorio) e sempre più in alternativa ai contratti permanenti (come è ben spiegato da Boeri, Liebman, Salvemini).

Inoltre la norma attuale risulta spesso impraticabile: infatti sono le stesse parti, spinte magari dal giudice, che decidono di convertire la reintegrazione in una indennità.

Allora è più realistico prendere atto di questa realtà e delle tendenze europee e lasciare all'organo giudicante-arbitro o giudice di decidere in concreto. Deciderà tenendo conto di tutte le circostanze del caso, condizioni del mercato del lavoro, della persona licenziata, del grado di colpa, ecc., sarà lui a valutare se il rimedio migliore al licenziamento ingiustificato è la reintegra per le violazioni più gravi, da parte del datore di lavoro, e in ogni caso nelle ipotesi di licenziamento discriminatorio, ovvero un indennizzo pecuniario, come è più probabile e come già avviene in pratica.

La proposta di Boeri, Liebman, Salvemini è interessante in quanto sperimentale, limitata a rapporti nuovi e temporanei e filtrata dai contratti collettivi. Sono tutte cautele apprezzabili in una materia così troppo ideologicizzata. Io ho preferito non eliminare la possibilità di reintegrazione, per non intaccare un principio importante, ma è un possibile deterrente ad abusi gravi da parte degli imprenditori. Vedo anche con qualche preoccupazione la introduzione di un ulteriore dualismo di tutela contro i licenziamenti fra lavoratori vecchi e nuovi oltre quella già esistente fra lavoratori di aziende piccole e grandi. È comprensibile l'intenzione di ridurre le resistenze sindacali con una introduzione progressiva delle modifiche formative. Ma i dualismi sono rischiosi, particolarmente in materia di tutele fondamentali. In ogni caso la nostra proposta non accetta la logica (referendaria) di chi vuole abolire del tutto la reintegrazione, ma apre la strada a usare la reintegrazione solo in casi particolari e probabilmente residuali, per non creare un ulteriore dualismo di tutela (fra lavoratori nuovi e vecchi). Ma ho aperto la strada a un uso residuale della reintegra. Anche la nostra proposta può essere verificata nel tempo. Certo è meno sicura di quella Boeri, Liebman, Salvemini nei risultati; ma tutto lascia prevedere che nei fatti le differenze non siano grandissime.

Questa « terza via », fra le posizioni estreme del « tutto o niente » reintegra è usata anche in altri paesi (Germania e Olanda) dove la reintegra esiste, ma è usata con parsimonia e a discrezione dell'autorità giudicante (non del solo datore di lavoro, né del solo lavoratore). L'altra novità della proposta che incentiva il ricorso all'arbitrato invece che al giudice per decidere sulla giustificatezza del licenziamento, coincide con quella avanzata da Boeri, Liebman e Salvemini.

L'uso dell'arbitrato permette di risolvere il contenzioso più rapidamente con minori costi,

**Oltre il referendum
sull'art. 18 Stat. Lav.**
Documento presentato
da Tito Boeri
Stefano Liebman
Severino Salvemini

minore formalismo e maggiore aderenza alle diverse realtà del mercato del lavoro. I vantaggi sarebbero evidenti sia per i lavoratori, che darebbero meno oneri e meno lungaggini, sia per le imprese soprattutto piccole per le quali andare dal giudice è di per sé un dramma (oltre che un costo).

In realtà occorrerebbe incentivare l'arbitrato per tutte le controversie di lavoro. Nel caso specifico credo si possano richiedere clausole compromissorie che prevedano il ricorso all'arbitrato. Dubito che l'arbitrato possa essere reso obbligatorio, per motivi in sé discutibili, ma radicati nella nostra cultura giuridica. Per questo, nel nostro pdl, abbiamo cercato di incentivare al massimo l'arbitrato, anche prevedendo l'adesione tacita dei singoli alle clausole compromissorie e un intervento « persuasivo » del giudice, ripreso da esperienze anglosassoni e accettato anche nella bozza sulle ADR (*alternative dispute resolution*) del Ministero della giustizia.

Ora che il referendum è passato, si tratta di riprendere il tema tenendo conto di varie proposte che sono in campo, con spirito costruttivo, senza cercare rivincite ma anche consapevoli che la normativa attuale va rivista in linea con gli orientamenti europei. Non è possibile che tutto resti fermo. La competizione funziona anche fra sistemi-paesi e quindi cresceranno le pressioni ad adeguare la nostra legislazione a quella degli altri paesi vicini. La nostra proposta che ha raccolto consensi da varie parti dello schieramento politico, vuole essere un contributo equilibrato e sensibile alle esigenze vere di tutela dei lavoratori, ma anche della flessibilità necessaria alle imprese.

4. Intervento di Pietro Ichino.

Nel dibattito in corso sulla possibile riforma della disciplina dei licenziamenti ricorre sovente, da parte di chi si oppone a questa riforma, il richiamo ai valori della solidarietà con i più deboli, della libertà e della dignità del lavoratore. Senonché gli stessi valori possono essere invocati anche a sostegno della necessità di una attenuazione della rigidità della tutela oggi vigente.

Non si può non osservare innanzitutto che — come ha giustamente messo in rilievo Tito Boeri in un suo articolo recente sul Sole-24 Ore — la maggiore rigidità che caratterizza in Italia la tutela della stabilità di nove milioni e mezzo di lavoratori (per circa tre quinti dipendenti da unità produttive con più di 15 dipendenti, per il resto dipendenti pubblici) ha la sua contropartita nella maggiore precarietà di altrettanti lavoratori, cui proprio le caratteristiche del nostro ordinamento fanno sì che vengano riservate condizioni di lavoro marcatamente precarie: contratti di lavoro a termine e di formazione e lavoro, collaborazioni continuative in forma autonoma, lavoro irregolare. Il *trade-off* fra la tutela dei primi e la tutela dei secondi non può essere ignorato, se davvero si hanno a cuore gli interessi della generalità dei lavoratori.

Ma suscita qualche perplessità anche l'idea che la tutela rigida della stabilità dei posti di lavoro debba essere considerata come presupposto necessario della « dignità » delle condizioni di lavoro. Secondo la graduatoria della rigidità dei sistemi di protezione del lavoro elaborata dai ricercatori dell'Ocse, pubblicata su *Employment Outlook* del giugno dello scorso anno, l'Italia si colloca al quarto posto nel quintetto di testa, preceduta da Portogallo, Turchia e Grecia, seguita dalla Spagna: qualcuno parla in proposito di un « modello euro-mediterraneo ». In fondo alla graduatoria stanno invece (insieme a Canada, U.S.A. e Nuova Zelanda) la Danimarca, la Svizzera, e la Gran Bretagna. Chi se la sentirebbe di affermare che i lavoratori turchi e greci lavorano in condizioni di « dignità » complessivamente migliori rispetto ai lavoratori britannici, svizzeri o danesi?

Un discorso analogo può proporsi in relazione al valore della solidarietà con i più deboli. È provato che quanto più gli occupati regolari sono stabili nel loro posto di lavoro, tanto più i disoccupati e gli irregolari sono stabili nella loro assai più scomoda posizione. Disoccupati e irregolari sono intorno ai cinque milioni nel nostro Paese: non meritano forse solidarietà anch'essi?

Ai disoccupati e agli irregolari si aggiungono poi tutti coloro che non compaiono neppure nelle statistiche, perché non cercano un lavoro, non avendo alcuna speranza di trovarlo. La stessa ricerca dell'Ocse or ora citata conferma che il numero di questi « scoraggiati » — prevalentemente donne, anziani e giovani — aumenta con l'aumentare della rigidità delle tutele del lavoro. In Danimarca il 56% della popolazione totale è attiva nel mercato del lavoro, in Svizzera il 55%, in Gran Bretagna il 50%, in Italia soltanto il 40%. È ragionevole

**Oltre il referendum
sull'art. 18 Stat. Lav.**
Documento presentato
da Tito Boeri
Stefano Liebman
Severino Salvemini

pensare che, con un mercato del lavoro più fluido e meglio organizzato, l'Italia potrebbe aspirare ad avere il 10% in più della propria popolazione attiva nel mercato del lavoro. Il 10% significa quasi sei milioni di persone, che oggi sono invece totalmente escluse dal mercato del lavoro e dalle sue statistiche. Alla solidarietà con questi (ma anche alla ricchezza aggiuntiva che questi potrebbero produrre) non pensa nessuno?

Un discorso in parte diverso va fatto invece in riferimento al valore della libertà. È indubbiamente vero che un regime di limitazione drastica della facoltà di recesso del datore di lavoro costituisce un fattore relevantissimo di libertà del lavoratore protetto, all'interno dell'azienda. Lo stesso lavoratore, però, ha interesse anche a un'altra libertà: quella di poter scegliere la propria collocazione migliore nel tessuto produttivo, cioè la libertà nel mercato del lavoro; e la protezione forte contro il licenziamento ha un effetto notevole di riduzione di quest'ultima libertà. Nella migliore delle ipotesi, un sistema di protezione rigida della stabilità, come il nostro, garantisce al lavoratore di restare dov'è, in un tessuto produttivo in cui spostarsi è tipicamente difficile: come in un gioco dei « quattro cantoni » nel quale tutti stiano fermi al loro posto e quindi sia impossibile o molto difficile cambiare posizione. In un sistema più fluido, nel quale cioè la stabilità è meno protetta, è anche più facile per il lavoratore cambiare, spostarsi, scegliere l'azienda che più gli si confà e gli riserva un trattamento migliore. La libertà nel mercato è almeno altrettanto importante quanto la libertà in azienda, e per certi aspetti la prima (tutelata, in linea di principio, dall'art. 4 della Costituzione) può considerarsi come una garanzia e un presupposto della seconda; ma il lavoratore italiano ne gode meno di quanto ne goda il lavoratore inglese, svizzero o danese, proprio in conseguenza della nostra tutela più rigida dei posti di lavoro.

Detto questo, anche coloro che al modello turco o greco preferiscono quello britannico o danese, cioè coloro che alla sicurezza data dall'inamovibilità preferiscono la sicurezza data dalla possibilità di scelta effettiva nel mercato del lavoro, sbaglierebbero se pensassero che una trasformazione di questa portata, nel nostro Paese, possa essere realizzata col mutamento di un solo elemento del sistema. Il passaggio da un equilibrio complessivo a un altro richiede invece che si agisca contemporaneamente su molte leve. Occorre, certo, una modifica sapiente, e soprattutto ben dosata nel tempo, della disciplina dei licenziamenti; ma anche l'attivazione nel mercato del lavoro di servizi efficienti di informazione, formazione, assistenza alla mobilità geografica dei lavoratori; inoltre l'eliminazione degli ostacoli di vario genere che oggi, in Italia, penalizzano la mobilità in generale e il lavoro femminile in particolare.

Per quel che riguarda la riforma della disciplina dei licenziamenti, il disegno di legge Debenedetti del febbraio 1997, che si ispira alla proposta formulata nel mio libro dell'anno precedente, tende in sostanza a trasformare quello che attualmente è un regime di *job property* del lavoratore a tempo indeterminato in un regime di *job property* limitata nel tempo: in un regime, cioè, che assicuri al lavoratore incolpevole, in caso di recesso da parte del datore, la conservazione del posto (anche nel senso della sua occupazione fisica) per un periodo congruo — il c.d. « preavviso lungo » — proporzionato all'anzianità di servizio, con facoltà di abbandonarlo in qualsiasi momento godendo di un indennizzo corrispondente alla parte residua del periodo. È un meccanismo che tende a incentivare l'attivarsi del lavoratore per il reperimento di una nuova occupazione: più presto questa è trovata, maggiore è l'indennizzo; ma nel contempo quel meccanismo tende a eliminare l'aspetto più odioso (e di fatto più temuto dai lavoratori) prodotto dal licenziamento: cioè l'estromissione improvvisa dal posto di lavoro, dalle relazioni con i colleghi e dalle altre relazioni professionali consuete.

Il disegno di legge prevede una *vacatio legis* di un anno, tendente innanzitutto a consentire un più lungo periodo di preparazione all'esodo per i lavoratori che sanno o possono supporre di essere eccedentari nella propria azienda. La dilazione tende inoltre a consentire un riaggiustamento dell'equilibrio negoziale tra le parti, sul piano collettivo o individuale: modificandosi il contenuto assicurativo del rapporto di lavoro, appare naturale che si riduca anche il « premio » assicurativo di fatto pagato dai lavoratori in termini di minor retribuzione (non è forse azzardato ipotizzare che il costo orario del lavoro in Italia si collochi oggi nettamente al di sotto della media comunitaria, a parità di produttività oraria, proprio perché i lavoratori italiani pagano il costo di una « copertura assicurativa » mediamente più estesa rispetto ai loro colleghi degli altri Paesi europei). La *vacatio legis* avrebbe infine il vantaggio di consentire che si producano subito gli effetti positivi della riforma sulla propensione delle imprese ad assumere lavoratori, mentre verrebbero differiti gli effetti

depressivi sui livelli occupazionali derivanti dal riaggiustamento iniziale degli organici aziendali.

Si potrebbe, ovviamente, evitare del tutto il lungo periodo di *vacatio legis* previsto nel disegno di legge Debenedetti, limitandosi l'applicazione della nuova disciplina ai soli rapporti di lavoro di nuova costituzione, come Tito Boeri ha proposto nel suo articolo sul Sole 24 Ore già citato. È una soluzione più *soft*, sulla linea di quanto alcuni anni or sono aveva proposto Gilles Saint-Paul, al fine di ridurre i motivi di opposizione degli *insiders* alla riforma, aumentando al tempo stesso le *chances* di assunzione a tempo indeterminato per gli attuali *outsiders*. È dunque, questa, una soluzione che può rivelarsi più praticabile sul piano politico; e come tale va salutata positivamente. Essa, tuttavia, avrebbe il difetto di ridurre soltanto in modo molto graduale la vischiosità del nostro mercato del lavoro, con la conseguente dilazione nel tempo del miglioramento dell'allocazione delle risorse umane nel nostro tessuto produttivo e dell'aumento di quella libertà di scelta del lavoratore nel mercato, di cui parlavo prima.

Una cosa è certa: e cioè che qualsiasi scelta (anche, ovviamente, quella di conservare le cose come sono) presenta benefici e costi: l'importante è che gli uni e gli altri vengano sempre valutati attentamente, senza pregiudizi e sovraccarichi di tensione ideologica.

**Oltre il referendum
sull'art. 18 Stat. Lav.**
Documento presentato
da Tito Boeri
Stefano Liebman
Severino Salvemini

5. Intervento di Rinaldo Fadda.

La proposta di introdurre, nel nostro ordinamento, un nuovo tipo di contratto di lavoro avrebbe come finalità quella di favorire la conversione dei contratti di lavoro « temporaneo » (contratti a termine, contratti di formazione-lavoro) in altrettanti contratti di lavoro a tempo indeterminato ai quali, però, non verrebbe applicata la c.d. « tutela reale » in caso di licenziamento. Questa proposta si fonda sul presupposto che i rapporti di lavoro « temporaneo » costituirebbero, oramai, una vera e propria alternativa ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato, cosicché andrebbe contrastata questa tendenza che genererebbe una diffusa situazione di precarietà. L'impianto della proposta e la sua ispirazione di fondo sono condivisibili ma occorre operare dei distinguo su punti non secondari della stessa. Ed infatti, è certamente condivisibile ogni proposta che vada nel senso di ottenere l'effetto di, quanto meno, limitare (se si vogliono considerare le indicazioni del recente referendum) l'area della c.d. « tutela reale » del rapporto di lavoro. Dunque, è condivisibile la proposta di sperimentare la sospensione dell'obbligo di reintegrazione per i primi 4 anni del rapporto di lavoro che si creasse con il nuovo contratto proposto.

2. Resta, però, il fatto che il « vantaggio » che dovrebbe derivare alle imprese dalla esclusione della nuova tipologia di contratti dalla sfera di efficacia della tutela reale, sarebbe, almeno in parte, attenuato dalla circostanza che la risoluzione dei suddetti contratti dovrebbe, pur sempre, essere motivata, anche se la proposta prevede che la risoluzione potrebbe avvenire quando si verificasse una ipotesi di « giustificatezza » del recesso. Senonché, la nozione di « giustificatezza » (che, nella proposta, dovrebbe essere ricostruita sulla falsariga della identica nozione utilizzata dal contratto dei dirigenti) offre limitate garanzie di certezza, dal punto di vista giuridico, stante l'ondivaga interpretazione che la giurisprudenza ne ha fornito. Pertanto, la soluzione proposta (eliminazione della tutela reale a fronte di un — preteso — ampliamento delle ipotesi di recesso, che sarebbe « garantito » dalla nozione di « giustificatezza »), rischia di tradursi, in realtà, in un incremento del contenzioso.

3. È, invece, senz'altro auspicabile che — così come affermato nella proposta — la eventuale risoluzione del rapporto non determini alcuna situazione di incertezza e, pertanto, sarei favorevole a che il recesso dal nuovo tipo di contratto proposto fosse « assistito » soltanto dal preavviso, anche se potrebbe ipotizzarsi una quantificazione dell'indennità sostitutiva del preavviso che tenesse conto della peculiarità del singolo rapporto di lavoro (anzianità, carichi di famiglia, inquadramento). Inoltre, al fine di disincentivare un utilizzo improprio della nuova tipologia contrattuale, si potrebbe anche prevedere una misura dell'indennità sostitutiva del preavviso che fosse, almeno in parte, inversamente proporzionale alla durata del rapporto, ossia più elevata nell'ipotesi di recesso che avvenisse, ad esempio, nel corso del primo anno del rapporto. In secondo luogo, va detto che il perseguimento del fine di favorire la conversione dei rapporti di lavoro temporaneo in altrettanti rapporti a tempo indeterminato (seppur del nuovo tipo proposto) non deve, comunque, comportare l'effetto di far cessare tutte le esistenti tipologie di contratti « temporanei ». Ciò costituirebbe un elemento di estrema rigidità per il nostro sistema

**Oltre il referendum
sull'art. 18 Stat. Lav.**
*Documento presentato
da Tito Boeri
Stefano Liebman
Severino Salvemini*

produttivo, posto che lo stesso contratto a tempo determinato risponde a precise esigenze tecnico-produttive, com'è evidente ove si ponga mente a tutta l'area delle attività stagionali, proprie dei servizi, del turismo e dell'agricoltura ma anche del sistema manifatturiero che necessita sempre più di forme flessibili di produzione, com'è dimostrato anche dalla scelta,

4. finalmente operata con l'art. 13 del c.d. « pacchetto Treu », della « contrattualizzazione » della definizione dell'orario normale di lavoro. Del resto, la premessa da cui prende le mosse la proposta, ossia che i contratti di lavoro temporaneo » contribuirebbero a generare diffuse situazioni di precarietà, non risulta fondata. Ed infatti, ove si ponga mente al contratto di formazione e lavoro — la cui disciplina di legge, peraltro, già prevede disposizioni che mirano a favorire la conversione dei rapporti a tempo indeterminato — la realtà è che, nella stragrande maggioranza dei casi, i datori di lavoro decidono di trasformare i rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Dati del Ministero del Lavoro ci informano che, nel 1999, sono stati avviati, con contratti di formazione e lavoro circa 220.000 lavoratori e, secondo dati forniti dall'INPS, nel primo semestre del 1999, la media mensile dei rapporti di formazione lavoro, trasformati in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, è stata pari a 18.202, per cui siamo in presenza di percentuale di conferma superiori al 90%. Dunque, se vi è qualche motivo per intervenire in materia, è proprio per « specializzare » sempre di più i diversi istituti, in modo che si faccia ricorso ad essi secondo una precisa logica di alternatività.

5. In questa ottica di diversificazione, con particolare riguardo alle professionalità medio-elevate (sempre più ricercate), oltre che su nuove forme di assunzione, bisognerebbe poter contare su periodi di prova adeguatamente ampliati (rispetto ai tre mesi oggi mediamente previsti). Il nuovo tipo di contratto proposto (con la sua peculiare tutela) è, pertanto, un progetto da sviluppare, ma non in una prospettiva « punitiva » nei confronti di tipologie contrattuali quanto mai opportune per rispondere alle esigenze, sempre più imprevedibili, delle attività economiche e produttive, bensì in una logica « promozionale », rivolta a favorire l'occupazione in aree svantaggiate ed obiettivamente meno competitive, laddove tutele e garanzie eccessive allontanano e deprimono ogni occasione di lavoro. La innata diffidenza che si oppone a queste soluzioni può essere superata attraverso la « sperimentabilità » degli interventi, anche quando sono di origine legislativa. Prima verifichiamo gli effetti e poi teorizziamo gli aspetti positivi e negativi. Fare l'inverso può essere politicamente gratificante ma scarsamente efficace in termini di nuova occupazione.

6. Intervento di Giuseppe Bertola.

Vorrei ricollegare i miei commenti all'ottima esposizione di fatti istituzionali e dati statistici offertaci da Tito Boeri in apertura, allargare la prospettiva ad un discorso teorico più generale sulla desiderabilità di istituzioni di tutela del posto di lavoro, riprendere in tale contesto alcune osservazioni degli altri partecipanti al nostro dibattito, ed infine discutere brevemente la proposta di riforma di cui ci occupiamo oggi.

Boeri ha spiegato che il grado di protezione dai licenziamenti è molto differente tra vari Paesi ad economia di mercato, che le istituzioni rilevanti sono molto stabili nel tempo, e che a tali differenze corrispondono implicazioni empiriche ben interpretate da semplici ragionamenti economici. Per discutere di possibili riforme, è importante chiedersi quali aspetti politici, storici, ed economici possano giustificare la differente configurazione e la sostanziale stabilità delle strutture istituzionali del mercato del lavoro.

Come tutte le istituzioni, quelle orientate a garantire la sicurezza dei posti di lavoro hanno effetti sia positivi, sia negativi.

Gli effetti negativi sono ovvi per un economista che tenti di utilizzare lo schema standard in cui le interazioni di mercato puntano alla massimizzazione dell'efficienza produttiva. L'ammontare prodotto da una data forza lavoro non può che diminuire se la legge rende difficile e costoso licenziare lavoratori quando la produttività del loro impiego presso una data impresa sia minore che altrove, e lo sforzo produttivo individuale non riceve molti incentivi se si impedisce ai datori di lavoro di minacciare di licenziamento (o di decurtazione del salario) i loro dipendenti in caso di scarso rendimento.

Se tali vincoli sono stati introdotti e continuano a ricevere supporto politico, però, essi devono pure avere effetti positivi. Non è difficile proporre una lista di possibili effetti positivi, certo meno ovvi e poco generalizzabili, dei vincoli ai licenziamenti. Per un economista, occorre ammettere che la libera interazione di mercato non si possa in effetti

interpretare in base ad uno schema di mercati perfetti e completi, nel cui ambito ogni rischio sarebbe assicurabile e ogni tensione redistributiva risolvibile nel rispetto della massima efficienza produttiva. Se i mercati finanziari sono imperfetti e incompleti, è possibile che la sicurezza del posto offra benefici assicurativi ai lavoratori, proteggendoli contro fluttuazioni non assicurabili della domanda di prodotti e della produttività individuale e collettiva, e forse anche tutelandoli contro la loro propria scarsa attitudine al lavoro. E se il mercato del lavoro stesso non è ben descritto dal paradigma concorrenziale, anche la difficoltà per il datore di lavoro di incentivare lo sforzo dei dipendenti con minacce di licenziamento può ben essere vantaggiosa per i lavoratori. I modelli economici suppongono che lo sforzo produttivo sia un male: « lavorare stanca », e se i salari di mercato non possono compensare lo sforzo in modo appropriato allora un equilibrio a bassi livelli di sforzo può ben soddisfare l'interesse collettivo dei lavoratori.

Poiché in situazioni di *second best* gli effetti di ulteriori apparenti distorsioni hanno generalmente segno ambiguo ed effetti scarsamente intuitivi, è difficile analizzare tali effetti in modo preciso e rigoroso. Un economista che si avventuri su questo terreno, tuttavia, non è stupito che il dibattito nelle cause di lavoro non sia immediatamente riconducibile ad interpretazioni puramente economiche o ragionistiche dei concetti di « giusta causa » o « giustificato motivo. » Pietro Ichino vorrebbe ridurre la complessa interazione tra i suoi colleghi e i giudici del lavoro al computo del valore presente atteso di costi e ricavi di ciascun rapporto di lavoro. Se i mercati finanziari sono incompleti, tuttavia, non vi è un unico tasso di sconto stocastico per i flussi di risorse futuri, e non è possibile calcolare univocamente il corrispettivo monetario di un licenziamento. E in quanto la sicurezza del posto di lavoro fornisca benefici assicurativi ai lavoratori, il loro tasso di sconto non può che dipendere da variabili apparentemente spurie, quali la situazione familiare e le condizioni del mercato del lavoro locale. La scienza economica non è in grado di essere più precisa a questo riguardo, e non può che affidarsi al giurista e ai giudici per una risoluzione di problemi allocativi quando ragionamenti puramente economici non bastano ad identificare una allocazione ottimale.

Tale risoluzione non può che adattarsi euristicamente a circostanze specifiche di ogni caso specifico e, come ci ha ricordato Pietro Ichino, può facilmente apparire arbitraria. Una maggiore certezza del diritto sarebbe ovviamente desiderabile, ma ciò sarebbe auspicabile in Italia per molti ambiti diversi dalle cause di lavoro: le sanzioni per violazioni del codice della strada, ma anche il rispetto dei tempi degli interventi ai convegni accademici, non brillano per coerenza e prevedibilità nel nostro Paese.

Se le distorsioni istituzionali hanno fini redistributivi, come è inevitabilmente il caso in assenza di mercati perfetti e di possibilità di redistribuzione in somma fissa, allora la rigidità del mercato del lavoro può essere interpretata in base ad una valutazione dei loro pro e contro per i vari agenti politici ex ante, o in un ipotetico stato stazionario. Da questo punto di vista, il grado di protezione osservato dovrebbe corrispondere all'equilibrio della domanda ed offerta di protezione da parte dei vari agenti economici e politici. Come osservava Rinaldo Fadda, lo Statuto dei Lavoratori chiede alla grande impresa di offrire più protezione ai propri dipendenti: ciò non sorprende perché, se anche il bisogno di protezione è lo stesso per i dipendenti di tutte le imprese, per una impresa grande è in linea di principio più facile accedere al mercato dei capitali, e meno costoso offrire protezione. Ovviamente, il sistema economico non accetta passivamente l'imposizione di tali vincoli. Se alle grandi imprese si impongono costi aggiuntivi, ci si può aspettare che vi siano meno grandi imprese. E se le piccole imprese sono esentate da fornire protezione ai propri dipendenti ci si può aspettare che la loro occupazione sia ancor meno stabile di quel che si osserverebbe in assenza di vincoli istituzionali. In quanto i mercati siano imperfetti, tuttavia, il sistema economico non può essere completamente insensibile ai vincoli istituzionali. Ogni scelta di struttura istituzionale deve fronteggiare un trade-off di vantaggi e svantaggi, un trade-off complesso, triste (come tutti quelli tracciati dagli economisti), e forse da affrontare a livelli diversi da quello nazionale.

Da questo punto di vista, le differenze istituzionali tra Paesi vanno forse interpretate alla luce di diversità sotto aspetti quali le caratteristiche strutturali del mercato immobiliare e del mercato finanziario, il carattere e intensità dei legami economici ed affettivi tra membri di famiglie allargate, e ovviamente i rapporti di forza politici tra i vari agenti economici. L'importanza delle interazioni tra aspetti così disparati del tessuto economico e sociale renderebbe auspicabile uno studio di riforme contemporanee di più istituzioni: come notava Raffaele Bonanni, lo strumento referendario è ben poco adatto a tale fine. Ciò non toglie

**Oltre il referendum
sull'art. 18 Stat. Lav.**
*Documento presentato
da Tito Boeri
Stefano Liebman
Severino Salvemini*

Oltre il referendum sull'art. 18 Stat. Lav.
*Documento presentato da Tito Boeri
Stefano Liebman
Severino Salvemini*

che riforme possano essere auspicabili, e che un'occasione come questa debba essere utilizzata per discutere seriamente dell'adeguatezza della struttura istituzionale del nostro mercato del lavoro. Se anche le istituzioni sono potenzialmente interpretabili in base al trade-off delineato sopra tra i vantaggi e gli svantaggi per diversi agenti, il trade-off può ben essere alterato da eventi esogeni, e l'identità stessa degli agenti interessati cambia nel tempo. È possibilissimo che la tutela del posto di lavoro finisca per avere effetti collaterali più importanti e meno desiderabili di quelli presi in considerazione al momento della sua introduzione. I dati proposti da Tito Boeri tendono a confermare l'impressione diffusa che la protezione dei posti di lavoro primari si sfoghi troppo violentemente nell'instabilità di figure occupazionali non-standard. Anche se il livello della precarietà è ancora ben lontano da quelli osservati in Spagna, il trend italiano è preoccupante per chi tema la segmentazione del mercato del lavoro e l'intrappolamento di lavoratori secondari in impieghi con scarse opportunità di carriera e formazione professionale.

Ma come mai le istituzioni nazionali tendono a rimanere stabili anche in presenza di cambiamenti tanto vistosi nella struttura tecnologica e nel grado di internazionalizzazione dei rapporti economici? È importante tenere presente che i problemi incontrati nella riforma di un sistema di relazioni industriali e regolamentazione giuridica sono ben diversi da quelli risolvibili in un suo ipotetico progetto *ex ante*. Mi pare che Tito Boeri e Stefano Liebman siano ben coscienti di ciò, perché la loro proposta contiene elementi intesi ad ovviare ai problemi principali di ogni possibile riforma.

Il primo problema di una riforma implementata partendo da un dato contesto istituzionale è la troppo facile identificabilità degli individui e gruppi sociali da essa danneggiata. L'introduzione di nuove figure contrattuali non può che aumentare la pressione competitiva sui lavoratori già occupati in figure occupazionali « rigide » i quali — pur in presenza di un aumento dell'efficienza produttiva a livello aggregato — possono legittimamente temere le conseguenze di tale competizione per i loro salari e prospettive di lavoro. La proposta « Bocconi » prevede che nuove assunzioni in base a contratti flessibili siano impossibili se il datore di lavoro ha recentemente licenziato con procedura collettiva. Questa clausola va nella direzione giusta per rendere accettabile la riforma a chi un lavoro ha già. È opportuno, tuttavia, ricordare che la competizione tra lavoratori « vecchi » e « nuovi » può passare per il mercato dei prodotti piuttosto che sfogarsi nell'ambito di ciascuna impresa. Sarebbe pericoloso illudersi che una clausola come quella proposta basti ad eliminare il bisogno di scegliere tra tutela dei lavoratori primari e aumento dell'efficienza produttiva.

Il secondo problema di ogni possibile riforma è la fase di transizione, e l'importanza di effetti annuncio in presenza di un cruciale ruolo di aspettative circa la legislazione futura. La proposta che chi ha già un contratto di lavoro dipendente continui a godere della tutela offerta dall'articolo 18 può evitare che alla riforma segua un'ondata di licenziamenti non compensati da nuove assunzioni, e certamente intende circoscrivere l'impatto dei contratti di nuovo tipo alla creazione di nuova occupazione. Di nuovo, la proposta va nella direzione giusta, ma non può veramente sfuggire alla scelta tra tutela ed efficienza: i dettagli di ogni auspicabile evoluzione istituzionale del nostro mercato del lavoro vanno certamente studiati attentamente, alla luce di più dati.

7. Intervento di Raffaele Bonanni.

Ha indubbiamente il pregio della chiarezza la proposta di Tito Boeri, lanciata dalle colonne del Sole 24 Ore, sulla conversione dei contratti a tempo determinato in contratti permanenti. Credo che sia la maniera più corretta e saggia per affrontare il tema cruciale della flessibilità senza le forzature ideologiche di una parte della sinistra ancora troppo chiusa nel suo conservatorismo, ed anche al riparo dalla sterile demagogia, tutta neo liberista, dei referendari. La Cisl ha detto « no » ai referendum, a partire da quello sulla libertà di licenziamento, perché si propone una filosofia anti-sociale, individualistica, in cui vince solo il più forte. Personalmente sono per il voto contrario a tutti i referendum, con lo strumento, previsto dalla stessa Costituzione, del « non voto ». Tuttavia, il tema della nuova occupazione e della mobilità del mercato del lavoro sono argomenti alquanto stimolanti che meritano la giusta attenzione da parte del mondo sindacale. In questo senso la proposta di « Bocconi » apre una breccia interessante, tentando di ricomporre il conflitto potenziale fra lavoratori « temporanei » e « permanenti ». Boeri, Liebman e Salvemini, in pratica, propongono uno scambio: i lavoratori temporanei rinuncino al diritto di reintegro previsto dall'art.

18 dello Statuto, in cambio di una conversione del contratto a tempo determinato, in contratto a tempo indeterminato, fatte salve le garanzie in materia di discriminazioni sindacali, politiche, razziali o religiose, ed i diritti in materia di matrimonio e maternità. È previsto anche un risarcimento economico più alto in caso di licenziamento affidato al collegio arbitrale. Mentre per i lavoratori già a tempo indeterminato le cose resterebbero inalterate.

È una base di discussione, su cui credo si possa aprire un interessante confronto. Ma attenzione: la flessibilità ha bisogno di essere nutrita da alimenti precisi, senza i quali diventa precarietà per i lavoratori e le imprese. La Cisl ha sempre sostenuto che la flessibilità può essere utile per affrontare le difficoltà del mercato e della concorrenza agguerrita degli americani e del sud-est asiatico.

Già negli accordi di concertazione di alcuni anni fa, siglati con i Governi Prodi e D'Alema, avevamo detto con chiarezza che la flessibilità necessaria andava sostenuta attraverso: 1) un processo di qualificazione e riqualificazione dei lavoratori; 2) nuovi ammortizzatori sociali; 3) nuovi orari di lavoro e ridefinizione della contribuzione sociale per tutti i soggetti del lavoro; 4) servizi all'impiego qualificanti ed efficienti, anche con il concorso del collocamento privato.

Su queste questioni siamo purtroppo all'anno zero, visto che il Governo ha fatto poco o nulla. La flessibilità è diventata così solo l'anticamera della precarietà, attraverso una riduzione dei diritti per i lavoratori ed il depotenziamento per le stesse imprese. Per questo ora bisogna aprire un dibattito serio, evitando di ricadere negli estremismi opposti (flessibilità sì, flessibilità no), non degni di un paese industrializzato.

Dobbiamo entrare nel merito, uscire dalla propaganda. Le considerazioni di Boeri e Liebman possono diventare utili, per tutti. Ma partendo da una constatazione: l'idea suggestiva dei contratti permanenti o a stabilità obbligatoria non è da estendere a tutto il paese.

Infatti nel Nord sarebbe una forzatura inutile e dannosa giacché la manodopera scarseggia e le imprese non hanno la necessità di sostituire ulteriormente la forza lavoro. È nel Sud che bisogna innovare, dove mancanza di lavoro e lavoro nero/grigio provocano un ricatto tale da far diventare persino surreale la discussione sulle nuove regole. Ed allora, affrontare il tema dello scambio nel Mezzogiorno è cosa comprensibile per tutti e vantaggiosa.

Sarebbe, in ultima analisi, lo strumento congeniale per favorire quella politica differenziata da affiancare agli incentivi allo sviluppo (fiscali, contributivi, contrattuali) che noi riteniamo debbano essere impiegati per attirare nel Sud investimenti stranieri e nazionali. Il problema è uscire una volta per tutte dal vincolo pregiudiziale delle leggi, partire con la sperimentazione e contrattare area per area, territorio per territorio. Questa è la strada per affermare il protagonismo e la responsabilità dei soggetti sociali, unica condizione per governare effettivamente le politiche dello sviluppo. C'è bisogno, dunque, di grande coraggio e determinazione. Ma proprio questo appare l'aspetto più incoraggiante della proposta « Bocconi »: affidare alle parti sociali la sperimentazione del nuovo modello di contratto di lavoro, responsabilizzando tutti i soggetti in campo, per evitare nei fatti ingiustificate e spesso dannose invasioni di campo di carattere legislativo e politico. Soltanto dopo una sperimentazione così concepita potremo con più cognizione di causa farci una idea dei vantaggi ottenuti da lavoratori ed imprese e dei comportamenti avuti da ciascuno dei soggetti coinvolti.

Credo che questo nel futuro prossimo dovrà essere il comportamento di ciascuno dei soggetti interessati, governo compreso. Gran parte dell'impianto dei diritti e dei doveri del lavoro, oggi esistenti nel mondo, è il frutto di decenni di lotte, conquiste e sedimentazioni della esperienza del lavoro fordista. Sarebbe certamente un errore grave conservarlo interamente, ma sarebbe altrettanto sbagliato ritenere di sbaraccarlo in un battibaleno e senza il consenso dei protagonisti del lavoro, che devono invece con pazienza e coraggio ricostruire man mano nuove regole, senza le quali non ci saranno prospettive nè per i lavoratori nè per l'avvenire del nostro paese.

**Oltre il referendum
sull'art. 18 Stat. Lav.**
*Documento presentato
da Tito Boeri
Stefano Liebman
Severino Salvemini*

Terziario avanzato e nuovi lavori: osservazioni dal punto di vista della normativa prevenzionistica

Marco Biagi e Alessandra Lopez ()*

Sommario

1. Nascita e evoluzione del terziario avanzato. **2.** Le caratteristiche dell'occupazione nel terziario e nel terziario avanzato. **3.** Salute e sicurezza sul lavoro nel terziario: la normativa applicabile e le ragioni della sua inadeguatezza. **3.1.** Il campo di applicazione oggettivo. **3.2.** Il campo di applicazione soggettivo. **3.2.1.** Il lavoro a tempo determinato. **3.2.2.** Il lavoro interinale. **3.2.3.** Il lavoro a domicilio e il telelavoro. **3.2.4.** I collaboratori familiari. **3.2.5.** Il lavoro autonomo e il lavoro parasubordinato. **4.** Conclusioni.

1. Nascita e evoluzione del terziario avanzato.

Negli ultimi venti anni il sistema produttivo aziendale è stato oggetto di importanti e profondi processi di ristrutturazione, determinati soprattutto dalle innovazioni tecnologiche e dalla introduzione di nuove forme di organizzazione del lavoro, che hanno investito il concetto stesso di impresa, la sua struttura e le scelte gestionali che la riguardano. Il sistema competitivo che ne è emerso giustifica la grande rilevanza assunta, in questi ultimi anni, dal comparto dei servizi diretti e indiretti alle imprese, ossia dal « terziario avanzato ». Questo settore è costituito da imprese che producono e vendono servizi « avanzati » di consulenza a terze imprese; nelle attività svolte dalle imprese del terziario avanzato si includono servizi tecnici e di engineering, servizi funzionali al successo commerciale dei beni prodotti quali studi di mercato, marketing, pubblicità, servizi connessi alla gestione del capitale umano quali selezione del personale e formazione del personale, e servizi più generalmente funzionali alla efficienza amministrativa-gestionale delle imprese quali consulenze gestionali, fiscali, finanziarie, servizi di documentazione e trattamento automatico delle informazioni, software, etc. (cfr., tra i primi osservatori, Momigliano F., Siniscalco D., 1980, p. 42. Sul terziario avanzato vedi anche i contributi di Martini M., Vairetti U., 1989; Barbieri G., Rosa G., 1990; Ercolani P., 1994).

Per molto tempo le imprese hanno prodotto e gestito al loro interno i servizi oggi forniti dalle imprese del terziario avanzato. Ma il rapido processo di innovazione a livello tecnologico, organizzativo e gestionale che ha interessato in maniera più o meno intensa tutti i settori industriali e le diverse fasi di produzione/trasformazione/vendita del prodotto, ha determinato un accrescimento del bisogno di servizi sia di tipo quantitativo che qualitativo, e ha reso necessario un trasferimento all'esterno di talune attività. Il decentramento di queste funzioni di servizio consente alle imprese di acquisire competenze difficilmente reperibili al proprio interno, realizzando maggiori economie di scala e di specializzazione, ossia una più razionale organizzazione della produzione e una maggiore efficienza a livello competitivo.

note

(*) Ricerca effettuata con fondi erogati dal Ministero dell'Università e della Ricerca scientifica e tecnologica (fondi 40%).

Terziario avanzato e nuovi lavori: la normativa prevenzionistica
 Marco Biagi
 e Alessandra Lopez

I servizi forniti si definiscono « avanzati » perché « di natura complessa, caratterizzati da prevalente contenuto intellettuale e richiedenti alta specializzazione professionale e perché volti al conseguimento di livelli superiori di qualità, produttività, efficienza e efficacia nello svolgimento delle specifiche attività » (D'Alessio C., 1999). La funzione delle organizzazioni che forniscono tali servizi consiste nel trasmettere alle imprese quelle conoscenze e quel know-how che consentano loro di adeguare strategie e strutture organizzative alle mutevoli condizioni del mercato, e quindi di conseguire una maggiore flessibilità.

L'espansione del terziario avanzato non è sostitutiva dell'attività di produzione di beni, ma funzione di essa. Infatti « le imprese continuano a produrre, ma con una metodologia differente, la quale provoca un cambiamento nella composizione del valore aggiunto del prodotto, la cui parte immateriale, composta dagli input e dai servizi che hanno contribuito a crearlo, diviene sempre più prioritaria rispetto alla fase di produzione e manipolazione fisica, ormai automatizzata e standardizzata » (Cimurri M., 1986, p. 71).

La tesi secondo cui lo sviluppo del settore è correlato allo sviluppo delle attività produttive di beni materiali viene avvalorata dal fatto che le nuove professioni del terziario avanzato sono maggiormente presenti nelle aree produttive più progredite: le rilevazioni dell'ISTAT mostrano, da una parte, la notevole espansione occupazionale del settore, che ha registrato un incremento del 13,4%, tra il 1993 e il 1997, e del 9,1%, tra il 1998 e il 1999, e sottolineano inoltre come il suo sviluppo sia concentrato, in particolare, nelle regioni industrializzate del nord (ISTAT, 1999). Attualmente il terziario avanzato ha superato il milione di addetti, tra dipendenti e autonomi, e i suoi ritmi di crescita provano che le potenzialità di sviluppo di questo settore sono realmente enormi (1).

2. Le caratteristiche dell'occupazione nel terziario e nel terziario avanzato.

Da recenti indagini effettuate sulla forza-lavoro impiegata nel terziario sono emerse numerose peculiarità che la caratterizzano e la distinguono da quella tipica del settore industriale, ancorato al lavoro dipendente e a tipologie contrattuali tradizionali (Sinnea International, 2000). L'espansione del settore dei servizi ha contribuito a incrementare il ricorso a tipologie contrattuali nuove, giustificate in primo luogo dalla necessità di introdurre maggiore flessibilità nella organizzazione del lavoro, elemento questo di importanza strategica per lo sviluppo economico.

Una delle caratteristiche più interessanti emersa dall'analisi dell'occupazione del terziario, e in particolare del terziario avanzato, è rappresentata da un intenso ricorso a forme di lavoro « atipiche », ossia a schemi contrattuali diversi da quello tipico del lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato: molto elevato è il numero di assunzioni effettuate mediante contratto a tempo parziale o temporaneo; altrettanto elevata è la percentuale dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa e dei contratti di formazione lavoro (Sinnea International, 2000). Da una indagine statistica svolta dall'ISTAT sulla distribuzione del lavoro atipico per settore di attività economica è emerso che il 47,5% dei lavoratori atipici è impiegata nel terziario avanzato, il 34,3% nel terziario tradizionale e solo l'11% nell'industria (ISTAT, 1999). Occorre poi sottolineare che la presenza di lavoratori atipici è assai più rilevante nelle imprese di piccole e medie dimensioni; questo elemento assume una importanza ancora maggiore se si considera il fatto che il terziario è strutturato soprattutto in unità aziendali di dimensioni medio-piccole, contrariamente a quanto accade nel settore dell'industria, dove l'attività è concentrata in stabilimenti e impianti di grandi dimensioni. Elemento significativo è la rilevanza che la componente autonoma assume nei servizi: grazie a indagini statistiche è infatti stato dimostrato che l'espansione dell'occupazione in questo settore è in larga parte dovuta all'incremento dei lavoratori autonomi, concentrati soprattutto nel commercio, nel settore alberghiero e nel comparto dei servizi alle imprese. È in quest'ultimo settore che si è registrato l'aumento più interessante di lavoratori autonomi: nel gennaio 1999, su 1.200.000 addetti stimati, 542.000 erano indipendenti, pari al 45,2% (2). Notevole è inoltre l'incidenza dell'occupazione femminile sul totale della forza-lavoro

note

(1) Ulteriori dati relativi al terziario avanzato sono riscontrabili visitando il sito internet di FITA, www.fita.it. Nel corso dell'ultimo anno, FITA (Federazione Italiana Industrie e Servizi Professionali e del Terziario Avanzato) ha analizzato le rilevazioni trimestrali dell'ISTAT sull'occupazione, nonché i dati statistici CNR-ISRDS, al fine di fornire una analisi ancora più dettagliata e completa dei fenomeni in atto nel Terziario Avanzato.

(2) Dati ISTAT.

impiegata nel terziario: in media, in Europa, l'80,1% delle donne occupate lavora nei servizi, contro il 55,1% degli uomini, e solo il 15,9% nell'industria, contro il 39,2% degli uomini (3), e il terziario avanzato è l'unico settore in cui l'occupazione femminile cresce più di quella maschile. Le trasformazioni che hanno interessato la società moderna negli ultimi decenni e il nuovo ruolo assunto dalla donna prima all'interno del nucleo familiare, poi all'interno del sistema economico, nonché le lotte per le pari opportunità fra uomo e donna ancora in atto, hanno determinato un consistente incremento del lavoro femminile, in generale in tutti i settori dell'attività economica. Il fatto che questo aumento sia tanto più vistoso nel terziario è dovuto soprattutto alle tipologie occupazionali che questo settore offre, ossia una gamma di mansioni e di attività che si conformano meglio ai caratteri del lavoro femminile. Molto alta è poi la percentuale dei lavoratori laureati e diplomati, o comunque in possesso di un titolo di studio o di specializzazione professionale riconosciuto, che trovano impiego nel terziario, ma soprattutto nel terziario avanzato: le imprese di questo settore sono organizzazioni generalmente dotate di personale ad alta qualificazione tecnica e professionale, e ciò è reso necessario dal grado di complessità dell'attività svolta, che consiste nell'elaborazione di risposte rapide, efficaci e appropriate alla risoluzione di problemi di tipo tecnico, organizzativo o giuridico, presentati dalle imprese clienti. La qualità del servizio offerto viene quindi determinata, in primo luogo, dal grado di professionalità e competenza del personale, ossia dalla qualità delle risorse che l'impresa del terziario ha a propria disposizione, nonché dalla possibilità di fornire servizi periferici accanto a quello principale. La struttura occupazionale del terziario si presenta quindi, per molti aspetti, assai diversa da quella tipica dell'industria, e alla luce di queste differenze appare alquanto irragionevole e inopportuno continuare ad applicare a questo settore teorie e norme pensate per l'industria e ad esse inadeguate. Peraltro, la notevole espansione della base professionale del terziario, verificatasi negli ultimi anni, rende ancora più urgente la formulazione di una normativa nuova, che tenga conto delle specificità di questo settore, in particolare con riferimento alla disciplina prevenzionistica. La grande varietà occupazionale, prodottasi in seguito all'intensificarsi del processo di terziarizzazione dell'occupazione, non è stata recepita dal legislatore, per cui in un settore in cui prevale il lavoro « atipico », trova ancora applicazione una normativa costruita sul modello del lavoro subordinato stabile e a tempo pieno: sono quindi necessari interventi innovativi di tipo legislativo e contrattuale che garantiscano il pieno riconoscimento giuridico di questo settore, e che permettano in particolare di estendere anche ai lavoratori « atipici » forme di tutela sufficienti a garantire loro adeguate condizioni di lavoro. Mentre la normativa oggi in vigore appare fortemente inadeguata, in quanto le tutele in materia di salute e sicurezza non coprono la maggior parte dei lavoratori del terziario avanzato, il dialogo sociale e, in particolare, la contrattazione collettiva, risultano al momento quasi del tutto inesistenti.

Terziario avanzato e nuovi lavori: la normativa prevenzionistica
 Marco Biagi
 e Alessandra Lopez

3. Salute e sicurezza sul lavoro nel terziario: la normativa applicabile e le ragioni della sua inadeguatezza.

Il diritto del lavoro nasce con la rivoluzione industriale e sin dalla sua origine il legislatore prende come punto di riferimento, per la predisposizione della disciplina lavoristica, il lavoro subordinato a tempo indeterminato. Nonostante il contenuto stesso del diritto del lavoro, e la funzione da questo esercitata all'interno della società moderna, sia stato notevolmente modificato dalle trasformazioni che hanno interessato, in questi ultimi decenni, il sistema economico, la normativa a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, anche la più recente, non ha modificato il ruolo affidato al lavoratore a tempo indeterminato e a tempo pieno quale modello di riferimento per la determinazione delle disposizioni in materia di tutela della salute e sicurezza (tra i primi ad evidenziare questo profilo vedi Focareta F., 1995, cui *adde* più recentemente, Tiraboschi M., 1996 e Tampieri A., 1999). Le mutate realtà produttive e i nuovi modelli di organizzare il lavoro sperimentati dalle imprese prevedono il ricorso al lavoro atipico perché, a differenza dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, consente di conseguire quella flessibilità necessaria a garantire un elevato grado di competitività: scopo degli imprenditori non è ora la costituzione di una forza-lavoro stabile, ma flessibile. La divergenza fra realtà socio-economica e ordinamento giuridico, che si è venuta a creare in seguito a questi mutamenti, ha determinato una

(3) Dati ISTAT.

Terziario avanzato e nuovi lavori: la normativa prevenzionistica
Marco Biagi
e Alessandra Lopez

deregolamentazione del rapporto di lavoro: questa è la ragione per cui, nel terziario in particolare, proliferano forme di lavoro non sempre inquadrabili in schemi contrattuali delineati dal legislatore (Sinnea International, 2000).

Non bisogna peraltro dimenticare che le piccole e medie imprese, in seguito ad un intenso processo di frammentazione della grande impresa, rivestono oggi un ruolo dominante non solo in Italia, ma in generale in tutta Europa: il fatto che attualmente la normativa, per taluni aspetti, escluda dal suo campo di applicazione dette imprese, fa sì che una categoria assai rilevante della forza-lavoro venga privata delle tutele che dovrebbero invece essere garantite a tutti i lavoratori in quanto tali. La riduzione delle tutele in materia di salute e sicurezza, per i lavoratori inseriti in realtà di piccole dimensioni, è dovuta al fatto che proprio le ridotte dimensioni non consentono agli imprenditori di ammortizzare i costi sostenuti per l'adeguamento delle strutture aziendali alla normativa prevenzionistica, cosa che avviene invece nella grande impresa. Il problema viene risolto dal legislatore con la concessione di deroghe alla normativa che consentono di ridurre il costo del lavoro, ma che allo stesso tempo limitano notevolmente la tutela dei lavoratori delle imprese minori.

Il legislatore ha cercato di rispondere alle trasformazioni dell'economia e della struttura sociale mediante l'adozione di una serie di provvedimenti che si sono innestati sul quadro normativo di origine, arricchendone il contenuto, ma non modificando, sostanzialmente, il suo campo di applicazione. La disciplina quadro in materia di salute e sicurezza è contenuta nel D.Lgs. 626/94, che recepisce la direttiva comunitaria n. 89/391, e nelle sue successive modifiche o integrazioni. Il decreto fornisce, come noto, un quadro di carattere generale dentro il quale si va a collocare tutto quanto concerne la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori (sul decreto legislativo 626/94 vedi per tutti Galantino L., 1996, cui *adde* Montuschi L., 1997). Sono ancora in vigore, per la parte non abrogata da questo decreto, il D.P.R. 547/55 e il D.P.R. 303/56 concernenti le condizioni di salute e di igiene nei luoghi di lavoro: la sovrapposizione di una nuova disciplina alla normativa previgente non crea eccessivi problemi di coordinamento, in quanto il nuovo decreto regola principalmente materie di cui il legislatore non si era occupato in precedenza. Ciononostante, l'articolazione del quadro normativo che disciplina la materia risulta complessa e spesso ciò ne rende difficile l'interpretazione e l'applicazione, soprattutto quando il decreto tratta temi già affrontati dalla normativa precedente (tra i primi: Viscomi A., 1995, Natullo A., 1996, Lepore M., 1994).

Nonostante l'insufficienza dei contenuti, o per meglio dire la sua inadeguatezza nel dare risposta alle attuali esigenze del mercato del lavoro, e la difficile convivenza, in alcuni casi, con la legislazione precedente, il decreto in esame apporta rilevanti innovazioni al sistema di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori (Lepore M., 1994).

Nell'affrontare le problematiche della sicurezza del lavoro, la norma recepisce la nuova cultura della prevenzione che anima la direttiva 89/391/CEE. Con l'entrata in vigore del decreto viene, infatti, introdotto un nuovo modello prevenzionistico, che conferisce una funzione di primo piano alla fase della 'valutazione dei rischi'. Le nuove disposizioni impongono al datore di lavoro la responsabilità in materia di prevenzione dei rischi: ciò rappresenta, da un lato, una obbligazione aggiuntiva a carico del datore di lavoro, dall'altro, il conferimento a suo favore di una maggiore autonomia, che gli consente di definire interventi preventivi più efficaci e capaci di riflettere le peculiarità dell'attività svolta, difficilmente individuabili da una generica previsione legislativa. Questa valutazione, insieme alle misure preventive concretamente attuate, dovrà essere riportata in un documento, e dovrà inoltre fondarsi su criteri oggettivi, che dovranno essere opportunamente esplicitati.

La prevenzione deve essere programmata, ossia progettata nel momento stesso della predisposizione del processo produttivo e della organizzazione del lavoro (art. 3, comma 1, lett. d); e deve inoltre essere generale, nel senso che deve abbracciare ogni aspetto e ogni fase dell'attività lavorativa (art. 2, comma 1, lett. g). Dal decreto 626/94 emerge quindi una « concezione di prevenzione primaria, generale, programmata e progettuale, basata su di una valutazione dei rischi che copre esaustivamente l'intera situazione di lavoro, oggettivamente fondata su criteri, e articolata su più livelli » (Maggi B., 1997, p. 328).

Da un punto di vista più strettamente medico, nella nuova disciplina vengono inclusi fra i rischi soggetti a sorveglianza sanitaria, nuovi rischi per la salute, quali il rischio da videoterminali, da movimentazione manuale dei carichi, da agenti biologici e cancerogeni. Gli strumenti di produzione utilizzati nei nuovi lavori danno in effetti luogo a nuove situazioni di pericolo sul lavoro, che devono necessariamente trovare riscontro legislativo

vista la loro grande incidenza sulla salute e sicurezza dei lavoratori: l'inclusione nella normativa di questi rischi « nuovi », sconosciuti alle realtà lavorative di un tempo, e strettamente legati all'evoluzione tecnologica e tecnica dei sistemi produttivi, rappresenta uno degli elementi che maggiormente caratterizza il nuovo modello prevenzionistico di cui si è detto (Gherardi G., Violante F. S., 1996).

Altro aspetto significativo, introdotto dal D.Lgs. 626/94, è rappresentato dall'obbligo del datore di lavoro di costituire e organizzare un 'servizio di prevenzione e protezione dai rischi', che viene definito, nell'art. 3, comma 1, lett. c), come « insieme delle persone, sistemi e mezzi esterni o interni all'azienda finalizzati all'attività di prevenzione e protezione dai rischi professionali nell'azienda, ovvero unità produttive ». Come si deduce dal testo normativo, il datore di lavoro si trova nella condizione di poter scegliere se ricorrere a un servizio interno o a uno esterno; è comunque obbligatoria la predisposizione di un servizio interno quando l'attività svolta prevede l'utilizzo di sostanze pericolose o a forte rischio (art. 8, comma 5, lett. a), b), c) e d)), o in caso di elevata dimensione aziendale (art. 8, comma 5, lett. e)), o qualora lo imponga la combinazione fra il tipo di attività e l'elevata capacità occupazionale (art. 8, comma 5, lett. f)). A determinate condizioni ed entro certi limiti dimensionali è inoltre consentito lo svolgimento diretto da parte del datore di lavoro dei compiti di prevenzione e protezione dai rischi.

Per concludere l'analisi degli elementi innovativi più rilevanti proposti da questo decreto, occorre fare riferimento al nuovo ruolo assegnato al medico del lavoro incaricato della sorveglianza sanitaria in azienda. Data l'ampiezza e la complessità dei compiti che gli vengono attribuiti, il medico competente diventa una figura centrale nel sistema prevenzionistico disegnato dal decreto e, come sostiene parte della dottrina « il principale consulente del datore di lavoro in tutta la materia sanitaria » (Bortone R., 1997, p. 152). Al fine di assicurare una gestione dei rischi il più possibile dinamica e flessibile, capace di conformarsi rapidamente all'evoluzione della tecnologia produttiva, il legislatore affida alla discrezionalità del medico del lavoro la determinazione del contenuto e della periodicità dei controlli sanitari, mentre la previsione legislativa si limita ad individuare gli agenti nocivi alla salute dei lavoratori. Il medico competente dispone quindi di un potere assai elevato, che gli consente di influire notevolmente sul corretto funzionamento del sistema prevenzionistico: per potere svolgere efficacemente l'attività di sorveglianza sanitaria all'interno dell'azienda, il decreto stabilisce che il medico disponga di taluni requisiti e qualifiche rigorosamente individuate (4), che gli consentano di cogliere le nuove problematiche relative alla medicina del lavoro, derivanti essenzialmente dal progresso.

La circostanza che il D.Lgs. 626/94 introduca nella disciplina prevenzionistica elementi di forte innovazione sul piano dei contenuti risulta assai evidente, ma allo stesso modo appare chiaro come le tutele in materia di salute e sicurezza sul lavoro, previste dalla normativa attualmente in vigore, non siano in grado di coprire la maggior parte dei lavoratori del terziario avanzato, primi fra tutti i collaboratori coordinati e continuativi.

Al fine di meglio chiarire quanto appena affermato, occorre procedere ad un'analisi d'insieme del campo di applicazione del decreto, con riferimento soprattutto agli elementi caratterizzanti il settore terziario. Tale analisi permetterà di evidenziare le carenze dello schema di tutele contenuto nel D.Lgs. 626/94, sottolineando, in particolare, come nonostante l'intenzione del legislatore di predisporre un sistema prevenzionistico « completo », il modello di tutele che ne scaturisce risulti in realtà inadeguato alla struttura occupazionale che caratterizza l'odierno mercato del lavoro. La su menzionata contraddizione appare particolarmente evidente se si considera la non perfetta corrispondenza logica tra il campo di applicazione oggettivo e quello soggettivo. A tal riguardo occorre rilevare che, se da un punto di vista delle attività lavorative, la disciplina ricomprende tutti i settori economici, sia pubblici che privati, dall'altra, dal punto di vista dei soggetti tutelati, la stessa normativa non è applicabile ad alcuni tra gli schemi contrattuali più utilizzati proprio nel settore terziario.

Terziario avanzato e nuovi lavori: la normativa prevenzionistica
Marco Biagi
e Alessandra Lopez

(4) I titoli di cui il medico competente deve essere in possesso per ottenere l'abilitazione all'esercizio delle funzioni di medico del lavoro, possono essere ricondotti alla specializzazione universitaria in medicina del lavoro, con l'esclusione delle « specializzazioni equipollenti » previste dal D.Lgs. 277/91, e facendo salva la sanatoria contenuta nel decreto sopracitato in favore di chi, pur non possedendo le suddette qualifiche, avesse già esercitato il ruolo di medico del lavoro per almeno quattro anni.

note

Terziario avanzato e nuovi lavori: la normativa prevenzionistica
Marco Biagi
e Alessandra Lopez

3.1. Il campo di applicazione oggettivo.

Per quanto concerne il campo di applicazione oggettivo, l'articolo 1, primo comma del suddetto decreto, in perfetta conformità con quanto prevede l'articolo 2 della direttiva-quadro n. 391 del 12 giugno 1989, prevede l'applicabilità delle misure di tutela in tutti i settori di attività privati o pubblici. Ciò consente di affermare che la nuova normativa attua una estensione dell'ambito di applicazione delle tutele antinfortunistiche, da una parte segnando il superamento delle esclusioni contenute nei decreti prevenzionistici degli anni '50, e dall'altra includendo formalmente attività, in relazione alle quali in passato sussistevano perplessità circa la loro assoggettabilità alla disciplina in materia di salute e sicurezza (settore terziario e settore bancario). La scelta compiuta dal legislatore appare perfettamente in linea con l'orientamento giurisprudenziale ormai da tempo prevalente, il quale, aveva già provveduto all'estensione in via analogica della tutela antinfortunistica anche ad attività e settori non contemplati dalla normativa prevenzionistica degli anni 50'.

La volontà del legislatore di tutelare la salute del lavoratore indipendentemente dal settore in cui viene svolta l'attività lavorativa si manifesta anche nell'inclusione della pubblica amministrazione nel campo di applicazione della normativa antinfortunistica che, benché non nuova nella storia legislativa italiana, ha provveduto a fare chiarezza attorno a una problematica che in passato era rimasta per lo più sommersa (sul punto vedi diffusamente Tampieri A., 1999, pp. 231-291; Zoppoli L., 1997).

Qualche dubbio può sorgere riguardo l'applicabilità del D.Lgs. 626/94 nei confronti delle attività non organizzate sotto forma di impresa. Tale difficoltà interpretativa dipende dall'articolo 2 lettera b) dove, nel definire il datore di lavoro si fa riferimento al soggetto che ha la responsabilità dell'impresa ovvero di una sua unità produttiva, aspetto che consiglierebbe una restrizione del campo di applicazione della disciplina di tutela. Da una lettura delle finalità della direttiva-quadro 391/89 e da una analisi complessiva del campo di applicazione del D.Lgs. 626/94 si tende però ad accogliere un'interpretazione estensiva, volta ad ampliare la tutela a tutte le attività lavorative.

Un ulteriore elemento, determinante per delineare in modo completo il campo di applicazione del D.Lgs. 626/94 e particolarmente significativo in relazione al settore terziario, concerne il rapporto della nuova normativa con i diversi livelli dimensionali delle organizzazioni produttive. Tale aspetto, nonostante non riguardi « il tipo di attività » esercitata dall'impresa e quindi non rientri apparentemente in un'analisi del campo di applicazione oggettivo (almeno nel significato che si è solito utilizzare), deve considerarsi a pieno titolo come un fattore la cui determinazione è fondamentale per ricostruire in modo soddisfacente l'atteggiamento del legislatore nei confronti della intera realtà produttiva in materia di salute e sicurezza (Ferraro G., Lamberti M., 1995, p. 37; Agut García C., Tiraboschi M., 1996, p. 30). Occorre infatti rilevare come il diverso livello dimensionale di una impresa si rifletta sul piano concreto in un diverso schema organizzativo della stessa e, per quanto concerne l'aspetto che ora ci interessa, in un diverso atteggiamento nei confronti di tutta la problematica in materia di prevenzione. Tale diversità si fonda principalmente su due elementi: da un lato, nelle piccole realtà vi è la tendenza, da parte dell'imprenditore, di assumere su di sé il totale controllo dell'impresa ostacolando qualsiasi tipo di interposizione tra lui e i lavoratori, dall'altro, vi è una oggettiva difficoltà nel predisporre adeguati sistemi di sicurezza, difficilmente compatibili sul piano dei costi, con le esigenze di profitto dell'azienda. Sulla base di tali considerazioni risulta evidente come una indiscriminata sottoposizione delle diverse realtà aziendali alla medesima normativa rischierebbe di frustare l'obiettivo che essa intende perseguire. Una simile uniformità di trattamento, infatti, non tenendo conto delle diversità che caratterizzano le imprese di differente dimensione e, comportando quindi medesimi obblighi a carico di quest'ultime, finirebbe per imporre sacrifici eccessivi alle piccole-medie imprese in termini di destinazione di risorse economiche, produttive e umane per la realizzazione degli adempimenti previsti dal decreto 626/94, soprattutto in considerazione del fatto che tale decreto prevede una disciplina prevenzionistica concepita per le realtà economica di medio-grandi dimensioni (Tampieri A., 1999, pp. 165-173).

Al fini di evitare tali squilibri che potrebbero sollecitare fughe nella direzione della disapplicazione della normativa, principalmente in tutti quei settori tradizionalmente privi di interventi per la prevenzione e sistematicamente ignorati dalle attività di vigilanza, si è provveduto in sede di modificazione del D.Lgs. 626/94 a rafforzare il sistema di deroghe e

agevolazioni a favore delle piccole-medie imprese. Innanzitutto l'articolo 4, comma 9, del decreto in esame prevede a favore delle piccole e medie aziende la possibilità di impiego, nella redazione del piano di sicurezza aziendale, di precostituite « procedure standardizzate » la cui individuazione è demandata ad appositi decreti ministeriali, sentita la commissione consultiva permanente per la prevenzione degli infortuni e per l'igiene del lavoro. Con decreto ministeriale del 5 dicembre 1996 si è data attuazione a tale norma, con l'individuazione di un apposito modello per adempimento degli obblighi documentali ex art. 4, D.Lgs. 626/94 da parte delle piccole e medie imprese. Tale procedura standard, come precisa lo stesso decreto attuativo, « non sostituisce il processo di valutazione dei rischi dell'articolo 4, comma 1 del D.Lgs. 626/94, né costituisce una linea guida per effettuare tale valutazione, anche se fa propri, implicitamente, alcuni criteri che si ritengono essenziali per la buona riuscita di tale processo (...). Questa traccia deve, in ogni caso, essere considerata come un riferimento non obbligatorio, che il datore di lavoro, se vuole, può utilizzare come guida alla compilazione della già richiamata relazione, avendo in particolare l'obiettivo di documentare che la valutazione dei rischi è stata effettuata nel rispetto dei criteri formali (coinvolgimento delle persone incaricate o associate, tempi di attuazione, consultazione delle parti interessate) e sostanziali (concretezza, globalità, congruenza, programmazione delle misure ecc.) che la legge prescrive al riguardo ».

Tali procedure standardizzate non possono essere utilizzate da quelle imprese che pur non essendo di grandi dimensioni svolgono una attività rischiosa. Precisamente, a norma dell'articolo 4, comma 9, sono escluse da suddetto utilizzo le aziende che esercitano attività industriale di cui all'articolo 1 del decreto del Presidente della Repubblica 17 maggio 1988 n. 175, e successive modifiche, soggette all'obbligo di dichiarazione o notifica ai sensi degli articoli 4 e 6 del decreto stesso, le centrali termoelettriche, gli impianti e laboratori nucleari, le aziende estrattive ed altre attività minerarie, le aziende per la fabbricazione e il deposito separato di esplosivi, polveri e munizioni, e le strutture di ricovero e cura sia pubbliche che private.

Una ulteriore agevolazione per le piccole e medie imprese, con esclusione di quelle che esercitano attività pericolose (appena precisate nella pensiero precedente), consiste nella possibilità da parte del datore di lavoro di svolgere direttamente i compiti propri del servizio di prevenzione e protezione dai rischi. Tale eventualità è però riservata alle aziende le cui dimensioni non superano quelle di cui all'allegato I del decreto 626/1994 e specificamente: le aziende artigiane e industriali fino a 30 addetti, le aziende agricole e zootecniche fino a 10 addetti, le aziende della pesca fino a 20 addetti e tutte le altre aziende (non esercitanti attività pericolose) fino a 200 addetti. Al di fuori di tali casi, il decreto in questione prevede tuttavia la possibilità ex art. 4, comma 10, lett. a), di definire, con appositi decreti ministeriali, « situazioni relative a ipotesi di scarsa possibilità, nelle quali è possibile lo svolgimento diretto dei compiti di prevenzione e protezione in aziende ovvero unità produttive che impiegano un numero di addetti superiore a quello indicato nell'Allegato I ». Inoltre, sempre con decreti ministeriali, possono individuarsi i casi in cui è possibile la riduzione a una sola volta all'anno della visita ricognitiva negli ambienti di lavoro da parte del medico competente « ferma restando l'obbligatorietà di visite ulteriori, allorché si modificano le situazioni di rischio ».

Altra facilitazione concerne le aziende familiari e quelle che occupano fino a 10 addetti, purché non soggette a particolari fattori di rischio da individuarsi tramite decreti ministeriali. Tali imprese, infatti, non sono obbligate a redigere il documento contenente la valutazione dei rischi, le misure conseguentemente adottate ed il programma di misure opportune per il miglioramento dei livelli di sicurezza: al datore di lavoro è richiesta solamente una autocertificazione scritta circa l'avvenuta effettuazione della valutazione dei rischi e l'adempimento degli obblighi ad essa collegati, da inviarsi al rappresentante per la sicurezza dei lavoratori.

Le aziende con meno di 15 dipendenti, poi, sono esonerate dall'indire la riunione periodica annuale (art. 11, comma 1) e si avvalgono nella designazione del rappresentante per la sicurezza di metodologie diverse, tra le quali spicca la possibilità per suddette imprese di individuare tale rappresentante per più aziende nell'ambito territoriale ovvero nel comparto produttivo.

Da questa breve analisi sul rapporto del D.Lgs. 626/94 con i diversi livelli dimensionali dell'impresa si evidenzia come le agevolazioni previste nei confronti delle piccole aziende siano per lo più subordinate alla sussistenza del requisito della scarsa pericolosità dell'attività esercitata, presumendo in questi casi la non necessità di un impegno massimo nella

Terziario avanzato e nuovi lavori: la normativa prevenzionistica
Marco Biagi
e Alessandra Lopez

tutela della sicurezza. Tale atteggiamento però rischia di favorire una caduta della tensione dal punto di vista sostanziale determinando un abbassamento del livello di guardia da parte del datore di lavoro, tanto più grave se si considera che il tessuto produttivo italiano è caratterizzato da imprese di piccole e piccolissime dimensioni non esercitanti attività oggettivamente a rischio, e quindi rientranti nelle deroghe previste dalla normativa. Conseguenza di tale situazione è la forte probabilità che alcune tra le norme più significative non siano applicate a vasti settori dell'economia. Da quanto appena detto deriva, come del resto è stato da più parti osservato, la necessità di una nuova strategia fondata sulla convinzione che la fragilità economica delle piccole e medie imprese e l'esigenza di tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori dalle imprese possano trovare contemperamento nella previsione di misure premiali e incentivanti che sostengano l'impegno delle piccole e medie imprese nell'adempimento degli obblighi di legge. In tale ottica si inserisce il decreto del Ministero del Lavoro del 18 marzo 1996 che ha concesso in via sperimentale, a partire dal 1° gennaio 1997 una riduzione del 5% del premio INAIL alle aziende con meno di 15 addetti che risultino essersi attenute alle scadenze fissate e alle disposizioni in materia di igiene, sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro di cui al decreto legislativo 626 del 1994 e successive modificazioni ed integrazioni. Nella medesima prospettiva non si deve omettere di considerare anche l'attività di informazione e consulenza in materia infortunistica e prevenzionistica che, secondo quanto disposto dalla legge delega 142/1992, alcuni enti istituzionali sono chiamati a svolgere con particolare riferimento alle piccole e medie imprese anche tramite la istituzione di specifici corsi di formazione anche obbligatori in detta materia.

3.2. Il campo di applicazione soggettivo.

Il campo di applicazione soggettivo del D.Lgs. 626/94 presenta confini molto più ampi rispetto ai tradizionali ambiti di tutela del diritto del lavoro (Montuschi L., 1995). Ai sensi dell'articolo 2, comma 1 lett. a) infatti, le disposizioni del decreto in esame si applicano ad « ogni rapporto di lavoro subordinato anche speciale ». È opinione largamente diffusa che la nozione di specialità faccia riferimento a tutti quei rapporti di lavoro la cui causa risulta essere mista o formativa, non esaurendosi nel mero scambio fra lavoro e retribuzione. L'estensione del campo di applicazione del decreto ai rapporti di lavoro subordinato anche speciale consente, quindi, di includere nell'ambito della tutela il lavoro degli apprendisti e dei titolari di un contratto di formazione e lavoro, nonché particolari tipi di prestazioni lavorative quali il lavoro nautico, il lavoro sportivo e quello giornalistico, in ottemperanza alle indicazioni provenienti dalla direttiva 391/89/CEE che definisce il lavoratore come « qualsiasi persona impiegata da un datore di lavoro, compresi i tirocinanti e gli apprendisti, ad esclusione dei domestici ».

Sono poi espressamente equiparati ai lavoratori subordinati alcuni soggetti istituzionali che, pur essendo privi di un rapporto di lavoro subordinato o addirittura di un rapporto di lavoro, si trovano ad operare in luoghi nei quali sono suscettibili di venire frequentemente in contatto con fattori di rischio dai quali il legislatore ha ritenuto opportuno proteggerli. Vengono, quindi, a godere della medesima tutela prevenzionistica i soci lavoratori di cooperative e società, anche di fatto, che prestino la loro attività per conto delle società e degli enti stessi, gli utenti di servizi di orientamento e formazione avviati presso datori di lavoro per il loro perfezionamento professionale, gli allievi di istituti di istruzione e universitari e i partecipanti a corsi di formazione professionale nei quali si faccia uso di laboratori attrezzature da lavoro ed agenti chimici, fisici e biologici.

Soggetti ricompresi nella tutela normativa sono da considerarsi anche coloro che compiono attività di volontariato. Né al riguardo sembra aver peso decisivo il fatto che il D.Lgs. 626/94, nel definire il lavoratore subordinato beneficiario della tutela, non fa alcun esplicito accenno alla natura gratuita o remunerata della prestazione a differenza dei DD.PR. 547/55 e 303/56 che ricomprendono, invece, espressamente fra le attività tutelate anche il lavoro prestato senza retribuzione. A quest'ultimo proposito il silenzio della nuova legge, secondo alcuni, sarebbe interpretabile come volontà di esclusione dalla tutela di tutte le forme di lavoro gratuito, come ad esempio il volontariato, data la natura giuridica profondamente diversa rispetto a quella del lavoro retribuito. Tale conclusione, però, appare del tutto arbitraria e si pone in contrasto con la *ratio* sostanziale della nuova normativa e con il consolidato atteggiamento giurisprudenziale che tende chiaramente ad applicare la disciplina di tutela

nei confronti di tutte le attività lavorative caratterizzate da un vincolo di subordinazione con il datore di lavoro non esattamente coincidente con quello descritto dalla normativa del codice civile (fatta eccezione per le attività esplicitamente escluse).

Sempre in una prospettiva di analisi del campo di applicazione soggettivo, occorre ora soffermarci sul sistema di tutele predisposto dal legislatore in relazione a quelle tipologie lavorative cd. « atipiche », costituenti una parte rilevante della struttura occupazionale del terziario.

Il termine « lavoro atipico » può rinviare a una molteplicità di significati. Sembra, però, preferibile una interpretazione che ne sottolinei l'aspetto sociologico, con la conseguenza di identificare predetto termine con tutte le forme alternative alla tradizionale forma di lavoro, costituita dal rapporto subordinato a tempo indeterminato (Grandi M., 1989, p. 7; Pessi R., 1992; Cordova E., 1986; Tiraboschi M., 1996, p. 86). In questo senso è possibile ipotizzare, nell'ambito del lavoro atipico così concettualmente definito, una differenziazione di tipologie contrattuali sulla base della presenza del requisito della subordinazione giuridica o meno nel rapporto in questione. In sostanza, si potrebbe parlare di lavoro atipico indipendente e di lavoro atipico subordinato, considerando in quest'ultimo caso ogni forma di lavoro che, pur ponendosi come alternativa al tradizionale rapporto subordinato a tempo indeterminato, conservi comunque la presenza di un vincolo di subordinazione. Sulla base di questa ricostruzione appare allora chiaro come la generale estendibilità del complesso di tutele di cui al D.Lgs. 626/94 ai rapporti di lavoro subordinato, ricomprenda tutte quelle forme alternative di lavoro in cui sia comunque individuabile un vincolo di dipendenza tra lavoratore e datore di lavoro. È evidente che in ciascuna delle suddette forme di lavoro occorrerà un adeguato intervento normativo che rifletta le peculiarità delle prestazioni lavorative in questione. Ciò che si vuole sottolineare, infatti, non è il carattere di completezza del D.Lgs. 626/94, ma l'aspetto di disciplina generale di tale decreto, potenzialmente in grado di comprendere tutte le prestazioni lavorative in cui è ravvisabile un qualche rapporto di dipendenza, salvo poi essere specificato in relazione ai particolari profili delle varie forme di lavoro.

Nei paragrafi seguenti si procederà all'analisi delle tipologie lavorative « atipiche » maggiormente presenti nel terziario.

3.2.1. Il lavoro a tempo determinato.

In materia di salute e sicurezza dei lavoratori la prestazione di lavoro a tempo determinato è regolamentata dal D.Lgs. 626/94, così modificato dal D.Lgs. 242/96, il quale ha dato attuazione alla direttiva comunitaria 91/383/CEE, contenente misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori aventi un rapporto di lavoro a durata determinata. Il processo attraverso cui è avvenuta tale recezione si è, tuttavia, distinto per la presenza di considerevoli lacune, sia dal punto di vista formale che sostanziale: la trasposizione si è, infatti, risolta in una semplice constatazione della sua avvenuta recezione, venendosi a configurare un processo attuativo meramente formale che non ha apportato alcuna variazione da un punto di vista sostanziale allo statuto giuridico del lavoratore assunto con contratto a tempo determinato. Non è stata, quindi, introdotta alcuna specifica disposizione in grado di tener conto delle peculiarità della situazione di tali lavoratori e dei rischi cui sono esposti in taluni settori. Del resto, come da più parti si è osservato, non appare certo sufficiente l'astratta affermazione della parità di trattamento per garantire un adeguato livello di effettività, la cui realizzazione dipende, invece, dalla predisposizione di una disciplina particolare che si configuri come aggiuntiva rispetto alla normativa generale introdotta con il D.Lgs. 626/94. Per quanto concerne, in particolar modo, gli obblighi informativi di cui all'art. 3 della direttiva n. 91/383/CEE, si è osservato che, essendo prescritta dalla legge 230/94 la forma scritta per la conclusione di un contratto a tempo determinato, si sarebbe potuto prevedere l'obbligo di includere in tale contratto l'indicazione dei rischi cui è soggetto il lavoratore in relazione alle specifiche mansioni che dovrà svolgere (Tiraboschi M., 1997, pp.1285 e 1288, cui *adde* Lai M., 1998, p. 212).

Analogamente, per quanto attiene ai diritti di formazione dei lavoratori temporanei di cui all'art. 4 della Direttiva 91/383/CEE, si sarebbe dovuta prevedere, in aggiunta agli adempimenti di natura generale, una disposizione particolare che prescrivesse al lavoratore in questione una formazione sufficiente ed adeguata alle caratteristiche proprie del suo posto di lavoro, tenuto conto della sua qualificazione e della sua esperienza. Il legislatore

Terziario avanzato e nuovi lavori: la normativa prevenzionistica
Marco Biagi
e Alessandra Lopez

Terziario avanzato e nuovi lavori: la normativa prevenzionistica
Marco Biagi
e Alessandra Lopez

nazionale avrebbe potuto, inoltre, seguendo le indicazioni della direttiva comunitaria, vietare il ricorso a questo tipo di rapporto lavorativo in relazione allo svolgimento di attività particolarmente pericolose o, comunque, provvedere, in mancanza del divieto sopra menzionato, all'adozione delle misure necessarie, affinché detti lavoratori potessero beneficiare di una appropriata sorveglianza medica durante lo svolgimento della prestazione lavorativa e anche oltre la scadenza del rapporto di lavoro (si pensi al caso delle sostanze tossiche o cancerogene i cui effetti, per definizione, si verificano a distanza di tempo dall'effettivo contatto). Sarebbe, infine, stato opportuno prescrivere, ai fini della realizzazione di un adeguato sistema di tutela, le misure necessarie per informare esaurientemente tutti i soggetti incaricati allo svolgimento delle attività di prevenzione in relazione alle funzioni assegnate ai lavoratori a tempo determinato

Da questa breve analisi sulla disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato, in materia di salute e sicurezza, sembra quindi doversi affermare come tale normativa non sia in grado di attribuire una adeguata protezione ai lavoratori in questione, profilando, conseguentemente, un « vuoto normativo » (Tiraboschi M., 1997; Lai M., 1998, p. 214), per quanto concerne l'effettiva applicazione dell'apparato prevenzionistico in tale ambito. Appare, quindi, auspicabile un nuovo intervento del legislatore per meglio regolamentare gli aspetti peculiari del lavoro a tempo determinato.

3.2.2. Il lavoro interinale.

La direttiva 91/383 è stata trasposta nell'ordinamento giuridico italiano con riferimento ai rapporti di lavoro interinale, attraverso la legge 196/97, nonostante essa non contenga alcun riferimento al recepimento della direttiva in questione, secondo quanto invece richiesto dalla disciplina comunitaria (Tampieri A., 1999, pp. 187-201; Bortone R., 1999, p.329; Leccese V., Pinto V., 1998, p. 55). Con la legge 196/97 si è proceduto alla legalizzazione della fattispecie del lavoro intermittente tramite agenzia, contribuendo, in tal modo, all'emersione di fasce di lavoro « nero » caratterizzate dalla sistematica infrazione della normativa prevenzionistica e, quindi, dall'assenza di una minimale tutela in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

In tal senso si evidenzia come, « al di là delle norme tecniche e di dettaglio contenute nella legge 196/97 », sia « l'intera normativa di regolamentazione della fornitura di lavoro temporaneo che concorre alla tutela di un bene di rango primario come la salute dei lavoratori temporanei » (Tiraboschi M., 1997, p. 118).

Passando alla disamina delle disposizioni della legge 196/97 volte alla tutela della salute e della sicurezza del lavoratore temporaneo, occorre in primo luogo soffermarsi sulle ipotesi di divieto di tale forma di lavoro. Conformemente a quanto disposto dall'art. 5, paragrafo 1 della direttiva 91/383, il ricorso alla fornitura di lavoro intermittente tramite agenzia è innanzitutto precluso « per le lavorazioni che richiedono sorveglianza medica speciale e per i lavori particolarmente pericolosi individuati con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale ». Occorrerà, a questo riguardo, precisare che la dizione « sorveglianza medica speciale » di cui all'art.1, comma 4, lett. f) della legge 196/97 non è riconducibile all'istituto generale della « sorveglianza sanitaria » previsto obbligatoriamente per la totalità dei lavoratori nei casi indicati dagli artt. 16 e 17 del D.Lgs. 626/94. Ai fini dell'individuazione delle lavorazioni oggetto di sorveglianza medica speciale in relazione alle quali non è possibile fare ricorso al lavoro interinale, assume rilievo, secondo le indicazioni desumibili dall'art. 5, paragrafo 3 della direttiva, l'opportunità o la necessità di protrarre gli accertamenti sanitari anche oltre la scadenza del rapporto di lavoro (5). Per quanto concerne l'identificazione di quei lavori la cui particolare pericolosità rende opportuna l'imposizione di un divieto al ricorso a prestazioni di lavoro intermittente tramite agenzia, si dovrà, invece, avere riguardo della necessità di ridurre il rischio di infortuni sul lavoro, precludendo il ricorso al lavoro interinale « con riferimento a quelle lavorazioni che, statisticamente, danno luogo a più frequenti infortuni, esiti mortali, coinvolgimento di terzi oltre il lavoratore interessato, etc. » (Rocca G., 1997, p. 109). Pare, poi, opportuno evidenziare che il divieto di ricorrere a lavoratori interinali non riguarda tutte le lavorazioni che formano oggetto di

note

(5) Si tratterà precisamente di « quelle lavorazioni che espongono i lavoratori agli agenti cancerogeni di cui al Titolo VII del D.Lgs. n.626/1994, all'amianto, al cloruro di vinile monomero, alle radiazioni ionizzanti di cui al D.Lgs. n. 230/1995, etc. » (Rocca G., 1997, p. 109).

sorveglianza medica speciale ma solo quelle che sono state indicate dal predetto decreto ministeriale, come emerge dall'esame congiunto dell'art.1, comma 4, lett. f) e dell'art.6, comma 1 della Legge n.196/1997 secondo il quale « nel caso in cui le mansioni a cui è adibito il prestatore di lavoro temporaneo richiedano una sorveglianza medica speciale o comportino rischi specifici, l'impresa utilizzatrice ne informa il lavoratore conformemente a quanto previsto dal decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modifiche ed integrazioni ».

Altra ipotesi di divieto di fornitura di lavoro temporaneo è prevista dalla legge 196/97 nei confronti delle « imprese che non dimostrano alla Direzione provinciale del lavoro di aver effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modifiche ». La finalità perseguita nell'adozione di una tale disposizione consiste, evidentemente, nella volontà di assicurare che i lavoratori intermittenti prestino la loro attività lavorativa presso imprese utilizzatrici che risultino essere affidabili per quanto attiene la tutela della salute e della sicurezza sul luogo di lavoro. La disposizione considerata non contiene, però, alcuna indicazione circa le specifiche modalità attraverso le quali rendere dimostrazione dell'avvenuta effettuazione della valutazione dei rischi.

Nel silenzio della legge al riguardo, si è da più parti ritenuto (Tiraboschi M., 1997; Lai M., 1998, p. 214), ai fini della dimostrazione dell'avvenuto adempimento della valutazione dei rischi, risulti essere sufficiente una semplice autocertificazione; tale interpretazione trova conferma nella Circolare del Ministero del Lavoro n. 141 del 5 novembre 1997, in base alla quale l'impresa che si avvale della prestazione di lavoratori temporanei deve avere già compiuto la valutazione dei rischi e « deve essere in grado di darne immediatamente la prova documentale, in caso di visita ispettiva, o su richiesta delle rappresentanze sindacali, ovvero organizzazioni sindacali, di cui all'art. 7, comma 4, per il tramite del rappresentante per la sicurezza ».

La legge n. 196/97 contiene, poi, specifiche disposizioni concernenti l'informazione e la formazione dei lavoratori interinali, in relazione alle quali vengono coinvolte sia l'impresa fornitrice che l'impresa utilizzatrice. L'art. 3, comma 3 della legge n. 196/97 stabilisce che il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo deve essere concluso in forma scritta e contenere diversi elementi fra i quali « le mansioni cui li lavoratore sarà adibito ed il relativo inquadramento » e « le eventuali misure di sicurezza necessarie in relazione al tipo di attività » .

Ai sensi dell'art. 3, comma 5 della legge in questione, inoltre, l'impresa fornitrice deve informare i prestatori di lavoro temporaneo circa « i rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive in generale ». L'agenzia di lavoro intermittente risulta, cioè, destinataria di un obbligo di informazione di carattere generale.

Incombe, invece, sull'impresa utilizzatrice delle prestazioni dei lavoratori temporanei un obbligo informativo di carattere specifico in relazione alle particolari caratteristiche del settore in cui sarà inserito il lavoratore temporaneo, stabilendosi che « nel caso in cui le mansioni (...) richiedano una sorveglianza medica speciale o comportino rischi specifici, l'impresa utilizzatrice ne informa il lavoratore conformemente a quanto previsto dal decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626 e successive modifiche e integrazioni » (art. 6, comma 1, legge 196/97).

Un'analoga ripartizione dei compiti si deve ritenere sussista per quanto riguarda la formazione di predetti lavoratori. Sebbene, infatti, la lettera della legge non preveda obblighi formativi specifici in capo alle imprese beneficianti della prestazione lavorativa, pare del tutto evidente che solamente quest'ultime possano predisporre un adeguato e specifico addestramento in relazione all'uso di attrezzature richiedenti conoscenze e responsabilità particolari, come previsto dall'art. 38 del d. lgs. 626/94.

In considerazione della comunanza di interesse alla sicurezza riscontrabile fra i lavoratori temporanei ed i lavoratori stabilmente impiegati nell'impresa utilizzatrice, l'art. 6, comma 6 della legge 196/97, dispone, inoltre, una deroga al principio generale di esclusione del lavoratore temporaneo dal computo dell'organico dell'impresa utilizzatrice, ai fini dell'applicazione delle normative di legge o di contratto collettivo in materia di igiene e sicurezza sul lavoro. Ne consegue, pertanto, la possibilità di esercizio, da parte dei lavoratori temporanei, dei diritti individuali e collettivi riconosciuti, in materia di sicurezza, ai lavoratori direttamente assunti dall'impresa utilizzatrice, inclusa la partecipazione all'elezione del rappresentante per la sicurezza sia nel ruolo di elettori, sia, qualora la durata della missione lo consenta, in veste di *eligendi*. Il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza

Terziario avanzato e nuovi lavori: la normativa prevenzionistica
Marco Biagi
e Alessandra Lopez

Terziario avanzato e nuovi lavori: la normativa prevenzionistica
Marco Biagi
e Alessandra Lopez

dovrà, quindi, farsi portavoce degli interessi non solo dei lavoratori assunti dall'impresa con contratto a tempo indeterminato, ma anche dei lavoratori forniti all'impresa utilizzatrice dalle agenzie di lavoro temporaneo che all'elezione di tale rappresentante concorrono (Lai M., 1998, p. 217).

Risulta, inoltre, significativo il riconoscimento al prestatore di lavoro temporaneo del diritto a usufruire di tutti i servizi sociali ed assistenziali di cui beneficiano i dipendenti dell'impresa utilizzatrice addetti alla stessa unità produttiva, secondo quanto previsto dall'art. 6, comma 4 della Legge n. 196/97.

Particolare interesse suscita, poi, la disposizione che prevede la comunicazione, da parte dell'impresa che beneficia della prestazione lavorativa alla rappresentanza sindacale unitaria (RSU), ovvero alle rappresentanze aziendali (RSA) e, in mancanza, alle associazioni territoriali di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori maggiormente rappresentative sul piano nazionale, del numero e dei motivi del ricorso al lavoro temporaneo, nonché, ogni dodici mesi, anche della durata dei contratti di fornitura di lavoro temporaneo, del numero e della qualifica dei lavoratori interessati (art. 7, comma 4, legge 196/97). Si tratta di una disposizione di particolare rilievo, in quanto contiene a livello embrionale l'indicazione circa una direzione in cui procedere al fine di promuovere l'effettività della tutela dei lavoratori temporanei.

Un ruolo importante in tal senso può essere, infatti, svolto dalle rappresentanze sindacali dell'impresa utilizzatrice al fine di determinare quelle condizioni essenziali per poter tutelare anche la salute e la sicurezza dei lavoratori temporanei, sollecitando, in tal modo, un superamento delle connivenze più o meno tacite intercorrenti fra sindacati e *management*, finalizzate, il più delle volte, a sacrificare le istanze di sicurezza della forza lavoro precaria a beneficio della stabilità dei livelli occupazionali della forza regolare.

3.2.3. Il lavoro a domicilio e il telelavoro.

In relazione ai lavoratori a domicilio, l'art. 1, comma 3 dispone l'applicazione del decreto solo nei casi espressamente previsti. Dall'esame delle varie disposizioni risulta, conseguentemente, che, nei confronti di tali soggetti, sussistono a carico del datore di lavoro unicamente gli obblighi di fornire una adeguata informazione sui rischi generali e specifici che derivino dall'attività svolta (art. 21, comma 2) ed una adeguata e sufficiente formazione in materia di sicurezza e di salute, con particolare riferimento al proprio posto di lavoro ed alle proprie mansioni (art. 22, comma 1).

Questa parziale esclusione dei lavoratori a domicilio, peraltro non prevista dalla direttiva 89/391/CEE, trova la sua ragione d'essere nell'esigenza di simmetria con la definizione di datore di lavoro contenuta nel decreto 626/94 (Franco M., 1996, pp. 253-254), in base alla quale l'obbligo di tutelare la salute e la sicurezza del lavoratore deve gravare su chi « chiunque abbia la responsabilità dell'impresa ovvero dell'unità produttiva » in cui l'attività lavorativa viene esercitata (art. 2, comma 1, lett. b). Da qui l'impossibilità di estendere integralmente la tutela prevista dal D.Lgs. 626/94 ai soggetti che svolgano prestazioni lavorative presso la propria abitazione (Nogler L., 2000).

Bisogna ricordare, comunque, che nei confronti dei lavoratori in questione continua ad essere operativa la tutela predisposta dall'art. 2, comma 1 della legge 877/73, che vieta lo svolgimento nel domicilio di attività che prevedano l'impiego di sostanze e materiali nocivi o pericolosi per la salute o l'incolumità del lavoratore e dei suoi familiari. Tale difformità degli oneri incombenti sul datore di lavoro in materia di salute e sicurezza rispetto agli obblighi su di lui gravanti all'interno dell'impresa è stata valutata da parte della dottrina determinante nell'individuare un percorso di decentramento produttivo finalizzato all'elusione della normativa antinfortunistica (Natullo G., 1996, pp. 676-677, cui *adde* Nogler L., 2000).

A questo riguardo pare opportuno un riferimento al telelavoro (o lavoro a distanza), potendo, infatti, siffatta forma lavorativa essere concepita come un particolare modello di lavoro a domicilio. Il telelavoro è, infatti, definito come quella forma lavorativa che si svolge al di fuori dei locali dell'azienda, assumendo la qualifica di prestazione domiciliare nel caso in cui il luogo di lavoro coincida con l'abitazione dell'addetto (v. recentemente le considerazioni di Tampieri A., 1999, che ritiene specie sotto il profilo della sicurezza sul lavoro di restringere la sua analisi al telelavoro subordinato e domiciliare; cui *adde* le considerazioni di Viscomi A., 1999).

Detto questo, sembra non condividersi l'opinione di chi, considerando questo tipo di attività coincidente con il tradizionale modello di lavoro domiciliare, limita l'applicabilità del D.Lgs. 626/94 ai soli obblighi formativi e informativi di cui agli artt. 21 e 22 della normativa in questione. Il lavoro a distanza, infatti, implica necessariamente la presenza di strumenti telematici, il cui utilizzo è considerato per definizione attività pericolosa e, quindi, fuori dal campo di applicazione della legge 877/73 individuante i lavoratori a domicilio esclusi (parzialmente) dalla tutela, in materia di salute e sicurezza, offerta dal D.Lgs. n. 626/94 (Salsi E., 1996).

La risoluzione della problematica relativa alla applicabilità o al lavoro a distanza della disciplina prevenzionistica, deve individuarsi, quindi, nella possibilità o meno di configurare il telelavoro domiciliare come forma di lavoro subordinato. Si tratterà, in altre parole, di determinare, in relazione al caso concreto, la presenza di un rapporto di dipendenza tra il lavoratore e il soggetto imprenditore. Nel caso, infatti, di sussistenza di tale rapporto appare corretto includere il lavoro a distanza nel concetto di subordinazione speciale di cui all'art. 2, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 626/94 e quindi considerare applicabile l'intero sistema di tutela predisposto dal predetto decreto (in tal senso vi sono proposte di legge) e, in particolare, le disposizioni relative all'uso dei videotermini.

Occorre, peraltro, fare molta attenzione (come già è stato detto) a definire il D.Lgs. n. 626/94 e le direttive in esso recepite come strumenti sempre puntuali in grado di far fronte a tutte le molteplici esigenze e forme di organizzazione che si sono via via sviluppate. In particolare, poi, in relazione al telelavoro si devono considerare le oggettive difficoltà di tramutare una disciplina prevista per la struttura della medio e grande impresa in una normativa di tutela dei lavoratori all'interno delle proprie abitazioni (o comunque fuori dai locali dell'azienda). Si pensi, innanzitutto ai poteri ispettivi degli appositi organi di vigilanza, il cui esercizio è da considerare inverosimile, data la delicatezza della legislazione che protegge il domicilio e che, in ogni caso, potrebbe avvenire solo con il consenso del telelavoratore o (improbabile) su sua richiesta.

La soluzione, quindi, per l'attuazione di una adeguata struttura di tutela dei telelavoratori, deve individuarsi o, nell'emanazione di una specifica normativa, in grado di affrontare le peculiari caratteristiche di questo « alternativo » modello di attività lavorativa, o, meglio, nel rafforzamento dei meccanismi di autotutela dei lavoratori in questione, lasciando così alla contrattazione sociale il compito di predisporre i necessari aggiustamenti alla disciplina generale di cui al D.Lgs. n. 626/94. Qualsiasi sia la soluzione che si adotterà, si deve, comunque, sottolineare la necessità di definire una procedura-base per la valutazione dei rischi e degli impatti per ciascuna prestazione di lavoro che viene teleubicata. Sia chiaro, in questo senso non si fa riferimento ai « cottages telematici » (6) che riuniscono in una determinata zona o paese più telelavoratori, poiché questi centri dovranno essere predisposti e organizzati come unità produttive sottoposte, come qualsiasi ufficio aziendale, al rispetto delle norme per la sicurezza. Si fa riferimento, invece, al tipico telelavoro a domicilio che dovrà essere adeguato dal punto di vista ergonomico e sotto controllo per quanto attiene la emissione di sostanze nocive (stampanti laser, fotocopiatrici, ecc.), procedendo, in tal modo, a una valutazione preventiva dei rischi avente come punto di riferimento il cambiamento che può produrre l'introduzione di una postazione di telelavoro. In particolare, i principali parametri da prendere in considerazione sono: la dimensione dell'abitazione, luminosità e qualità dell'illuminazione del locale, l'affidabilità e sicurezza dell'impianto elettrico, la compatibilità di una attività che richiede il telefono nelle ore notturne con la tranquillità del riposo dei familiari, la ergonomia dei mobili della postazione, la qualità delle attrezzature informatiche che sono date in dotazione, specialmente il monitor e la CPU (rumorosità e schermatura-rumorosità del modem in fase di collegamento nelle ore notturne, ecc.).

In sostanza tutti questi aspetti vanno valutati prima di impiantare la stazione di lavoro, tenendo anche conto di problemi tipici dell'Italia, quali ad esempio la dimensione assai piccola delle abitazioni tipo. In molti casi, infatti, vi potrebbe essere una logica di sacrificio di spazi destinati alla vita familiare per dedicarli al telelavoro.

C'è da sottolineare, però, che il telelavoro non sempre è stato ricondotto alla fattispecie del lavoro a domicilio. Vale la pena precisare che il dibattito sui caratteri individuativi della

**Terziario avanzato e
nuovi lavori:
la normativa
prevenzionistica**
*Marco Biagi
e Alessandra Lopez*

(6) Sono centri di telelavoro, costituiti in spazi offerti in affitti da strutture pubbliche o private, attrezzati delle tecnologie più avanzate per il lavoro a distanza.

Terziario avanzato e nuovi lavori: la normativa prevenzionistica
 Marco Biagi
 e Alessandra Lopez

fattispecie « lavoro a domicilio » della legge n. 877/1973 (omogeneità dell'attività lavorativa dal lavoratore a domicilio a quella del committente e carattere manifatturiero dell'attività dedotta in contratto) ha portato alcuni — compresa parte della giurisprudenza — ad escludere che il telelavoro possa essere ricondotto al lavoro a domicilio (il dibattito è ripercorso recentemente da Viscomi, 1999) e, su questa via (Viscomi, 1999) a ritenere comunque insoddisfacente l'alternativa tra lavoro a domicilio e telelavoro domiciliare, specie se l'attenzione si focalizza sulla normativa in materia di sicurezza.

Così c'è chi ha suggerito una prospettiva in cui l'applicabilità delle regole prevenzionistiche è ricostruita « scomponendo » la fattispecie telelavoro nei suoi elementi fondamentali giungendo, in particolare, a ritenere applicabile il comma 1 dell'art. 4 del D.Lgs. n. 626/1994, che impone al datore di lavoro di valutare rischi producibili nei confronti dei lavoratori anche al momento della scelta delle attrezzature di lavoro e quindi *ex ante*.

Ma, soprattutto, occorre non dimenticare che il telelavoro può presentarsi anche in forma autonoma e non domiciliare. Qui gli aspetti relativi alla sicurezza si complicano e divengono più confusi. Quanto alla prima ipotesi (telelavoro autonomo) bisogna precisare che gli spazi in cui si muove la normativa in materia di salute e sicurezza sono piuttosto angusti (cfr. Tampieri A., 1999, 211). L'unica via interpretativa per ampliare l'area della tutela anti-infortunistica potrebbe essere quella che fa leva sull'art. 7 del D.Lgs. n. 626, ove si prevede l'applicabilità di una parte della normativa in materia anche ai « lavoratori autonomi » cui si sia affidato l'imprenditore (Viscomi A., 1999 e Tampieri A., 1999). Quanto, invece, alla seconda ipotesi — quella, cioè, del telelavoro non domiciliare — l'interprete si deve arrestare di fronte alla chiarezza della previsione contenuta nell'art. 50, comma 2, lett. d) del D.Lgs. n. 626 secondo cui nei confronti dei lavoratori addetti « a sistemi denominati portatili » che « non siano oggetto di utilizzazione prolungata in un posto di lavoro » non trovano applicazione le norme in materia di sicurezza.

3.2.4. I collaboratori familiari.

Ai sensi dell'art. 230-*bis* c.c. (introdotto con la riforma del 1975) è impresa familiare quella in cui collaborano, prestando in modo continuativo la propria attività di lavoro, il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo. Il modello di attività che scaturisce da questa definizione è qualcosa di intermedio fra il lavoro subordinato e il rapporto societario, senza però essere inquadrabile in nessuna delle due posizioni. Certo, tra l'imprenditore e i suoi familiari si potranno instaurare predetti rapporti lavorativi (lavoro subordinato, rapporto societario), ma, in tal caso, il concetto di collaborazione familiare (così come inquadrato dall'art. 230-*bis* c.c.) perderà rilevanza, instaurandosi conseguentemente un rapporto diverso da quello basato sull'interesse familiare (7).

Per quanto concerne l'applicazione della disciplina prevenzionistica a questa particolare forma di organizzazione del lavoro, il D.Lgs. 626/94 non fa alcun esplicito riferimento. Ciò ha originato molti dubbi sull'applicabilità del decreto in questione ai collaboratori familiari, tanto che si è reso necessario l'emanazione di circolari volte a fare chiarezza.

In base alla circolare esplicativa n. 154/96 emanata dal Ministero del lavoro e della Previdenza sociale il 19/11/1996, il campo di applicazione della normativa prevenzionistica non ricomprenderebbe i collaboratori familiari di cui alla disciplina dell'art. 230-*bis* c.c., poiché quest'ultimi non vi sono richiamati espressamente neanche tra gli equiparati, né sono inquadrabili nella categoria dei lavoratori con rapporto di lavoro subordinato (8).

A conforto di questa interpretazione la circolare in oggetto invoca anche l'atteggiamento della corte Costituzionale, la quale « con sentenza n. 212 del 3 maggio 1993 ha confermato il principio che la normativa antinfortunistica e di igiene non può trovare applicazione all'impresa familiare poiché questa è permeata di legami affettivi, onde sarebbe problematico l'incastro di obblighi e doveri sanzionati attraverso ipotesi di reato procedibili d'ufficio ».

Con successiva circolare n. 28/97, si è ulteriormente precisato che, nell'ipotesi di una ditta

note

(7) Vedi la circolare del 19 novembre 1996, n.154/96, in LPO, n.1/1997, p.141 e ss.

(8) Infatti la circ. 1996 n. 154 afferma espressamente come « i collaboratori familiari (il coniuge, i parenti entro il 3° grado, gli affini entro il 2° grado) sono rilevanti come tali per il nostro ordinamento giuridico proprio quando non sia configurabile un rapporto di lavoro subordinato o, comunque, un rapporto diverso da quello basato sull'interesse familiare ».

individuale, la normativa di prevenzione « va apprestata obbligatoriamente nel caso in cui i collaboratori familiari prestino la loro attività in maniera continuativa e sotto la direzione di fatto del titolare », salvo il caso di familiari che esplichino saltuariamente la propria attività a titolo gratuito, per motivi di affezione ed in veste di alter ego del titolare. Parte della dottrina ha ravvisato in questa circolare interpretativa un parziale mutamento di indirizzo, in quanto, pur riferendosi genericamente alle imprese individuali, la circolare in esame ha individuato quali destinatari obbligatori della disciplina prevenzionistica i collaboratori familiari e ciò sulla base di condizioni non incompatibili con la disciplina prevista dall'art. 230-bis del codice civile.

Tale presunto cambiamento di rotta è stato, però, immediatamente smentito con la circolare del Ministero del Lavoro n. 30/98 nella quale si precisa che nell'ipotesi di ditta individuale la normativa di prevenzione si applica ai collaboratori familiari solo nel caso in cui sia riscontrabile un preciso vincolo di subordinazione e non una semplice collaborazione tra familiari.

La sussistenza del vincolo di subordinazione, come del resto ha chiarito la circolare n. 30/98, si deduce con certezza nell'ipotesi di formale assunzione con contratto del familiare o nell'ipotesi, che solo un giudice può individuare, di subordinazione derivante da particolari situazioni di fatto. Pertanto, in mancanza di detti elementi (regolare contratto di assunzione o intervento dell'autorità giudiziaria), anche nel caso delle ditte individuali va presunta la semplice collaborazione tra familiari, assimilabile a quella cui all'art. 230-bis c.c., non trovando quindi applicazione la normativa di sicurezza attuabile nei confronti dei lavoratori subordinati.

In sostanza, quindi, l'interpretazione compiuta dalle circolari del ministero del lavoro giustifica l'esclusione dei collaboratori familiari ex art. 230-bis c.c. da ogni forma di tutela sulla base della non compatibilità di quest'ultimi ai lavoratori subordinati. Tale conclusione è stata giudicata arbitraria da parte della dottrina e, soprattutto, non conforme con lo spirito del D.Lgs. 626/94 e con l'orientamento dominante della giurisprudenza di merito e di legittimità, che ha più volte affermato come la figura del lavoratore subordinato, ai fini dell'applicazione delle norme prevenzionistiche, sia identificata mediante caratteristiche non sempre coincidenti con la definizione di cui all'art. 2094 c.c.. Elemento decisivo, infatti, per determinare la responsabilità del datore di lavoro in relazione al mancato adempimento degli obblighi di sicurezza sarebbe l'effettivo esercizio da parte sua di un potere di organizzazione e di comando nei confronti dei lavoratori, indipendentemente dal fatto che la prestazione di quest'ultimi abbia o no carattere continuativo, sia onerosa o gratuita, non rilevando neppure la presenza di una effettiva potestà disciplinare in capo al datore di lavoro. Secondo questa impostazione, dunque, i collaboratori familiari di cui all'art. 230-bis c.c., sono da considerarsi ai fini prevenzionistici lavoratori subordinati e, conseguentemente, soggetti destinatari della disciplina di tutela in materia di salute e sicurezza. Del resto, è importante evidenziare come un aspetto innovativo del D.Lgs. 626/94 consista nel considerare applicabile la normativa prevenzionistica a tutte le attività lavorative (subordinate) che non siano esplicitamente escluse o trattate in modo differenziato; ciò con il preciso intento di non compiere discriminazioni sulla base della natura del vincolo di subordinazione dei vari rapporti di lavoro costituiti all'interno delle imprese.

Da segnalare infine che l'art. 2, comma 1, lett. a) del D.Lgs. 626/94 esclude espressamente l'applicabilità della disciplina prevenzionistica nei confronti degli addetti ai servizi domestici e familiari; esclusione, peraltro, del tutto comprensibile tenuto conto della complessità dell'apparato di tutela rispetto alle modeste esigenze di una semplice unità familiare.

3.2.5. Il lavoro autonomo e il lavoro parasubordinato.

La crisi del modello fordista-taylorista, che per lungo tempo aveva rappresentato il metodo di produzione e di organizzazione del lavoro di tutte le economie occidentali ha determinato un processo di lento ma inesorabile declino del modello di impresa manifatturiera tradizionale, incentrato su un'organizzazione verticale del lavoro e che vedeva nelle economie di scala il mezzo per raggiungere la massimizzazione del profitto. Lo sviluppo di un nuovo e più esteso sistema competitivo, che interessa sempre di più ambiti esterni al territorio nazionale, non consente più di affidare alle sole economie di scala il successo dell'impresa, ma identifica quali punti focali per il raggiungimento e il mantenimento di una posizione concorrenziale

Terziario avanzato e nuovi lavori: la normativa prevenzionistica
Marco Biagi
e Alessandra Lopez

all'interno del mercato globale: l'innovazione tecnologica, la qualità del lavoro e dei servizi e la flessibilità dei fattori della produzione (Tiraboschi M., 1999, p. 99 e ss.).

L'innovazione più importante dal punto di vista giuslavoristico, collegata alla crisi della grande industria, consiste comunque nel mutamento della struttura occupazionale. Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, infatti, perde la sua funzione di strumento capace di creare una forza di lavoro stabile, subendo, conseguentemente, un ridimensionamento per l'incapacità di adeguarsi ai nuovi sistemi di organizzazione del lavoro. Simmetricamente, grazie alla loro maggior flessibilità, si verifica un progressivo sviluppo e ricorso alle tipologie contrattuali definite « atipiche ».

Tali tipologie c.d. atipiche comprendono non solo i rapporti lavorativi che rientrano nel concetto di subordinazione speciale di cui all'art. 2, comma 1 del D.Lgs. 626/94, ma soprattutto, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa che si configurano come un particolare tipo di lavoro autonomo aventi però caratteristiche simili al tradizionale lavoro dipendente (lavoro parasubordinato).

Una volta evidenziata la notevole espansione del lavoro autonomo (nella forma di lavoro parasubordinato), occorre ora analizzarne la disciplina in materia di salute e sicurezza dei lavoratori. Definendo i soggetti destinatari della tutela prevenzionistica di cui al D.Lgs. 626/94, l'art. 2 di detto decreto fa riferimento a quelle persone che prestano il proprio lavoro alle dipendenze di un datore di lavoro, sulla base di un rapporto subordinato anche speciale. Manca alcun tipo di riferimento ai lavoratori autonomi che prestano il proprio lavoro all'interno dell'impresa. È possibile quindi dedurre che tali soggetti vengono esclusi dal campo di applicazione della relativa normativa di tutela. Questa conclusione è stata confermata dalla circolare interpretativa del Ministero del lavoro n. 172/1996, che ha provveduto a specificare che « l'elemento da cui il Legislatore fa discendere l'applicazione delle norme protettive è l'esistenza di una prestazione svolta in regime di subordinazione, (...) ossia, di una prestazione svolta in una situazione di soggezione al potere gerarchico, direttivo, e disciplinare di un datore di lavoro e dei collaboratori di questo da cui gerarchicamente dipende il lavoratore » (9). Nei confronti dei lavoratori autonomi, quindi, l'unica tutela legislativamente prevista consiste nell'adempimento, da parte del datore di lavoro degli obblighi di cui all'art. 7 del D.Lgs. 626/94.

Occorre poi ricordare che la qualifica di lavoro autonomo deve comportare, da un punto di vista concreto, un determinato livello di indipendenza: nei casi infatti (purtroppo molto numerosi) in cui l'autonomia rappresenti solo uno stato di apparenza, venendo i lavoratori in questione utilizzati come comuni prestatori subordinati, essi devono essere considerati alla stessa stregua di quest'ultimi, con conseguente estensione della medesima tutela goduta dai dipendenti. Come affermato in precedenza l'unica disposizione prevista dal D.Lgs. 626/94 in relazione al lavoro autonomo è l'art. 7, che, comunque, rappresenta un notevole passo in avanti rispetto alla precedente disciplina, integralmente incentrata sull'articolo 5 del D.P.R. 547/55 di cui, peraltro, l'articolo 7 del D.Lgs. 626/94 ha recepito parte del contenuto. L'art. 5 del D.P.R. 547/55, in particolare, prevedeva tre aspetti nell'ipotesi di lavoro autonomo svolto all'interno dell'azienda: a) l'informazione al lavoratore autonomo sui rischi specifici dell'ambiente di lavoro, a carico del committente/datore di lavoro; b) l'estraneità di quest'ultimo ai rischi propri dell'attività esercitata dal lavoratore autonomo; c) il divieto, sempre in capo al committente/datore di lavoro, di concedergli in uso macchine o attrezzi non conformi ai canoni della prevenzione.

Una più adeguata considerazione della tutela della salute del lavoratore autonomo si è avuto con il già citato articolo 7 del D.Lgs. 626/94 (10). Innanzitutto deve rilevarsi la parificazione a livello normativo del lavoratore autonomo con l'impresa appaltatrice. Nella legislazione previgente, infatti, ad eccezione dell'art. 5 del D.Lgs. 277/91 (in materia di immissione di rumori nocivi), non era mai stata inserita una norma che esplicitamente individuasse gli obblighi delle parti e stabilisse le relative responsabilità. È ben vero che la giurisprudenza, interpretando estensivamente il concetto di lavoratore autonomo, aveva finito per includervi anche l'appaltatore, costituito ad impresa, e i prestatori d'opera da questo dipendenti (11) ma, ciò nonostante, l'art. 5 del D.P.R. 547/55 risultava essere

note

(9) Circ. Min. Lav. del 20 dicembre 1996, n. 172/96, in DPL, n. 4/1997, p. 213.

(10) Fra le norme di origine comunitaria a tutela del lavoratore autonomo viene normalmente richiamato anche l'art. 5 del D.Lgs. 277/91, il quale però si limita a ribadire i doveri di informazione dei datori (dirigenti e preposti), in analogia con l'art. 5 del D.P.R. 547/55, orientandoli sulla nocività dei fattori chimici, fisici e biologici.

(11) Cfr., sul punto, fra le più recenti: Cass. Sez. IV pen., 3/3/1995, Grass., in *Cass. Pen.*, 1996, m. 1160, p. 1957.

inadeguata per regolamentare idoneamente le situazioni di appalto che, per l'elevato indice di pericolosità derivante dalla compresenza nel medesimo ambiente di lavoro di due o più sfere organizzative distinte, richiedevano un intervento normativo più specifico e puntuale. Un primo profilo innovativo introdotto dall'art. 7 del D.Lgs. 626/94 consiste nella previsione dell'obbligo gravante sulla committenza di scegliere attentamente il lavoratore autonomo (o l'impresa appaltatrice), anche attraverso il controllo dell'iscrizione alla camera di commercio, industria e artigianato (art. 7, comma 1, lett. a), D.Lgs. 626/94), obbligo la cui funzione viene ricondotta dal legislatore a preliminarne di garanzia di sicurezza (12). La norma in questione lascia all'imprenditore la discrezionalità su tutte le misure che ritiene necessarie per indagare sulla qualificazione del prestatore d'opera (o dell'impresa appaltatrice) con il quale intende accordarsi per la realizzazione dell'opera o del servizio, ma è certo che tale valutazione, entro i suddetti ampi margini di discrezionalità, dovrà in concreto essere correlata alla natura dei lavori in affidamento. Si tratta, infine, di un accertamento che l'imprenditore deve effettuare prima di stipulare il relativo contratto.

L'art. 7, D.Lgs. 626/94 prevede poi l'obbligo, da parte del datore di lavoro, di informare dettagliatamente i lavoratori autonomi sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività. A tale obbligo il committente potrà dire di avere correttamente adempiuto solo comunicando in modo chiaro ed esaustivo quali siano le condizioni, le misure e le procedure di sicurezza dell'area in cui il lavoratore autonomo andrà a svolgere la sua specifica attività professionale; queste sono tutte informazioni che egli avrà tratto dalla relazione sulla valutazione dei rischi.

La norma conclude attribuendo al solo committente l'obbligo di promuovere la cooperazione e il coordinamento per affrontare il maggior rischio determinato sia dall'ingresso di lavoratori esterni in un ambiente sconosciuto e di per sé pericoloso, sia dal contemporaneo svolgimento nel medesimo ambiente di più attività con la conseguente esposizione di tutti i lavoratori, autonomi e non, a una pluralità di rischi.

Se, quindi, l'art. 5 del D.P.R. 547/55 equiparava il lavoratore autonomo al lavoratore dipendente, mediante il riconoscimento di diritti di informazione, l'art. 7, pur ribadendo in sostanza tale disposizione, la inquadra in una diversa e più ampia linea di sviluppo. Ai sensi, infatti, dell'art. 7, comma 2 lett. a) anche i lavoratori autonomi sono chiamati, per evitare i danni riconducibili all'intreccio delle diverse attività, all'attuazione delle misure di prevenzione coordinandosi con gli interventi dei datori/committenti e scambiando, a loro volta, informazioni sulla specificità dei rischi di ciascun prestatore d'opera.

Va peraltro segnalato che le linee di tendenza evolutive della materia sembrano ora prospettare una decisa estensione del campo di applicazione soggettivo della normativa prevenzionistica fino a ricomprendere il lavoro parasubordinato (Tampieri A., 1999, pp. 224-229). Spunti in questo senso sono ravvisabili nella contrattazione collettiva: l'art. 10 del Patto Milano Lavoro, stipulato il 1° febbraio 2000, prevede l'estensione ai collaboratori autonomi della normativa contenuta nel D.Lgs. 626/94, a testimonianza di come ultimamente il ruolo dell'autonomia collettiva in materia di collaborazioni coordinate e continuative si sia notevolmente ampliato. Analoga posizione è contenuta nel Disegno di Legge n. 2049/97, presentato dal Senatore Prof. Carlo Smuraglia, e già approvato dalla Commissione Lavoro del Senato, che non rappresenta una riforma complessiva del diritto del lavoro, ma si concentra esclusivamente sulla figura del lavoro parasubordinato, collocandolo in una area intermedia tra il lavoro autonomo e il lavoro subordinato: l'art. 1 di questo testo prevede infatti l'applicazione del D.Lgs. 626/94 ai prestatori d'opera coordinata (i parasubordinati) in quanto compatibili con la peculiarità del rapporto. È vero infatti che è ragionevole e plausibile l'applicazione della normativa prevenzionistica a quei collaboratori che svolgono la loro prestazione nell'ambito organizzativo del committente, laddove essa pare del tutto impossibile quando il collaboratore (al pari di un libero professionista) svolga la propria prestazione lavorativa al di fuori del contesto organizzativo governato e diretto dal committente. Una proposta di estensione del campo di applicazione del sistema

note

(12) Questa disposizione è debitrice dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 5 del D.P.R. 547, cfr. Cass. Sez. III, 26/1/95, in *GC*, 1995, p. 1212 e ss. Altre pronunce si sono limitate a richiamare la norma di legge senza svolgere alcuna funzione estensiva degli obblighi in essa previsti, cfr. Cass. Pen. Sez. IV, 29/11/1991; Cass. Pen. Sez. IV, 28/4/1989, in *Cass. Pen.*, I, 1990, p.789 e ss.; Cass. Pen. Sez. IV, 15/6/1990, *ivi*, I, 1992, p.120 e ss.; Cass. Pen. Sez. IV, 15/1/1997, *ivi*, I, 1998, p. 162 e ss. In qualche caso, infine, la giurisprudenza ha sostenuto un orientamento restrittivo della norma, cfr. Cass. Pen. Sez. IV, 23/3/1994.

Terziario avanzato e nuovi lavori: la normativa prevenzionistica
 Marco Biagi
 e Alessandra Lopez

prevenzionistico, nel senso di ricomprendervi anche i lavoratori parasubordinati, è contenuta anche nella bozza di Testo Unico della normativa in tema di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro elaborata dalla Commissione presieduta dal Prof. Marco Biagi ai tempi del Governo Prodi (Ministro del lavoro, Prof. Tiziano Treu).

4. Conclusioni.

Attraverso l'analisi della disciplina di tutela della salute e sicurezza si è voluto evidenziare come, a fronte di notevoli mutamenti della struttura occupazionale, non sia stata predisposta una normativa prevenzionistica in grado di tutelare tutte le nuove forme di lavoro. Dai decreti prevenzionistici degli anni 50' fino al D.Lgs. 626/94, è stata realizzata una progressiva estensione dei soggetti tutelati, andando ben oltre quella che è la tradizionale figura del lavoratore subordinato così come individuato nell'articolo 2094 c.c..

La mancanza di una normativa prevenzionistica in favore di tutte le forme lavorative e, in particolare, dei lavoratori parasubordinati dovrebbe quindi rappresentare una situazione provvisoria, destinata a essere superata da successivi interventi normativi. Ciò in considerazione del fatto che l'intera normativa in materia prevenzionistica si configura come una tecnica di progressivo allontanamento dal concetto di lavoratore ex articolo 2094 c.c., prospettandosi, cioè, come uno strumento di tutela oltre i confini della subordinazione.

Inoltre, per ottenere una completa e reale applicabilità della normativa di tutela a tutti i lavoratori considerati, non è sufficiente una estensione solo formale della disciplina, ma occorrono anche aggiustamenti che tengano conto delle peculiarità delle varie forme di lavoro. Proprio quest'ultimo elemento è l'aspetto che più di ogni altro giustifica le critiche dei commentatori sul sistema di tutela predisposto dal legislatore. Infatti, se, da una parte, come già detto, la normativa prevenzionistica ha attuato una progressiva estensione del campo di applicazione soggettivo, dall'altra, non ha sempre provveduto a compiere i necessari aggiustamenti di disciplina, configurando una struttura prevenzionistica ancora in parte legata al sistema della grande impresa di stampo taylorista-fordista, incentrata sulla figura del lavoratore subordinato a tempo indeterminato.

L'importanza, dunque, della nuova normativa di tutela in materia di salute e sicurezza dei lavoratori di cui al D.Lgs. 626/1994, non consiste tanto nel fatto di essere una disciplina « completa », capace di regolamentare tutte le peculiarità delle varie tipologie lavorative, quanto, invece, nel fatto di rappresentare una disciplina di carattere generale, potenzialmente estendibile a tutte le forme di lavoro. In questa prospettiva, tale normativa può costituire un punto di partenza per costruire un nuovo concetto di diritto del lavoro, non più inteso come diritto speciale di tutela dei lavoratori subordinati, ma diritto di protezione nei confronti di tutti coloro che svolgono una attività lavorativa, anche di tipo autonomo, laddove la gestione dell'ambiente di lavoro sia possibile solo al committente della prestazione lavorativa, entrando il lavoratore/collaboratore nella sua sfera organizzativa.

Bibliografia

- Agut Garcia C., Tiraboschi M.** (1996), *Tecniche traspositive di direttive comunitarie in Italia e in Spagna in materia di sicurezza sul lavoro*, in *q. Rivista*, n. 3, 30.
- Bortone R.** (1997), *Il servizio di prevenzione*, in Montuschi L. (a cura di), *Ambiente, Salute e Sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Giappichelli, Torino, 152.
- Bortone R.** (1999), *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in *Il lavoro temporaneo*, a cura di Liso F. e Carabelli U., Milano, 329.
- Cimurri M.** (1986), *Servizi al sistema produttivo e terziario avanzato in Emilia-Romagna*, Unione Regionale delle Camere di commercio dell'Emilia-Romagna, Studi e Documentazioni CERES, Bologna, 71.
- Cordova E.** (1986), *De l'emploi total au travail atypique: vers un virage dans l'evolution des relations de travail*, in *RIT*, vol. 125, n. 6, 715 e ss.
- D'Alessio C.**, *Indagine statistica sul terziario avanzato*, <http://www.fita.it/tesi1>.
- Ercolani P.** (1994), *La terziarizzazione dell'occupazione. Analisi delle cause e dei problemi aperti*, Università degli studi di Ancona, Dipartimento di Economia.
- Ferraro G., Lamberti M.** (1995), *La sicurezza del lavoro del decreto legislativo attuativo delle direttive CEE*, in *RGL*, I, 37 e ss.
- Focareta F.** (1995), *La sicurezza sul lavoro dopo il D.Lgs. n. 626 del 1994*, in *q. Rivista*, n. 1.
- Franco M.** (1996), *La responsabilità del datore e del prestatore di lavoro in materia di sicurezza nel D.Lgs. 19 settembre 1994, n. 626*, in *RIDL*, n. 1, 253-254.

- Galantino L.** (a cura di) (1996), *La sicurezza del lavoro*.
- Gherardi G., Violante F.S.** (1996), *La medicina del lavoro dopo i decreti 626/1994 e 242/1996*, in *q. Rivista*, n. 3.
- Grandi M.** (1989), *Intervento*, in *Il lavoro e i lavori*, in *LD*, 5 e ss.
- Lai M.** (1998), *Salute, sicurezza e lavoro temporaneo*, in *DPL*, n. 41, 214.
- Leccese V., Pinto V.** (1998), *Osservazioni in tema di lavoro temporaneo*, in *Occupazione e flessibilità*, Ghera E., (a cura di) Napoli, 55.
- Lepore M.** (1994), *La rivoluzione copernicana della sicurezza del lavoro*, in *LI*, n. 22, 5 e ss.
- Maggi G.** (1997), *Analisi e progettazione del lavoro per la tutela della salute. L'orientamento innovativo del d.lgs. n. 626 del 1994*, in Montuschi L. (a cura di), *Ambiente, Salute e Sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Giappichelli, Torino, 328.
- Martini M., Vairetti U.** (1989), *Terziario avanzato, prospettive e modelli dell'impresa futura*, SEME spa, Milano.
- Momigliano F., Siniscalco D.** (1980), *Terziario totale e terziario per il sistema produttivo*, in Vaccà S. (a cura di), *Il terziario nella società industriale*, Franco Angeli, Torino, p. 42.
- Montuschi L.** (1995), *La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l'arte del possibile*, in *LD*, p. 405 e ss.
- Montuschi L.** (a cura di) (1997), *Ambiente, Salute e Sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Natullo G.** (1996), *La nuova normativa sull'ambiente di lavoro*, in *DLRI*, n. 72, 676-677.
- Nogler L.** (2000), *Lavoro a domicilio, art. 2128 cc.*, in Schlesinger P. (a cura di), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano.
- Pessi R.** (1992), *I rapporti di lavoro c.d. atipici tra autonomia e subordinazione nella prospettiva dell'integrazione europea*, in *RIDL*, I, 133 e ss.
- Salsi E.** (1996), *Lavoro ai videoterminali: il recepimento in Italia della Direttiva n. 90/270/CEE*, in *q. Rivista*, n. 3, 73-80.
- Sinnea International** (2000), *Imprese Minori, Terziario Avanzato e Sicurezza sul Lavoro: l'Applicazione della Normativa italiana nel confronto comparato*.
- Tampieri A.** (1999), *Sicurezza sul lavoro e modelli di rappresentanza*, Giappichelli.
- Tiraboschi M.** (1996), *Lavoro atipico e ambiente di lavoro: la trasposizione in Italia della Direttiva n. 91/383/CEE*, in *q. Rivista*, n. 3.
- Tiraboschi M.** (1997), *Salute e sicurezza dei lavoratori temporanei: l'anomalia del caso italiano*, in *DPL*, n. 18, pp. 1285 e 1288.
- Viscomi A.** (1995), *Cresce la partecipazione con le norme della sicurezza*, in *LI*, n. 11, 21 e ss.
- Viscomi A.** (1999), *La salute e la sicurezza*, in Gaeta, Pascucci, Poti (a cura di), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Il Sole-24 Ore, 145 ss.
- Zoppoli L.** (1997), *La sicurezza del lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, in Montuschi L. (a cura di), *Ambiente, Salute e Sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Giappichelli, Torino.

Terziario avanzato e nuovi lavori: la normativa prevenzionistica
Marco Biagi
e Alessandra Lopez

Bibliografia

Riflessioni sulla nuova disciplina del contratto di agenzia (d.lgs. n. 65 del 1999)

Riccardo Del Punta (*)

Sommario

1. Figura di confine o laboratorio del futuro? **2.** Nozione di agenzia. **3.** La forma del contratto. **4.** Gli obblighi dell'agente. **5.** I diritti dell'agente. **5.1.** I diritti strumentali. **5.2.** Il diritto alla provvigione nel quadro delle vicende funzionali del contratto. **5.3.** Ancora sui presupposti del diritto alla provvigione. **5.4.** Il tempo di esigibilità del diritto e le facoltà strumentali. **5.5.** L'indennità di fine rapporto.

1. Figura di confine o laboratorio del futuro?

Il meno che si possa dire, del contratto di agenzia, è che assai di rado esso ha saputo suscitare entusiasmi intellettuali. Il contratto di agenzia è noioso; è un esercizio di aritmetica e contabilità, chiuso nell'asfittico mondo dei bilanci e dei calcoli provvigionali (a riprova del fatto che in una certa atmosfera culturale, impregnata di eticizzanti rimozioni, i nudi interessi economici fanno fatica a scrollarsi di dosso l'odore acre del fornaio di smithiana memoria ed il marchio infamante dell'aridità utilitaristica, quando non sono nobilitati da qualche valore emancipatorio come se, sol perché ci siamo nutriti dell'ideale del lavoro come realizzazione della persona, ci fossimo occupati d'altro); è troppo semplice per essere interessante: questo il clima che ha circondato questo contratto, quantomeno fra i giuristi del lavoro, che non vi hanno dedicato, con le dovute eccezioni (v. soprattutto Ghezzi, 1970, cui *adde* Papaleoni, 1997, e Trioni, 1994. Per penetranti riflessioni sul tema, seppur nell'ambito di una ricostruzione sistematica complessivamente non persuasiva, v. di recente Ferraro, 1998, 456 ss. Cfr. pure Perulli, 1996, spec. 135 ss.), grandi energie, se non ai fini della demarcazione col rapporto di lavoro subordinato. Se ne sono occupati di più, certamente, i commercialisti (v., ad es., Baldi, 1997; Baldassarri, 1995; Perassi, 1991; Saracini, 1987. La più recente rivisitazione del tema si deve a Franceschelli, 1999, p. 86 e ss.), valorizzando giocoforza i profili imprenditoriali o comunque organizzativi della figura dell'agente, che per la sua caratteristica fluidità si è trovato a gravitare in una mobile zona grigia fra il lavoro subordinato e, appunto, l'imprenditore (l'opinione secondo cui l'agente sarebbe, di per sé, un imprenditore, è risalente in dottrina: v. già Cerami ???, 876. Ghezzi, 1970, p. 53; Franceschelli, 1999, p. 90. V. *infra*, nel testo, per come la questione dell'agente-imprenditore si è posta di riflesso, *sub* art. 409 n. 3 c.p.c.).

Eppure, l'agente ha parentele storiche molto strette col lavoro subordinato, rappresentando in fondo una variante della figura del viaggiatore di commercio, regolata dal codice di commercio del 1882 (v. Franceschelli, 1999, p. 87. Per una ricostruzione storica del contratto di agenzia v. Zanelli, 1986). Non a caso la nascita dell'agenzia come istituto giuridico autonomo può essere convenzionalmente fatta risalire al 1897, cioè all'entrata in vigore del codice di commercio tedesco. In Italia, le elaborazioni e le spinte in favore del riconosci-

(*) Il presente saggio è destinato agli Studi in memoria di Massimo D'Antona.

Riflessioni sulla nuova disciplina del contratto di agenzia

Riccardo Del Punta

mento dell'agente come figura tipica trovarono eco nel famoso progetto Vivante del 1919, per la riforma del codice di commercio, per poi dar luogo, negli anni '30, ad una vivace esperienza di contrattazione collettiva, i cui contenuti essenziali vennero a loro volta trasfusi negli artt. 1742 e ss. del codice civile del 1942, il quale ha ipostatizzato la separazione strutturale fra agenzia e lavoro subordinato, a scapito delle indubbie affinità funzionali fra le due figure, apponendo il suo pesante sigillo su quella che è stata dipinta come una sorta di esternalizzazione *ante litteram*, « funzionale agli interessi imprenditoriali di incentivare la produttività commerciale individuale in un quadro di ampia elasticità delle condizioni di lavoro » (Ferraro, 1998). Per un principio di riavvicinamento fra le due figure, con un (relativo) ritorno di interesse sistematico per il contratto di agenzia in quanto contratto di lavoro, abbiamo dovuto attendere la legge n. 533 del 1973 (sull'art. 409 n. 3 e sulle sue complesse implicazioni esegetiche e sistematiche, v. Pedrazzoli, 1984, p. 506. Più di recente, v. Perulli, 1996, p. 208 e ss.), che ha reso applicabili agli agenti e rappresentanti di commercio lo speciale rito del lavoro, la norma sulla rivalutazione automatica dei crediti, e la nuova disciplina delle rinunce e transazioni — che conferiva una particolare forza giuridica agli accordi economici collettivi, ove applicabili, nella misura in cui essi contenevano una clausola di inderogabilità rispetto alle pattuizioni individuali (vedi, ad es. l'art. 17 dell'accordo economico collettivo 24 giugno 1981 per gli agenti del settore del commercio).

In verità, nessuno ha mai potuto negare l'importanza pratica dell'agenzia. Come è stato ricordato in una recente ricostruzione (Franceschelli, 1999, Cerami), l'agenzia si è imposta rapidamente come strumento di distribuzione commerciale della grande industria di massa, protesa verso l'ampliamento degli sbocchi commerciali, interni ed esteri, e ad un tempo verso la minimizzazione dei costi organizzativi; ciò a maggior ragione da quando l'incremento esponenziale delle tutele del lavoro subordinato ha posto l'agenzia in una posizione di netto vantaggio comparativo in termini di costi e flessibilità. La sua importanza come mezzo di distribuzione commerciale è divenuta tale, che la Comunità Europea ha ritenuto opportuno, ai fini della realizzazione del mercato unico europeo, coordinare la disciplina legislativa degli Stati membri concernente gli agenti commerciali; ci stiamo riferendo alla direttiva CEE 18 dicembre 1986 n. 653/86, che tanta incidenza ha avuto sulla legislazione italiana dell'ultimo decennio, il cui ultimo atto, al quale dedicheremo la nostra attenzione nelle pagine che seguono, è stato il d.lgs. 15 febbraio 1999 n. 65, emanato proprio al fine di evitare il compimento della procedura di infrazione aperta dalla Commissione CEE (ex art. 169, comma 2, del Trattato) con il parere motivato del 13 luglio 1998, a causa della recezione ancora incompleta (pur dopo il d.lgs. 10 settembre 1991 n.303) della direttiva del 1986 (per un primo commento al decreto legislativo di riforma, v. Gualtierotti, 1999, p. 1085).

I recenti sviluppi legislativi accrescono decisamente, a mio avviso, la rilevanza sistematica del contratto di agenzia, ed offrono molti spunti di interesse alla riflessione giuridica sui contratti di lavoro nel quadro delle dinamiche evolutive dell'ordinamento. Si è discusso, in passato, se l'emersione del concetto di lavoro parasubordinato (non circoscrivibile, peraltro, all'area del lavoro autonomo, proiettandosi anche in quella del lavoro associativo) rappresentasse o no una nuova tappa della c.d. tendenza espansiva del diritto del lavoro. Probabilmente no, come ebbe a chiarire Pedrazzoli (1984), ove con tale espressione si alludesse ad un ampliamento puro e semplice della sfera di applicazione della normativa sostanziale del lavoro subordinato in quanto tale; un ampliamento che veniva, viceversa, arrestato, proprio grazie a quell'operazione normativa. Ma è pur vero che con l'art. 409 n. 3, e soprattutto con la novella dell'art. 2113, si è avviato in qualche modo un processo di ricomposizione, che ha saputo giovare, in seguito — limitatamente al contratto di agenzia —, dell'afflusso di materiali compositi (il d.lgs. n. 303 del 1991, letto sullo sfondo della direttiva del 1986), ed il cui esito finale è andato nella direzione di una singolare, e pur molto limitata, omogeneizzazione funzionale fra la disciplina dell'agenzia e quella del lavoro subordinato.

Si è assistito, dunque, non ad un mero « scivolamento » di istituti lavoristici — come era a suo tempo accaduto, ad esempio, nei confronti dei soci delle cooperative di produzione e lavoro, destinatari di alcuni, sempre meno eccezionali, dispositivi di rinvio (In argomento vedi, da ultimo, Amato, 1999), e come talora è avvenuto anche per l'agenzia, grazie ad isolati indirizzi giurisprudenziali (v., ad es., Cass. 14 gennaio 1999 n. 368, sull'applicazione analogica all'agenzia dell'art.2119 c.c., su cui v., criticamente, Saracini, p. 360 e ss. Per un'ipotesi nella quale la disciplina dell'agenzia e del lavoro subordinato non sono state ritenute comunicanti, v. invece Cass. 22 ottobre 1998 n. 10512, sull'inapplicabilità dell'art. 2112 ai rapporti di agenzia, che restano assoggettati, in caso di trasferimento d'azienda, alla

normativa generale dell'art. 2558), innestatisi, del resto, sul tronco di certe visibili affinità originarie (di fattispecie e di disciplina) esistenti fra i due contratti (A partire dal dato della « stabilità dell'incarico », che riveste un rilievo essenziale nella fattispecie cfr. Ferraro, 1998, p. 456), proseguendosi con altre assonanze, come quella fra gli artt. 1743, seconda parte, e, 2105, e fra gli artt. 1748 e 2099, comma 3 (relativamente alla retribuzione provvigionale) —, bensì alla creazione di istituti nuovi, somiglianti nella funzione ma non identici nella struttura e nel contenuto ai loro « cugini » di più antico lignaggio. Vale a dire l'indennità spettante in caso di cessazione del rapporto, di cui al nuovo testo dell'art. 1751, con disposizioni espressamente dichiarate inderogabili a svantaggio dell'agente, e le regole a cornice del patto di non concorrenza, di cui all'art. 1751-*bis*, anch'esse probabilmente fornito del crisma dell'inderogabilità *in peius*, a giudicare dal tenore delle espressioni usate dalla norma.

Che di mere somiglianze si tratti, ognuno può vederlo, considerando le numerose e cruciali differenze con le norme degli artt. 2120 e 2125 c.c.: sui presupposti di maturazione dell'indennità, sull'esclusione della medesima nel caso di recesso per « giusta causa » del preponente, sulla limitazione a tre anni, e non a due, della durata massima del patto di non concorrenza, e soprattutto sulla mancanza di un corrispettivo a favore dell'agente.

Eppure, al di là del carattere limitato e incompleto di tali interventi di tutela, essi hanno rappresentato un primo momento di penetrazione del principio di inderogabilità all'interno di una cornice legale tradizionalmente dispositiva, e con esso un primo (o un secondo, volendo risalire alla legge n. 533 del 1973) riconoscimento legislativo dell'esistenza di una situazione di meritevolezza sociale, bisognosa di una qualche correzione eteronoma da parte dell'ordinamento, pur nell'ambito di una dinamica contrattuale ancora largamente consegnata al principio di autonomia individuale (in specie nel passaggio cruciale della determinazione del corrispettivo).

Ma allora, perché la dottrina lavoristica non sembra aver attribuito grande importanza al d.lgs. n. 303 del 1991, portato adesso a compimento dal d.lgs. n. 65 del 1999? Forse, si perdoni la malizia, proprio perché essa ha percepito che questi circoscritti perfezionamenti della tutela non rappresentavano un capitolo della cara vecchia inesauribile *vis expansiva* del diritto del lavoro subordinato, ma, al massimo, un momento di contaminazione spuria fra i due spaccati di disciplina, indotto, per giunta, da una fonte « estranea », come la direttiva comunitaria; senza mai dimenticare che quando c'è contaminazione, nei processi socio-culturali, non si è mai troppo sicuri su chi contamina e su chi è contaminato. Quanto all'inderogabilità, che pure continua a rappresentare l'intelaiatura fondamentale del diritto del lavoro, essa sembra essere stata investita, in una con l'antropologia del « contraente debole », cui essa inevitabilmente rimanda, da una singolare rimozione, all'ombra della quale entusiasinarsi per la « conquista » di alcuni avamposti della disciplina dell'agenzia, avrebbe rischiato di apparire alquanto patetico e *démodé*.

La chiave di lettura qui proposta muove, di contro, dal rilievo che la sua posizione-ponte fra lavoro subordinato e « lavoro » imprenditoriale fa dell'agenzia un prisma ideale per osservare una — a mio avviso individuabile sebbene in maniera ancora molto sfuocata — tendenza di medio periodo verso una ridislocazione delle tutele in una direzione di maggiore equilibrio fra il mondo del lavoro subordinato e le zone socialmente più fragili del lavoro autonomo, che sappia andare oltre quella logica del « tutto o niente », cui si può imputare di non aver saputo minimamente gestire le istanze di differenziazione e selezione delle protezioni, e secondariamente di aver drammatizzato oltre misura il problema della fattispecie e della sua indisponibilità. Un processo che, per essere socialmente ed economicamente equilibrato, nel contesto dato, dovrebbe comportare qualche costo di assestamento per entrambi i sottosistemi, come del resto è già accaduto e dovrebbe ancora accadere nel prossimo futuro. Basti guardare, da un lato, ai processi di articolazione tipologica e di flessibilizzazione delle tutele del lavoro subordinato, e dall'altro ai tentativi, pur talora macchinosi sul terreno parlamentare — come dimostrato dalle difficoltà, in parte meritate, incontrate dal progetto di legge sulla tutela dei lavoratori atipici —, di stabilire una soglia di protezioni inderogabili per certe categorie di lavoratori autonomi.

Di queste tendenze verso la ricomposizione del diritto del lavoro globalmente inteso, che Massimo D'Antona aveva limpidamente individuato (Si vedano, soprattutto, D'Antona, 1988, p. 199; D'Antona, 1989, spec. p. 43 e ss.; D'Antona, 1995, p. 63. Si v. altresì la proposta di legge riportata in Ghezzi, 1997, p. 195 e ss.), il contratto di agenzia si può considerare uno degli antesignani, tanto da poter sorprendentemente apparire come uno dei laboratori del diritto del lavoro del futuro. Né importa che lo sia stato per un fattore esterno, ma tutt'altro

Riflessioni sulla nuova disciplina del contratto di agenzia

Riccardo Del Punta

che « estraneo », quale l'intervento di una fonte comunitaria, per quanto naturalmente questo dato debba essere tenuto nella dovuta considerazione, ed inserito, come proveremo a fare, in un coerente quadro esplicativo. D'altra parte, un diritto del lavoro così ossessivamente incentrato, per una scelta normativa — quella dell'art. 2094 c.c. — che aveva alle spalle il « gran rifiuto » barassiano di una contaminazione fra diritto e sociologia, sul paradigma della dipendenza giuridica come fattore esclusivo di imputazione delle tutele eteronome, non poteva che rivelarsi abbastanza insensibile verso le istanze di protezione di una figura pur spesso così debole, se non debolissima, dal punto di vista negoziale ed economico-sociale, anche a paragone di molte categorie di lavoratori subordinati; ciò a meno che, appunto, l'agente si rivelasse essere, gettata la « maschera » appiccicatagli addosso dal preponente, un lavoratore subordinato. E così è stato per molto tempo, sin quando non sono entrati in azione i fattori evolutivi già descritti.

Ne consegue che, fra le due opposte prospettive giuridico-culturali, mirabilmente esemplificate, nelle giornate di studio salernitane del maggio 1998, dalla relazioni di Giuseppe Ferraro (Ferraro, 1998) e di Marcello Pedrazzoli (Pedrazzoli, 1998, p. 509 e ss. e Pedrazzoli, 1998a, p. 397 e ss.), la prima tesa a recuperare ed a consolidare la centralità della subordinazione, quasi al punto di espungere dall'ordinamento il lavoro autonomo, e la seconda proiettata verso una ricomposizione sistemica del diritto del lavoro, idonea a ricomprendere un lavoro autonomo sì beneficiato, per uno zoccolo duro di diritti fondamentali, da significative addizioni di tutela, ma ad un tempo rispettato nella sua dimensione spiccatamente contrattuale, il presente studio si schiera senza esitazioni dalla parte di Pedrazzoli (e di D'Antona, a prescindere dalle differenze riscontrabili fra le loro posizioni, cfr. ad es. Pedrazzoli, 1998, p. 550, nt. 101), non già per discutere e sviluppare, in questa sede, le sue macroanalisi — che suppongono, come anche in Ferraro, una serie di delicatissime opzioni, a cominciare da quella se tener fermo o no l'attuale assetto delle fattispecie, o se concentrarsi sulla imputazione delle discipline (sia Pedrazzoli che Ferraro, peraltro, concludono nel senso dell'eshaustività dell'attuale assetto formale delle fattispecie, anche se, il secondo, col corredo di argomenti che conducono, di fatto, quasi all'obliterazione del lavoro autonomo, che viceversa Pedrazzoli valorizza, a partire dalla centralità teorica dell'art. 2222 c.c.) — ma per dedicarsi, con quello scenario dietro le spalle, ad una più modesta analisi settoriale delle novità apportate dal d.lgs. n. 65 del 1999.

Ma una cosa ancora va detta, giacché il d.lgs. in commento risulta a sua volta sfalsato anche rispetto a quel dibattito, per la veste che esso ha sinora assunto. I suoi contenuti precettivi, e protettivi, non rimandano né ad anacronistiche espansioni delle tutele della subordinazione, né alle recenti rimediazioni sul tema dei diritti fondamentali o di cittadinanza, come base minima di uno statuto del lavoro *sans phrase*. Si tratta invece, più prosaicamente, di norme sul corretto funzionamento del contratto, che in gran parte, anche se non del tutto, sono anche norme di protezione di un contraente considerato debole. Al bando, tuttavia, qualsiasi delusione « di corpo » (magari originata da un certo odore di diritto civile, o di diritto commerciale, che promana dalle recenti novità): questo è il genere di ricomposizione che l'ordinamento, nello spaccato qui considerato, ha attuato, ed al giurista non rimane che tentare di razionalizzarlo.

Come spiegare questo (per noi) apparente paradosso, di una disciplina che diviene più protettiva, senza per questo « schiacciarsi » sulla subordinazione? Proprio con la sua matrice comunitaria. Se c'è un afflato che pervade la direttiva del 1986, esso non è quello del diritto del lavoro in senso classico, legato ad una certa localizzazione dei dispositivi di potere sociale ed al tentativo di neutralizzarli con la forza della legge e della pressione collettiva, bensì quello, assai più funzionalista e pragmatico, ma non per questo privo di una genuina ispirazione sociale, della penetrazione dei valori della buona fede e della lealtà contrattuale, all'interno di un rapporto commerciale caratterizzato da una tendenziale dipendenza economico-sociale di uno dei due soggetti verso l'altro. Che questa sia la matrice non è cosa da poco, anche perché la correttezza vale per entrambe le parti, e non soltanto per quella che, non avendo il coltello dalla parte del manico, ha le maggiori possibilità di cadere vittima delle altrui prevaricazioni: come vedremo, infatti, alcune previsioni della direttiva, che anche l'Italia ha dovuto recepire, non sono a vantaggio dell'agente, bensì del preponente. Anzi, il nostro paese è stato ripreso dalla Commissione anche perché non aveva recepito le prescrizioni che, nella direttiva, erano a favore del preponente. Ciò è molto importante, perché significa che questa non è una direttiva di « prescrizioni minime » (cfr. art. 137, par. 2, comma 1, del Trattato), che lascia salve le « maggiori protezioni » mantenute o introdotte da uno Stato membro (art. 137, par. 5); in tal caso, infatti, per tutta una serie di punti l'Italia

non avrebbe potuto essere considerata inadempiente dalla Commissione. Essa si configura, pertanto, come una classica direttiva di armonizzazione, volta a garantire la correttezza e la trasparenza dei traffici commerciali all'interno dei paesi del mercato europeo, e non come una direttiva « sociale » pura, per quanto molte sue prescrizioni abbiano significative ricadute sociali. Il ben noto « marchio » della politica sociale comunitaria si rivela qui in tutta la sua polivalenza, se non ambiguità.

Questo spiega perché il vero anello di collegamento col diritto del lavoro sia rappresentato non tanto dai contenuti precettivi delle nuove norme, quanto dalla loro forza giuridica, e quindi dalla tecnica di normazione, generosamente incentrata sul principio di inderogabilità. Esso è il vero protagonista del d.lgs. n. 65 del 1999, le esitazioni del d.lgs. n. 303 del 1991 sul punto essendo state stigmatizzate una per una dalla Commissione CE. Un'inderogabilità senza la subordinazione, come già nella legge 18 giugno 1998 n. 192 sulla subfornitura industriale (cfr. sul punto Pedrazzoli, 1998, p. 552 e ss. Sulla legge n. 192/1998, ed in particolare sulla questione della sua applicazione — negata da Trib. Taranto 22 marzo 1999, commentata ivi — ai contratti pregressi, v. Granieri, 1999, p. 2077). Un'inderogabilità che rappresenta quasi un'implementazione della scelta dell'art. 2113 (con quel che ne segue sul piano della distinzione giurisprudenziale fra negozi annullabili, in quanto dispositivi di diritti già maturati, e negozi radicalmente nulli, in quanto introducenti previsioni peggiorative de futuro: v., ad esempio, Cass. 14 dicembre 1998 n. 12548) ma che non appare collegabile ad una rilevanza costituzionale dei beni protetti, e che si presenta, come tale, meno carica di quelle valenze pubblicistiche che il pur fondamentale (ancor oggi) studio di Raffaele De Luca Tamajo vi aveva ravvisato (De Luca Tamajo, 1976, *passim*). Un'inderogabilità che rinverdisce, dunque, il concetto di sostegno del contraente debole, ed alla quale pare estranea anche una reale apertura di credito nei confronti della contrattazione collettiva, come dimostrano, ad esempio, i problemi posti a proposito dell'indennità di fine rapporto e dello « star del credere ». Un'inderogabilità di taglio tradizionale, che dovrebbe farci tornare a riflettere sulle sanzioni civili, in particolare sulle nullità, e che pare altresì in controtendenza, a considerarla isolatamente, con le spinte verso la rivalutazione dell'autonomia individuale, visibili all'interno dell'area del lavoro subordinato. Quest'ultima impressione, tuttavia, si stempera in qualche misura da sola, se ci manteniamo fedeli alla chiave interpretativa proposta, vedendo la riforma dell'agenzia come spia di un più ampio movimento tellurico cospirante verso un riassetto generale delle tutele giuridiche del lavoro, dal quale è probabile — per un complesso di ragioni non esaminabili in questa sede — che gli spazi dell'autonomia individuale escano complessivamente rafforzati.

È impossibile, *a fortiori* in questa sede, prevedere quale sarà il concetto-cardine di questo ipotizzabile diritto dei lavori, o del lavoro, come suol dirsi, *sans phrase* (Che ha già, comunque, il suo primo codice: v. naturalmente Il Codice dei lavori, 1999, che si occupa di agenzia a p. 357 e ss.). Concedendoci al gioco elettrizzante, e irresponsabile, delle ipotesi, si può tuttavia azzardare che, per un complesso di fattori legati non soltanto ai *trends* normativi ma pure, per dirne una, ai mutamenti in atto nei sistemi organizzativi delle imprese, il rilievo della subordinazione come eterodirezione sia destinato a diminuire come criterio di imputazione delle tutele, e che in luogo di esso si affacci, sia pure per un nucleo di diritti diversamente configurato e selezionato rispetto al catalogo attuale (Per interessanti spunti, v. Pedrazzoli, 1998, p. 541 e ss.), un più comprensivo concetto di « dipendenza socio-economica », del tutto depurato dalle vecchie ascendenze marxiane, e più concretamente ancorato all'atteggiarsi della concreta relazione contrattuale, ossia mirato alla verifica dell'effettiva forza o, viceversa, debolezza contrattuale del soggetto fornitore di un servizio all'impresa, quale risultante da una serie di possibili indici, come ad esempio la monocommittenza. Quest'ultimo indice, ad esempio, è comunemente utilizzato nel diritto inglese, nel senso la pluricommittenza, vale a dire l'espletamento di un'attività aperta al mercato, è uno dei fattori in base ai quali la giurisprudenza esclude di trovarsi di fronte ad un « *dependent worker* » (Così ad es. nell'ambito del c.d. « multiple test », su cui v. Deakin, Morris, 1998, p. 168 e ss.). Con quest'ultima conclusione, naturalmente, anche noi saremmo d'accordo; ma la particolarità del diritto inglese sta nel non contemplare una nozione codificata di imprenditore, cosicché il lavoratore sicuramente autonomo con molti clienti, come ad esempio un idraulico o un elettricista, è considerato un imprenditore al pari di un imprenditore industriale o commerciale *tout court*. Nel nostro diritto, invece, l'esistenza di una separazione conclamata fra le nozioni di lavoratore autonomo e di imprenditore ha avuto una formidabile carica narcotica, che unita al pregiudizio culturale in favore del lavoratore subordinato (Luigi Mariucci ci ha recentemente ricordato, con limpidezza intellettuale, che

Riflessioni sulla nuova
disciplina del contratto
di agenzia
Riccardo Del Punta

**Riflessioni sulla nuova
disciplina del contratto
di agenzia**

Riccardo Del Punta

il diritto del lavoro era per sua natura un « diritto di classe »; cfr. Mariucci, 1999), ha portato la dottrina a non accorgersi della debolezza di una serie di figure di lavoratori autonomi, quelle veramente dipendenti in quanto legate a filo doppio con un unico imprenditore e per questo prive di una presenza effettiva sul mercato, se non al fine di proporre una massimalistica estensione del diritto del lavoro, tale e quale, anche ad essi (Questo pare sostanzialmente l'approdo di Ferraro, 1998, che fra l'altro gioca *de iure condito*, nel momento in cui cerca di far leva — con una certa dose di violenza — sulla fattispecie, e non sulla disciplina). Un'operazione selettiva sulla direttrice che procede dal lavoro autonomo verso l'impresa, è stata in fondo già abbozzata da quella giurisprudenza che, tenendo giustamente conto dello spirito della riforma processuale del '73, oltre che del dato testuale della disposizione, ha limitato l'applicazione dell'art. 409 n. 3 c.p.c. alle ipotesi in cui la prestazione dell'agente abbia effettivamente un carattere prevalentemente personale, con esclusione di quelle in cui l'agente sia una società o si avvalga di una autonoma struttura imprenditoriale (v. Cass., 25 maggio 1999 n. 5215 e Cass., 11 dicembre 1998 n. 12058, sul presupposto che qualunque società, per quanto semplice sia la sua struttura, comporta pur sempre l'esercizio collettivo di un'impresa; v. anche Cass., 24 gennaio 1998 n. 709, nel caso di un agente che aveva organizzato la propria attività con criteri imprenditoriali, tali da far concludere che egli si limitasse ad organizzare e dirigere i suoi collaboratori, non realizzando una collaborazione meramente ausiliaria dell'attività altrui, ma gestendo un'impresa autonoma propria; Cass., 21 gennaio 1995, n. 693; Cass., 4 novembre 1992, n. 11945; Cass., 8 gennaio 1982, n. 69).

È significativo, peraltro, che in un altro filone della giurisprudenza di legittimità l'indice discriminante sia stato ravvisato non già nella forma giuridica, societaria o non, quanto nell'esistenza in concreto di un'impresa, dal momento che la forma societaria può di fatto esaurirsi in un semplice patto di distribuzione degli utili e dei ricavi fra i soci, senza far venir meno il carattere della personalità e della non organizzazione della prestazione, e dunque senza escludere di per sé « *quello stato di dipendenza socio-economica che costituisce l'essenza della parasubordinazione* (corsivo nostro) e di cui l'attività prevalentemente personale è l'indice rivelatore tipico » (v. Cass., 15 aprile 1997, n. 3208, relativamente ad un caso di rapporto di agenzia intercorso con una società di fatto). Ad ogni modo, questi spunti non sembrano essere stati raccolti dal d.lgs. n. 65 del 1999, le cui norme valgono, incondizionatamente, anche per le imprese ed in particolare per le società.

2. Nozione di agenzia.

La direttiva comunitaria non ha apportato novità di rilievo in ordine alla nozione di « agente ». Tuttavia, non può dirsi che la nozione comunitaria sia del tutto coincidente con quella dell'art. 1742. Per « agente commerciale » si intende (art. 1, par. 2) « la persona che, in qualità di intermediario indipendente, è incaricata in maniera permanente di trattare per un'altra persona, « la vendita o l'acquisto di merci, ovvero di trattare e di concludere dette operazioni in nome e per conto del preponente ». Il par. 3 aggiunge, « per evitare qualsiasi dubbio », che non si può considerare agente ai sensi della direttiva « una persona che, in qualità di organo, ha il potere di impegnare una società o associazione; un socio che è legalmente abilitato ad impegnare gli altri soci; un amministratore giudiziario, un liquidatore o un curatore di fallimento ». Inoltre la direttiva chiarisce all'art. 2 che, a prescindere dalla nozione di agente, la direttiva non si applica « agli agenti commerciali non retribuiti per la loro attività », ed « agli agenti commerciali nella misura in cui essi operino nell'ambito delle camere di commercio o sui mercati di materie prime ».

Come si vede, la nozione comunitaria è, da una parte, più generica, e dall'altro più ristretta di quella del nostro codice, perché sembra limitare l'attività di agente alla vendita o all'acquisto di merci, e perché esclude alcune ipotesi specifiche che rientrerebbero nella nozione domestica di agenzia (Franceschelli, 1999, p. 88). Tuttavia il legislatore, sia nel d.lgs. n. 303 del 1991 che nel n. 65 del 1999, non ha apportato modifiche all'art. 1742, 1° comma, decidendo così, sensatamente, di tenere ferma l'unitarietà della nozione del codice.

Nessun particolare rilievo, si è osservato (Franceschelli, 1999), ha altresì la qualificazione, operata dalla direttiva, dell'agente come « agente commerciale »; infatti, « tale denominazione può essere spiegata con considerazioni storico-sistematiche. L'aggettivo « commerciale » qualifica le attività dell'imprenditore in quei paesi che, diversamente dal nostro, conoscono la distinzione tra diritto civile e diritto commerciale, espressa nel codice civile e nel codice di commercio ».

Così, i problemi qualificatori posti dall'agenzia rimangono gli stessi di sempre, con la giurisprudenza particolarmente impegnata a tracciare la linea divisoria con il lavoro subordinato, da un lato, e con il procacciamento d'affari, dall'altro. Problemi qualificatori si pongono, peraltro, anche con riferimento ad altre tipologie contrattuali (sulla differenza con la mediazione, v. Cass., 16 febbraio 1993, n. 1916, in *GC*, 1993, I, 3013.), nonché a proposito di situazioni specifiche interne alla più vasta area del lavoro autonomo; basti ricordare il dibattito giurisprudenziale circa l'ammissibilità di uno svolgimento dell'attività degli informatori medico scientifici nelle forme « commerciali » di un rapporto di agenzia (in senso negativo sul punto, v. Trib. Firenze, 5 luglio 1995, in *TLG*, 1995, 347).

Sul versante confinante con la subordinazione, al di là della reiterazione di indirizzi ormai consolidati (v., ad esempio, Cass., 29 dicembre 1998, n. 12865, sul concetto del rischio come discriminante fra agenzia e subordinazione), merita segnalare la situazione ormai frequente di quegli agenti che, in luogo di un'attività diretta di promozione dei contratti, svolgono essenzialmente, all'interno di una rete commerciale piramidale e talora molto complessa (ad es. nelle SIM), un ruolo di coordinamento e direzione di altri agenti, operando da cuscinetto fra essi e la struttura societaria vera e propria. La posizione della giurisprudenza non è di chiusura nei confronti di assetti organizzativi di questo tipo, sia in ordine ai c.d. capi area, che hanno un contatto diretto con funzionari della società, sia in ordine agli agenti semplici, assoggettati alla supremazia gerarchica dei capi area. La questione è accertare che sussistano, in capo a ciascuna di queste figure, gli essenziali requisiti fattuali dell'agenzia, come una retribuzione di tipo provvigionale, eventualmente rapportata al fatturato complessivo della zona di pertinenza, la sopportazione in proprio delle spese dell'attività (anche se qualche volta si scopre che i locali sono stati dati in locazione a buon prezzo dalla società), il mancato assoggettamento a direttive sulle modalità dell'attività (anche se talora il traffico quotidiano dei fax è un po' troppo intenso, o salta fuori qualche circolare su come gestire i rapporti con la clientela) ed a controlli sull'orario di lavoro (v. ad es. Cass., 29 maggio 1991, n. 6086, in *DPL*, 1991, 34, 2189; Cass., 4 aprile 1989, n. 1635, *ivi*, 1989, 31, 2108; Trib. Napoli, 12 febbraio 1999, in *LG*, 1999, 675). Così, in un caso in cui, accanto allo svolgimento esclusivo di un ruolo di coordinamento, erano emerse altre circostanze anomale, quali la pratica inesistenza, in dieci mesi di attività, di un reddito provvigionale, e la continuativa erogazione, viceversa, di ingentissimi anticipi, nonché la mancata previsione di una partecipazione dell'interessato ai compensi sull'acquisizione di contratti da parte del gruppo di agenti da lui diretti, la Cassazione ha censurato la sentenza dei giudici di merito che non aveva dato il dovuto rilievo a dette circostanze ai fini della qualificazione del rapporto come di lavoro subordinato (v. Cass., 27 gennaio 1998, n. 813).

Sull'opposto versante della distinzione con il procacciatore d'affari, l'unico, vago criterio individuato dalla giurisprudenza, in una serie tutto sommato ridotta di pronunce, è stato quello dell'occasionalità v. stabilità. La Cassazione ha recentemente ribadito che il procacciatore d'affari è « colui che raccoglie le ordinazioni dei clienti, trasmettendole alla ditta da cui ha ricevuto l'incarico di procacciare tali commissioni, senza vincolo di stabilità (a differenza dell'agente) e in via del tutto occasionale », pur aggiungendo, poco perspicuamente (e non trattandosi comunque di un'affermazione finalizzata ad una statuizione, visto che nel caso il rapporto era stato qualificato dai giudici di merito come di agenzia, essendo preordinato ad una serie indeterminata di possibili affari, e la S.C. aveva confermato tale pronuncia), che « per la disciplina del rapporto può egualmente farsi ricorso analogico alla normativa concernente il contratto di agenzia » (v. Cass., 8 febbraio 1999, n. 1078).

Il problema della distinzione con il procacciamento d'affari, e con altre figure affini, è destinato ad essere drammatizzato, in qualche misura, dall'orientamento che va affermandosi, sull'onda della famosa sentenza della Corte di Giustizia CE (v. la sentenza C-215/97, *Bellone c. Yokohama Spa*, del 30 aprile 1998, in *GL*, n. 22/1998, con commento di Tradati. Su tale pronuncia, v. anche Mannacio, 1998, 843, e Papaleoni, 1998, 855), in ordine all'illegittimità dell'iscrizione obbligatoria dell'agente al ruolo di cui alla legge 3 maggio 1995 n. 204 v. Cass., 18 maggio 1999 n. 4817, in *DPL*, 1999, 9, 830, con commento di Mannacio, che ha ritenuto disapplicabile, per contrasto con la direttiva del 1986, la disposizione dell'art. 9 della legge n. 204 del 1985, che prevede il divieto per i non iscritti all'apposito albo degli agenti di commercio di esercitare la relativa attività. In senso contrario alla disapplicazione, configurandosi al massimo una responsabilità risarcitoria dello Stato, in quanto inadempiente agli obblighi comunitari, v. Trib. Lodi, 11 gennaio 1999, in *GL*, n. 17/1999, con commento di Pelaggi).

Riflessioni sulla nuova disciplina del contratto di agenzia

Riccardo Del Punta

3. La forma del contratto.

Il testo previgente dell'art. 1742, comma 2, si limitava a riconoscere il diritto di ciascuna parte di ottenere dall'altra una copia del contratto da essa sottoscritto. Ciò non corrispondeva, con ogni evidenza, alla prescrizione dell'art. 13, par. 1, della direttiva CEE, secondo cui « ogni parte ha il diritto di chiedere ed ottenere dall'altra parte un documento firmato, riprodotto il contenuto del contratto di agenzia, comprese le clausole aggiuntive. Tale diritto è irrinunciabile ». Infatti, il diritto ex art. 1742, 1° comma, poteva essere facilmente vanificato attraverso la conclusione di un accordo orale.

La novella del 1999 (Sulla quale v., per un primo commento relativo ai temi discussi nel paragrafo, Negri, 1999) ha previsto la forma scritta come mero requisito *ad probationem* (Ciò in linea con le esistenti previsioni degli accordi collettivi. Cfr. infatti Cass., 6 maggio 1996, n. 4167, sulla consequenziale esclusione della prova per testimoni e per presunzioni, in una fattispecie regolata dall'AEC del settore commercio), anche se l'art. 13, par. 2, della direttiva, lo avrebbe autorizzato anche alla più radicale soluzione della forma *ad substantiam*, traendo dal par. 1, sopra menzionato, il concetto di documento riproduttivo del contenuto del contratto (comprese le clausole aggiuntive), che coinciderà evidentemente col contratto medesimo, ove questo sia stato concluso per iscritto, ma che avrà un rilievo meramente certificativo ed eventualmente probatorio, nel caso di accordo stipulato oralmente.

Tale diritto è dichiarato irrinunciabile, avendosi qui un primo esempio della penetrazione capillare del principio di inderogabilità.

4. Gli obblighi dell'agente.

La normativa di riforma ha ridisegnato la sistematica della struttura obbligatoria del contratto, scompaginando il precedente ordine del codice. L'art. 1746 rimane dedicato agli obblighi dell'agente, mentre l'art. 1748, in precedenza intitolato « obblighi dell'agente e diritti del preponente », è adesso riservato ai « diritti dell'agente », nel corpo dei quali è andato a confluire anche il contenuto precettivo del vecchio art. 1749. Di diritti dell'agente si parla, peraltro, anche nel nuovo art. 1749, sia pure da un punto di vista rovesciato, focalizzato sugli « obblighi del preponente ». Parimenti, fa parte del regime dei diritti dell'agente anche il nuovo art. 1751, modificato in due punti, non marginali, rispetto al vecchio testo. Le altre norme del codice, in parte già interessate dalla prima tappa del processo di armonizzazione comunitaria (v. gli artt. 1750 e 1751-*bis*), sono rimaste inalterate. Ciò premesso, la disciplina degli obblighi dell'agente, di cui all'art. 1746, è stata ritoccata solo marginalmente. L'unica novità è l'affermazione espressa del dovere dell'agente di tutelare gli interessi del preponente e di agire con lealtà e buona fede (cfr. art. 3, par. 1, della direttiva); il che non sembra aggiungere nulla, anche per ciò che concerne il riferimento espresso alla « lealtà » (che si ritrova nella norma sugli obblighi del preponente), alla clausola generale di buona fede. Da segnalare la scomparsa del riferimento alla « ragionevolezza » delle istruzioni del preponente, come limite dell'obbligo di conformazione, contenuto nell'art. 3, par. 2, lett. c), della direttiva. Teniamo presente, inoltre, che l'estensione degli obblighi in questione deve essere commisurata ai limiti oggettivi della fattispecie negoziale, la quale sconta una differenza di base, che eccede il terreno strettamente semantico (sul quale le istruzioni potrebbero essere persino considerate più vincolanti e dettagliate delle direttive) fra le « istruzioni » ex art. 1746 c.c. e le « direttive » ex art. 2094. Più significativa è l'affermazione espressa (cfr. art. 5 della direttiva) della nullità di ogni patto contrario, nella misura in cui l'inderogabilità *de qua* pare essere prevista precipuamente, se non esclusivamente, a vantaggio del preponente. Trattasi infatti di un'inderogabilità bilaterale, che rivela (qui come in altri luoghi della normativa) una vocazione notevolmente interventistica della direttiva 86/653, anche a paragone di altre direttive adottate nel decennio successivo. Il legislatore italiano aveva provato ad ignorare cotanto zelo precettivo, ma è stato puntualmente « bacchettato », pur essendosi ripreso appena in tempo per evitare l'ennesima condanna della Corte di Giustizia. Il pugno dell'integrazione eteronoma è caduto, pesantemente, sull'autonomia individuale e collettiva, sino al punto di delineare una trama di obbligazioni reciproche dalle maglie molto strette, che svuota parzialmente di importanza il compito della fonte collettiva, e che finisce con lasciare alla negoziazione individuale, per l'essenziale, la sola — ma ovviamente cruciale — fissazione

della percentuale provvigionale (pare saggia, a tal proposito, la scelta della Commissione di non mettere in conto all'Italia anche la mancata recezione del principio per cui, in mancanza di accordo, o di usi, l'agente commerciale ha diritto ad una « retribuzione ragionevole », che avrebbe dischiuso, a mio avviso inopportunamente, prospettive di costituzionalizzazione, nella logica dell'art. 36, del diritto al compenso provvigionale).

Riflessioni sulla nuova disciplina del contratto di agenzia

Riccardo Del Punta

5. I diritti dell'agente.

È a questo tema che la novella del 1999, e prima di essa la direttiva comunitaria, dedicano la maggiore attenzione, attraverso l'operazione di riordino normativo, cui si è fatto cenno (per un primo commento v. Tradati, 1999). Le posizioni giuridiche attive che vengono riconosciute all'agente, per lo più inderogabilmente, sono numerose e di vario contenuto, anche se riconducibili alle due grandi categorie dei diritti di tipo strumentale, finalizzati a mettere in condizione l'agente di svolgere al meglio e con proficuità la propria attività, e dei diritti di tipo corrispettivo, che si collocano nel cuore del nesso sinallagmatico, e che si presentano a loro volta con un corredo di facoltà strumentali.

Come ridondante sintesi di questi diritti, e dei correlativi doveri del preponente, è proclamato il dovere generale di agire « con lealtà e buona fede », posto in cima al nuovo art. 1749, 1° comma (cfr. l'art. 4, par. 1, della direttiva), che riproduce, per il residuo, il testo del vecchio art. 1748, 5° comma.

5.1. I diritti strumentali.

Relativamente ai diritti di informazione (e documentazione), riconosciuti dal vecchio 5° comma dell'art. 1748, l'adeguamento alla direttiva era già stato realizzato nel 1991, e l'unica, ma significativa, novità recata dal d.lgs. n. 65 è stata l'espressa previsione (riconducibile all'art. 5 della direttiva, in combinazione con l'art. 4) della nullità di ogni patto contrario (v. l'attuale art. 1749, ultimo comma).

Sembra configurabile pure in questo caso (arg. anche dalla differenza di formulazione con l'inciso del 6° comma dell'art. 1748 nuovo testo), un'inderogabilità bilaterale, che travolge il vecchio impianto dispositivo. La nullità colpisce, infatti, tanto un patto destinato a ridurre i diritti di informazione dell'agente, quanto uno rivolto ad accrescerli. Di contro si potrebbe obiettare che, in quanto la disposizione in questione è orientata esclusivamente a favore dell'agente, è da ritenere « contrario » ad essa soltanto un patto che comporti un *minus* di quei diritti, e non anche un *plus*. Personalmente, tenderei a ritenere fondata tale obiezione, che in fondo è anche all'origine del tipo di inderogabilità, come sappiamo a senso unico, di tantissime norme lavoristiche, quelle prive di clausole di chiusura del genere dell'art. 40 stat. lav.

5.2. Il diritto alla provvigione nel quadro delle vicende funzionali del contratto.

Le novità di maggior rilievo recate dalla normativa di riforma riguardano il regime dei corrispettivi, che ha ovviamente un'importanza cruciale nell'economia del contratto di agenzia.

La principale di tali novità consiste, indubbiamente, nella ridefinizione del presupposto fondamentale del diritto alla provvigione. Il vecchio testo dell'art. 1748, 1° comma, lo identificava nella « regolare esecuzione » dell'affare (sul concetto di « regolare esecuzione », cfr. Cass., 15 dicembre 1997, n. 12668) cioè nel pagamento puntuale della merce o del servizio da parte del cliente. Il nuovo testo dispone, invece, che « per tutti gli affari conclusi durante il contratto l'agente ha diritto alla provvigione quando l'operazione è stata conclusa per effetto del suo intervento ». Il presupposto genetico del diritto viene identificato, pertanto, nella conclusione del contratto fra il preponente e il terzo, in perfetta sintonia con la definizione della fattispecie negoziale.

Trattasi di una previsione di notevole favore per l'agente, che trasferisce sul preponente il rischio dell'inadempimento del terzo (salvo il diritto al rimborso, su cui *infra*), e che reca altresì al preponente un'implicita sollecitazione, ad adempiere correttamente nei confronti dell'acquirente della merce o del servizio.

Questa norma deve essere coordinata, peraltro, con il nuovo testo del comma 4° (una

Riflessioni sulla nuova disciplina del contratto di agenzia

Riccardo Del Punta

primizia della normativa, rapportabile all'art. 10 della direttiva), il quale recita che « salvo che sia diversamente pattuito, la provvigione spetta all'agente dal momento e nella misura in cui il preponente ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire in base al contratto concluso con il terzo. La provvigione spetta all'agente, al più tardi, inderogabilmente dal momento e nella misura in cui il terzo ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione qualora il preponente avesse eseguito la prestazione a suo carico ».

L'impianto congegnato non è privo di raffinatezza, nella misura in cui sembra evocare una distinzione fra l'insorgenza astratta o virtuale del diritto, ricollegata al perfezionamento dell'accordo negoziale, ed il momento di maturazione effettiva (o « acquisizione », dice la direttiva) del diritto medesimo. Tale distinzione potrebbe essere concettualizzata facendo ricorso alla nozione di termine (non di condizione, in quanto l'uso del condizionale « avrebbe dovuto eseguire la prestazione » impedisce di ravvisare un evento incerto), individuandosi nel primo di tali passaggi il termine del negozio, e nel secondo il termine sospensivo, o termine iniziale di efficacia, dell'obbligazione (su questi concetti, v. Di Majo, 1992, p. 187 e ss., qui p. 189 e ss.).

La maturazione del diritto si ha dunque, in primo luogo, nel momento in cui il preponente ha eseguito la sua prestazione, ossia ha consegnato la merce o reso il servizio, in base al contratto concluso con il terzo. Ma, se la norma si fosse fermata a questo punto, ci saremmo trovati di fronte ad una irresolubile antinomia con il 1° comma, poiché non sarebbe stato più vero che il diritto dell'agente sussiste per effetto della mera conclusione del contratto. Il momento determinante sarebbe tornato ad essere quello dell'esecuzione dell'affare, sia pure vista soltanto dal lato del preponente. In altre parole, il rischio dell'inadempimento del preponente sarebbe stato ri-trasferito in capo all'agente, non potendo egli vantare, nell'ipotesi prospettata, provvigioni di sorta. Invece la norma, sempre a traino della direttiva, ha prontamente corretto il tiro, stabilendo che la provvigione insorge dal momento in cui il preponente « ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire (corsivo nostro) » la sua prestazione. L'inadempimento del preponente non preclude, in tal modo, la maturazione del diritto alla provvigione.

Ciò vale, « salvo che sia diversamente pattuito ». Questo inciso comporta la legittimità di una pattuizione che anticipi l'acquisizione del diritto al momento della conclusione del contratto (facendo coincidere di nuovo l'insorgenza virtuale con quella effettiva, il termine del negozio con quello dell'obbligazione), o che la posticipi oltre il tempo di adempimento del preponente. In tal caso, però, tale acquisizione potrà essere differita, al massimo (« inderogabilmente »), sino al momento e nella misura in cui il terzo « ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la sua prestazione qualora il preponente avesse eseguito la prestazione a suo carico », ossia ha pagato o avrebbe dovuto pagare se avesse ricevuto i beni promessi. Quello che nel testo previgente rientrava nei *naturalia negotii* diviene, in tal modo, l'estremo limite delle possibilità concesse al preponente (cfr. art. 10, par. 3, della direttiva). In pratica, la norma mira ad evitare che il diritto alla provvigione non spetti nell'ipotesi in cui il terzo non ha pagato perché il preponente non gli ha fornito quanto promesso. Mantengono invece piena legittimità quelle pattuizioni degli AEC che condizionano la maturazione della provvigione al « buon fine » dell'affare (V., ad es., l'art. 4, 1° comma, dell'AEC 9 giugno 1988 del settore commercio, e l'art. 6, 1° comma, dell'AEC 16 novembre 1988 del settore industriale e cooperativo), intendendosi questa espressione, come già negli stessi AEC (V. l'art. 4, 6° co., AEC commercio, ed art. 6, 6° co., AEC industria e cooperative, secondo i quali « la provvigione spetta all'agente o rappresentante anche per gli affari che non hanno avuto regolare esecuzione per cause imputabili all'agente ». Sul concetto di « causa non imputabile », cfr. Pret. Vicenza 8 gennaio 1999, in *GL*, n. 17/1999) (ed a monte nel vecchio art. 1749, 1° comma), come riferita alla prestazione di competenza del terzo; in altre parole, la clausola « salvo buon fine » non può in alcun caso comportare una liberazione del preponente dai suoi obblighi provvigionali qualora il terzo non abbia adempiuto sol perché egli non ha eseguito la prestazione a suo carico, o comunque l'affare non abbia avuto esecuzione per causa a lui imputabile.

Questi rilievi consentono anche di risolvere il falso problema della derogabilità, o no, del 1° comma. La risposta deve essere cercata, appunto, nel 4° comma, che contiene già in sé una sorta di « deroga » al 1°, laddove identifica il momento rilevante nel tempo di adempimento della prestazione del terzo, anche se non corrispondente ad un adempimento effettivo. In questo modo la distanza fra il vecchio e il nuovo regime si riduce, pur senza annullarsi. I limiti di derogabilità di questo assetto sono, a loro volta, quelli stabiliti dallo stesso 4° comma, che sono stati appena illustrati. Se questa ricostruzione è esatta, infine, non è

corretto affermare (Toffoletto, sul Sole-24 ore del 23 marzo 1999) che il d.lgs. n. 65 del 1999 sia andato al di là della fonte comunitaria: basti confrontare il combinato disposto degli artt. 7, par. 1, lett. a), e 10, par. 1, della direttiva.

Deve aggiungersi subito, peraltro, che questa traslazione del rischio può risultare reversibile e meramente interinale, in quanto la normativa addossa al preponente alcuni rischi collegati alle patologie del contratto, ma, ragionevolmente, non tutti. Si possono formulare, in particolare, le seguenti ipotesi principali:

a) esecuzione meramente parziale del contratto a seguito di un accordo fra preponente e terzo: mentre in precedenza (vecchio art. 1748, 1° comma), la provvigione spettava all'agente in proporzione alla parte eseguita, adesso il nuovo art. 1748, 5° comma, stabilisce che l'agente ha diritto a una quota, pur ridotta, di provvigioni, anche per la parte ineseguita, nella misura determinata dagli usi o, in mancanza, secondo equità;

b) inadempimento del preponente: come già rilevato, l'agente acquisisce egualmente il diritto alle provvigioni, e non deve restituirle se le ha già riscosse;

c) mancata esecuzione per cause non imputabili al preponente, ivi compreso l'inadempimento del terzo, che non sia dipeso da un inadempimento del preponente: in questo caso, recita il nuovo art. 1748, 6° comma, l'agente deve restituire le provvigioni già riscosse, nella ipotesi e nella misura in cui « sia certo » (alla terza persona, e non come stato soggettivo dell'agente, n.d.r.) che il contratto fra terzo e il preponente non avrà esecuzione per cause non imputabili al preponente ». Ciò implica, segnatamente, che se il terzo non paga la provvigione di massima non spetta, o deve essere restituita ove già riscossa (v. *infra*); salvo che, però, il mancato pagamento sia dipeso dal mancato adempimento da parte del preponente, ossia da una causa a lui imputabile, nel qual caso non c'è alcun obbligo restitutorio. Il concetto di « causa non imputabile al preponente » comprende sia i casi di impossibilità della prestazione del preponente che quelli di inadempimento del terzo, non riconducibile ad un inadempimento del preponente.

Questo è l'unico fascio di ipotesi in cui può insorgere un obbligo restitutorio, essendo dichiarato « nullo ogni patto più sfavorevole all'agente ». È da notare che la direttiva parlava esplicitamente (art. 11) di « estinzione » del diritto alle provvigioni, ponendo il rimborso come un passaggio meramente consequenziale, rapportabile alla categoria generale della ripetizione dell'indebitto oggettivo. Per una volta, la terminologia della direttiva risulta pertinente, poiché sembra proprio che il presupposto causale del rimborso risieda nell'estinzione *ex post* del diritto alla provvigione, ovviamente a condizione che esso fosse precedentemente sorto. Parlare di estinzione equivale in buona sostanza a configurare l'evento che la determina come condizione risolutiva del diritto alla provvigione.

Questo significa che: qualora la causa non imputabile si sia verificata prima del tempo di adempimento della prestazione del preponente, non si avrà estinzione, ma mancata insorgenza del diritto; qualora si sia verificata fra il tempo di adempimento assegnato al preponente e quello assegnato al terzo, si avrà estinzione, a meno che il contratto di agenzia non avesse previsto il differimento del diritto alla provvigione sino al termine di adempimento, anche virtuale, del terzo, e restituzione, ovviamente, qualora le provvigioni fossero state già materialmente pagate (tenuto conto dei tempi di esigibilità ex art. 1749, comma 2 (Cfr. *infra*, § 5.4.); infine, qualora la causa non imputabile si sia verificata dopo il tempo assegnato al terzo per il suo adempimento, vi sarà, a maggior ragione, estinzione del diritto e obbligo restitutorio.

Il fatto che l'obbligo restitutorio fosse stato circoscritto dal d.lgs. n. 65 a quelle ipotesi e limitato alle « provvigioni » riscosse, con previsione di nullità delle deroghe peggiorative, aveva dato argomento per sostenere l'illegittimità delle clausole contrattuali collettive che prevedono lo « star del credere », vale a dire l'obbligo dell'agente (non solo di restituire le provvigioni, ma) di partecipare, entro una certa misura (il triplo della provvigione, entro un massimo del 15% della perdita subita (v. gli artt. 7 dell'AEC commercio e 7 dell'AEC industria e cooperative), ai danni, cioè alle perdite che l'inadempimento del terzo ha comportato per il preponente. Tale tesi si inseriva armonicamente nel tessuto di inderogabilità disegnato dal decreto (al di là del rilievo che il Governo non aveva inserito un divieto espresso per lo « star del credere », in quanto esso esulava dai limiti della delega di cui disponeva in virtù della legge 24 aprile 1998 n. 128 — art. 1, 8° comma —: v. la Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 65, in *GL*, n. 13/1999), ed aveva altresì un impatto semplificante sui molti ed annosi interrogativi suscitati dalle pattuizioni in oggetto (Sui quali v. da ultimo Cass., 3 giugno 1999, n. 5441, in *FI*, 1999, I, 2192, e soprattutto Di Ciommo, 1999). Il nodo è stato tagliato, tuttavia, dalla sopravvenuta legge comunitaria 1999, appro-

**Riflessioni sulla nuova
disciplina del contratto
di agenzia**

Riccardo Del Punta

vata dal Senato il 16 dicembre '99, la quale ha novellato (v. art. 28, 2° comma) l'art. 1746 c.c., prevedendo un divieto espresso per quei patti che pongono a carico dell'agente una responsabilità, anche solo parziale, per l'inadempimento del terzo. Il divieto non è stato formulato, peraltro, in modo assoluto, rimanendo consentito alle parti, « eccezionalmente », « di concordare di volta in volta la concessione di una apposita garanzia da parte dell'agente, purché ciò avvenga con riferimento a singoli affari, di particolare natura e importo, individualmente determinati, l'obbligo di garanzia assunto dall'agente non sia di ammontare più elevato della provvigione che per quell'affare l'agente medesimo avrebbe diritto a percepire, sia previsto per l'agente un apposito corrispettivo ». Il problema della legittimità delle clausole di « star del credere » dovrà quindi essere risolto sulla base delle indicazioni della nuova norma, che avranno bisogno, a loro volta, di adeguati chiarimenti interpretativi, e che in ogni caso sembrano destinate a dar luogo a non poche incertezze sul piano applicativo.

5.3. Ancora sui presupposti del diritto alla provvigione.

Per quanto riguarda le c.d. provvigioni indirette, il vecchio 2° comma dell'art. 1748 disponeva che « la provvigione è dovuta anche per gli affari conclusi direttamente dal preponente, che devono avere esecuzione nella zona riservata all'agente, salvo che sia diversamente pattuito ». Tanto non corrispondeva alle prescrizioni dell'art. 7, par. 1 e 2, della direttiva n. 653/86, cosicché il nuovo testo del 2° comma, facendo un mix di quelle previsioni, ha stabilito che « la provvigione è dovuta anche per gli affari conclusi dal preponente con terzi che l'agente aveva in precedenza acquisito come clienti per affari dello stesso tipo o appartenenti alla zona o alla categoria o gruppo di clienti riservati all'agente, salvo che sia diversamente pattuito ».

È da ritenere che il nuovo testo assorba il precedente (riferendosi ai terzi « appartenenti alla zona riservat(a) all'agente », il disposto ha inteso garantire le provvigioni di zona negli stessi termini del testo previgente), aggiungendo qualche ipotesi in più al fine di vanificare le operazioni di aggiramento messe in atto dal preponente: il fornitore che bypassa l'agente per l'affare successivo « dello stesso tipo », il preponente che va a pescare nel « gruppo di clienti » riservati all'agente o nella « categoria » riservata all'agente; concetti, questi, da definire e precisare nel quadro delle pattuizioni del singolo contratto.

In verità, queste ultime previsioni si riconnettono, idealmente, al diritto di esclusiva, che continua ad essere previsto dall'art. 1743 (una delle poche norme del codice rimaste intonse) come effetto naturale del contratto. Come si arguisce dal confronto col testo della direttiva, che viene in soccorso ai fini interpretativi della norma di recezione, il diritto alle provvigioni indirette sorge, anzitutto, quando all'agente sia stata concessa un'esclusiva, oltre che per una zona, per un « determinato gruppo di persone » (l'altro termine « categoria » pare essere stato inserito a fini ulteriormente esemplificativi). Tuttavia, come si trae dall'art. 7, par. 2, della direttiva, che distingue le due ipotesi, ma per assoggettarle allo stesso trattamento, è sufficiente, ai fini, che l'agente sia stato semplicemente « incaricato » di una determinata zona o di un determinato gruppo di persone; dove il termine di « incaricato » pare alludere ad un *minus* rispetto all'esclusiva. Possiamo allora dire che nel caso di un mero « incarico », non risoltosi in una esclusiva vera e propria (nel nostro codice, ciò è possibile a patto di introdurre una deroga espressa all'art. 1743), la sollecitazione che l'ordinamento indirizza al preponente, a non mettere in concorrenza due agenti nello stesso mercato, è soltanto mediata, attraverso il riconoscimento della provvigione indiretta, che potrebbe tradursi nell'obbligo, per lui, di corrispondere la provvigione due volte.

Resta da esaminare la questione degli affari conclusi dopo lo scioglimento del contratto. Il vecchio 3° comma dell'art. 1748 si limitava a prevedere, per tale ipotesi, il diritto alla provvigione, qualora l'affare fosse effetto soprattutto dell'attività svolta dall'agente.

Ciò lasciava scoperti, rispetto alla direttiva, tre punti. In primo luogo, l'art. 8, lett. b) prescrive che il diritto alla provvigione spetta, qualora « l'ordinazione effettuata dal terzo (sia) stata ricevuta dal preponente o dall'agente commerciale prima dell'estinzione del contratto di agenzia ». Questa ipotesi non si poteva ritenere assorbita dal vecchio testo, giacché ciò era indubbiamente vero dal punto di vista concettuale (è lapalissiano che gli affari conclusi dopo lo scioglimento del contratto sono anche quelli per i quali la proposta era pervenuta al preponente in data antecedente), ma non anche da quello probatorio. Il nuovo testo solleva, infatti, l'agente, dal dover provare, nel caso ipotizzato, che l'affare è da

ricondurre prevalentemente all'attività da lui svolta. La correzione è dunque a favore dell'agente.

In secondo luogo, il vecchio testo non fissava alcun termine temporale entro il quale l'affare dovesse essere concluso, per poter essere ricondotto all'attività dell'agente. Lo spazio aperto alla prova era, qui, illimitato, e poteva favorire illecite manovre di collusione. Il nuovo testo ha aggiunto, allora, la condizione che l'affare sia stato concluso «entro un termine ragionevole dalla data di scioglimento del contratto», introducendo uno sbarramento alle possibilità di prova. Questa correzione è, pertanto, a favore del preponente, anche perché non si deve pensare, a rovescio, che se siamo entro il detto termine «ragionevole», l'agente sia sollevato dal dover provare che l'affare «è da ricondurre prevalentemente all'attività da lui svolta». Lo dimostra, senza possibilità di dubbio, l'uso della congiunzione «e», il quale induce ad escludere che la prossimità temporale configuri una presunzione, anche semplice, di spettanza della provvigione. Si tratterà, invece, di un semplice elemento probatorio, pur di grande rilievo potenziale.

Il terzo aspetto non sistemato riguardava l'eventualità di una provvigione lucrata dall'agente subentrante sugli affari in questione, e dunque irragionevolmente cumulata. In detti casi, ha precisato l'ultimo inciso del 3° comma, riprendendo l'art. 9 della direttiva, la provvigione spetta solo all'agente precedente, a meno che dalle circostanze concrete del caso risulti equo ripartirla fra i due o più agenti intervenuti.

Ma come può quantificarsi un termine «ragionevole»: sei mesi? un anno? È difficile dirlo in astratto, trattandosi di una tipica clausola generale da rapportare saggiamente alle situazioni concrete. Utili precisazioni potranno essere introdotte, al riguardo, dagli accordi collettivi.

5.4. Il tempo di esigibilità del diritto e le facoltà strumentali.

Per quanto concerne la liquidazione delle provvigioni, i commi 6° e 7° del vecchio art. 1748, già di recezione della direttiva, sono divenuti rispettivamente il 2° e 3° co. dell'art. 1749 (il 3° comma con una insignificante variante sintattica rispetto al testo previgente). Non sono state introdotte, quindi, modifiche di sorta al regime di liquidazione, ed in particolare è rimasta la sovrapposizione, poco sensata, fra il termine di consegna dell'estratto conto e quello di pagamento effettivo delle provvigioni.

La novità importante è invece la previsione, pressoché generalizzata nella nuova normativa, della nullità di ogni patto contrario. *Quid*, allora, di un patto che prevedesse il diritto dell'agente a ricevere l'estratto conto entro un termine precedente a quello di legge? Sarebbe esso da ritenersi «contrario» alla norma legale, *ergo* nullo? Riterrei di no.

5.5. L'indennità di fine rapporto.

L'istituto dell'indennità di fine rapporto è stato modificato in misura significativa (cfr. art. 17), non tanto per la previsione, pur rilevante, della spettanza dell'indennità, *iure proprio*, anche in caso di cessazione del rapporto per morte dell'agente, quanto per la modifica del 1° comma dell'art. 1751, nel senso di richiedere, ai fini della spettanza dell'indennità, che ricorrano entrambe — e non più almeno una di esse — le condizioni previste dal prosieguo della disposizione, ossia che «l'agente abbia procurato nuovi clienti al preponente o abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i clienti esistenti e il preponente riceva ancora sostanziali vantaggi derivanti dagli affari con tali clienti», e che il pagamento di tale indennità risulti «equo, tenendo conto di tutte le circostanze del caso, in particolare delle provvigioni che l'agente perde e che risultano dagli affari con tali clienti».

La nuova norma riduce, a vantaggio del preponente, il potere discrezionale del magistrato, nella misura in cui il giudizio di equità (che qui è propriamente un'equità integrativa del caso singolo, con caratteristiche diverse, ad es., da quell'equità «normativa» cui è approdata l'equità ex art. 2110 c.c.) deve essere supportato anche dal dato oggettivo dello sviluppo, non effimero, della clientela procurata dall'agente. Il regime dell'indennità diviene, così, meno automatico e maggiormente premiante nei confronti degli agenti «di successo». D'altra parte, al di là dell'ovvia esigenza di aggiornamento delle normative collettive in essere, la novità non sembra avere un impatto immediato sulla questione da tempo discussa in giurisprudenza, a proposito della legittimità dei c.d. accordi-ponte del '92, conseguenziali alla prima riforma «comunitaria» del 1991. (Per quanto può valere, e

Riflessioni sulla nuova disciplina del contratto di agenzia

Riccardo Del Punta

scusandoci per la assertorietà dell'affermazione, pare nel giusto quella giurisprudenza che si è pronunciata per la legittimità degli accordi-ponte, sulla base del carattere più favorevole della disciplina in essi contenuta: v. ad es. Pret. Piacenza 7 gennaio 1997, in *DPL*, 1997, 5, 383, con commento di Zavalloni; Pret. Reggio Emilia 5 gennaio 1996, in *OGL*, 1996, 215. Sulla necessità di accertare il carattere più favorevole nella fattispecie concreta, v. peraltro Pret. Forlì 17 febbraio 1997, *ivi*. Nel senso dell'illegittimità della normativa collettiva rispetto al nuovo art. 1751 c.c., v. invece Trib. Viterbo 24 novembre 1997, in *LG*, 1998, 6, 509, e in dottrina, per tutti, Toffoletto, 1995, p. 775. Sembra, fra l'altro, che i fautori della tesi dell'illegittimità non riescano a spiegare in maniera soddisfacente perché mai una norma, che consente implicitamente, al penultimo comma, la propria derogabilità *in melius* — che sarebbe stata comunque attingibile anche in mancanza di una previsione del tipo — dovrebbe comportare l'illegittimità, addirittura *tout court*, di accordi collettivi che, fra l'altro, le parti stesse hanno concordemente definito « di miglior favore ». Inoltre, così come congegnato, il meccanismo legale di calcolo dell'indennità è inapplicabile, poiché prevede soltanto — v. il 3° comma — un importo massimo dell'indennità, fra l'altro non in linea, e direi anzi antinomico — a meno di configurarlo come *variatio* « speciale » alla previsione generale del penultimo comma —, con la regola della derogabilità *in melius*).

Bibliografia

- Baldassarri** (1995), *Il rapporto di agenzia*, Giappichelli, Torino.
- Baldi** (1997), *Il contratto di agenzia*, Giuffrè, Milano.
- Cerami**, *Agenzia (contratto di)*, in *ED*, I, Milano, 870 e ss.
- D'Antona** (1988), *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, in *RCDP*, 199.
- D'Antona** (1989), *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazione e prospettive*, Zanichelli, Bologna.
- D'Antona** (1997), *Proposta di legge*, in Ghezzi (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro*, Roma, 195 e ss.
- D'Antona** (1995), *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 63.
- De Luca Tamajo** (1976), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.
- Deakin, Morris** (1998), *Labour Law, II ed.*, London.
- Di Ciommo** (1999), *Il contratto di agenzia tra nuove regole e vecchie incertezze: lo « star del credere » ancora al vaglio della Cassazione*, in *FI*, I, 2192.
- Ferraro** (1998), *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *DLRI*, 429.
- Franceschelli** (1999), *Agenzia (contratto di)*, in *ED*, Aggiorn., III, Giuffrè, Milano, 86 e ss.
- Ghezzi** (1970), *Contratto di agenzia*, in Scialoja, Branca (a cura di), *Commentario del codice civile, Libro quarto. Delle obbligazioni (Art. 1742-1753)*, Zanichelli, Bologna-Roma.
- Granieri** (1999), *Subfornitura industriale: l'esordio (mancato) di una disciplina*, in *FI*, I, 2077.
- Gualtierotti** (1999), *La disciplina del contratto di agenzia dopo il D.Lgs. n. 65/1999*, in *DPL*, n. 16, 1085.
- Mannacio** (1998), *Giustizia (comunitaria) per l'agente abusivo*, in *LG*, n. 10, 843.
- Mariucci** (1999), *Il sorriso di Federico e la lampada di Aladino*, in *LD*.
- Negri** (1999), *Forma del contratto, obblighi dell'agente e del preponente*, in *GL*, n. 12.
- Papaleoni** (1998), *La liberalizzazione comunitaria del contratto di agenzia commerciale*, in *ADL*, 855.
- Papaleoni**, (1997), *Contratto di agenzia*, Cedam, Padova.
- Pedrazzoli** (1984), *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in *RIDL*, II, 506.
- Pedrazzoli** (1998), *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *DLRI*, 509 e ss.
- Pedrazzoli** (1998a), *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, Giuffrè, Milano, vol. I, 397 e ss.
- Pedrazzoli** (1999), *Codice dei lavori*, Giuffrè, Milano.
- Perassi** (1991), *Il contratto di agenzia*, in Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, XVI. Contratti commerciali*, Cedam, Padova.
- Perulli**, (1996), *Il lavoro autonomo*, Giuffrè, Milano.
- Saracini** (1987), *Il contratto di agenzia*, in Schlesinger (diretto da), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano.
- Toffoletto** (1995), *Il nuovo art. 1751 c.c. e l'AEC 27 novembre 1992 per gli agenti: un contrasto insanabile*, in *RIDL*, II, 775.
- Tradati** (1999), *Diritti dell'agente*, in *GL*, n. 12.
- Trioni** (1994), *Il contratto di agenzia*, Cedam, Padova.
- Zanelli** (1986), *Studi sull'agenzia*, Giuffrè, Milano.

Flessibilità e « parasubordinazione » nel lavoro pubblico

Riccardo Salomone

Sommario

1. Introduzione. Amministrazioni pubbliche, attività di diritto privato e rapporti di lavoro. **2.** Il d.lgs. n. 29/1993. La nuova centralità della fattispecie *lavoro subordinato* e le forme contrattuali « flessibili ». **3.** Impiego pubblico, rapporti « precari » e lavoro autonomo. **4.** Collaborazione coordinata e continuativa e amministrazioni pubbliche. **5.** Le prospettive aperte dalla contrattazione collettiva in vista di una legge sulla tutela dei lavori « atipici ». Osservazioni conclusive.

1. Introduzione. Amministrazioni pubbliche, attività di diritto privato e rapporti di lavoro.

L'analisi dell'avanzamento del diritto privato verso spazi prima riservati al solo diritto pubblico è frontiera già da tempo raggiunta dal dibattito scientifico (1). È una vicenda che riguarda da vicino il tema oggetto di questo contributo, l'impiego pubblico — quando ancora non si parlava di privatizzazione, accanto ai rapporti dei dipendenti assunti previo concorso con formale atto di nomina e immessi stabilmente in ruolo esistevano diverse forme atipiche di lavoro regolate anche secondo moduli contrattuali (D'Alberti, 1975, Rusciano, 1978) — ma, più in generale, è un fenomeno che tocca *sia* gli aspetti strutturali *interni* alle amministrazioni pubbliche, che hanno cominciato a cercare forme di organizzazione manageriali/imprenditoriali, *sia* la gestione di « attività » all'*esterno*, con non pochi tratti di somiglianza con quel che accade alle imprese private in termini di esternalizzazioni di servizi e *downsizing* (v. fra tutti, Perulli, 1997, 177 ss., Ichino, 1999, Scarpelli, 1999 351 ss.) (2).

note

(1) « Quando si lascia spazio al diritto privato, creandogli nuovi approdi, porti e golfi sicuri nei quali può insinuarsi ed espandersi si deve riconoscere l'allentamento dell'efficacia delle leggi dello Stato, come esclusive portatrici di precetti e di regole » e bisogna chiedersi se « questo movimento sia rappresentabile come un ritirarsi della politica *tout court*, oppure come un sommovimento della normativa che cerca nuove vie di espansione e di articolazione al di fuori delle strettoie dell'organizzazione statale propria dello Stato di diritto » (Berti, 1996, 273 ss. e spec. 286 e 287). Nell'ottica giuslavoristica cfr. le considerazioni di Carinci, (2000, LXXV), che invita a non leggere la privatizzazione del pubblico impiego « scorporata dal contesto istituzionale e normativo » ma come vicenda che « merita di essere inquadrata in quella riforma globale della pubblica amministrazione, avviata con la svolta degli anni '90 ». Per gli aspetti del diritto amministrativo cfr. le considerazioni di Rossi, 1998; sulla attività contrattuale di diritto privato della p.a. e, in particolare, sugli accordi negoziali delle p.a. soggetti alle regole delle obbligazioni e dei contratti regolati dal codice civile vedi le interessanti riflessioni di Trimarchi Banfi, 1998, spec. 65. Oltre il punto di vista giuridico-normativo e nell'ottica del *management*, sono utili le considerazioni di Borgonovi, 1996, 298 e Arcuri, Ciaccia, 1994, circa il processo di privatizzazione dell'organizzazione della pubblica amministrazione secondo criteri « aziendalistici ».

(2) La riflessione sul *contracting out* per la gestione dei servizi pubblici è da tempo avviata nel mondo anglosassone (v. se vuoi Domberger, Jensen, 1997) Quanto alla disciplina comunitaria e ai suoi riflessi sull'ordinamento nazionale basti il riferimento alla materia degli appalti pubblici la cui disciplina, in attuazione della Direttiva Ce 92/50, risale proprio al periodo compreso tra la prima e la seconda fase della privatizzazione del pubblico impiego,

Anche lo spostamento del diritto del lavoro nell'area del pubblico impiego (dal quale era stato allontanato a partire dalle riforme De Stefani, nel 1923, e dalla separazione della giurisdizione, nel 1924) comunque è ben più di una semplice intrusione. La famosa divisione tra diritto del lavoro "privato" e diritto "amministrativo" del pubblico impiego non c'è più (D'Antona, 1998, 35). L'impiego pubblico come ordinamento autonomo ha chiuso il suo ciclo (3). Con esso si è (quasi) esaurita anche la giurisdizione amministrativa sulle controverse di lavoro dei pubblici dipendenti.

È indubbio, tuttavia, che il lavoro pubblico continui a presentare all'osservatore ancora numerosi tratti di separazione ordinamentale. Basti il riferimento proprio ai rapporti di lavoro « atipici ». L'esempio migliore è quello del lavoro autonomo: nel settore pubblico la questione teorica connessa ai rapporti di lavoro, con la ricostruzione della posizione debitoria del dipendente in termini di *status* anziché in termini contrattuali (e, in definitiva, la stessa questione della *subordinazione*), è stata fortemente condizionata dal fatto che il lavoro autonomo « si esprime in forme del tutto peculiari » e anche « la vicenda della parasubordinazione ha seguito un suo itinerario collaterale » (Ferraro, 1999, 20).

Ma tutto questo riguarda più che altro il passato. Il futuro apre, invece, una prospettiva ulteriore. Il lavoro pubblico, entrando nell'orbita del diritto del lavoro privato, si trova a misurare sé stesso con il « punto focale del diritto del lavoro negli anni '90 » e cioè con « la flessibilità dei modi di impiego del lavoro, anche al di là della subordinazione » (Mengoni, 2000, 16). È ciò ha alcune rilevanti implicazioni: rispetto all'esistente impone all'interprete una valutazione sulla rispondenza del rapporto subordinazione/autonomia del lavoro pubblico privatizzato al modello dicotomico che si è imposto nel settore privato; mentre, per il futuro, dovrebbe imporre allo stesso legislatore di non lasciar da parte l'ampia area del settore pubblico per il caso in cui decida di intervenire con nuove norme di legge in materia di lavoro (4).

È dunque utile, chiedersi in che misura il diritto del lavoro, sia entrato effettivamente nel mondo delle amministrazioni pubbliche e in che termini il legislatore dovrà tenere conto della vasta materia oggi privatizzata se si appresterà a ridisegnare il confine tra lavoro subordinato e lavoro autonomo. Proprio mentre l'iniziativa legislativa sui lavori « atipici » è avviata al vaglio della Camera dei Deputati e si registrano le prime esperienze per il settore pubblico di protocolli di intesa sul lavoro parasubordinato, queste note vorrebbero leggere connessioni e interferenze tra privatizzazione del lavoro pubblico e vicende del lavoro atipico nelle pubbliche amministrazioni.

2. Il d.lgs. n. 29/1993. La nuova centralità della fattispecie *lavoro subordinato* e le forme contrattuali flessibili.

Il decreto legislativo n. 29/1993, come modificato dai decreti attuativi della legge delega Bassanini n. 59/1997, ha ridisegnato le fonti di disciplina dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche. In questo quadro, al fianco delle norme di legge, delle norme dei contratti collettivi e delle norme regolamentari, il contratto individuale ha assunto importanza crescente, divenendo la fonte costitutiva e regolativa del rapporto di lavoro (Carinci, 2000, CVIII).

I rapporti di lavoro, secondo la previsione dell'art. 2 comma 2 del d.lgs. n. 29/1993 — e salvo quanto diversamente previsto dallo stesso decreto — « sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa ».

La norma, insomma, ribalta definitivamente la concezione di *supremazia speciale* (Romano, 1898) delle pubbliche amministrazioni nei confronti dei dipendenti, ponendo come principio elementare quello secondo cui « la disciplina del lavoro prestato in posizione di subordinazione verso le amministrazioni pubbliche è stata trasferita dall'area del diritto pubblico (...)

note

con il decreto legislativo del 17 marzo 1995, n. 157, relativamente agli appalti di servizi (manutenzione e riparazione; servizi di trasporto, servizi di telecomunicazione, servizi finanziari, informatici, di consulenza, di ricerca, di sperimentazione, di editoria e di pulizia, servizi legali, ecc.).

(3) La letteratura in argomento è sterminata. Ma qui — per gli snodi fondamentali del percorso compiuto dalla privatizzazione — si rinvia a Carinci, 1993, Rusciano, 1993, Romagnoli, 1993, Ghezzi, 1996, Maresca 1996, Rusciano, 1996, D'Antona, 1998, Carinci, 2000, Liso, 2000.

(4) Ne è un esempio, da ultimo, il d.lgs. n. 61/2000 in materia di lavoro a tempo parziale che dedica una norma apposita (l'art. 10) alle pubbliche amministrazioni.

a quella del diritto privato » (Liso, 2000, 178). Si tratta, è stato detto, della norma « chiave » della riforma (Rusciano, Zoppoli, 2000, 1071) sebbene, in qualche misura, riferendosi al lavoro subordinato *nell'impresa*, la privatizzazione del lavoro pubblico abbia negato sé stessa (Dell'Olio, 1999).

Il legislatore, poi, « consapevole che il semplice richiamo della disciplina civilistica avrebbe potuto essere di per sé una misura non sufficiente » (Liso, 2000, 178), ha puntellato questa previsione con quella del comma 3 dello stesso art. 2 secondo cui « i rapporti di lavoro e di impiego (...) sono regolati contrattualmente » tanto per i profili del rapporto individuale quanto relativamente agli aspetti collettivi, e, infine, con l'art. 4 comma 2 del d.lgs. n. 29/1993 precisando che « le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro ».

L'insieme di queste disposizioni e la lettura che di esse ha dato la dottrina già all'indomani del d. lgs. n. 29/1993 ha confermato che modello tipico di lavoratore dipendente dalle pubbliche amministrazioni è il lavoratore subordinato secondo la disciplina dettata dal codice civile. E che la *subordinazione* è quella dell'art. 2094 c.c. (5). Ciò diversamente, si badi, da quanto avveniva prima del d.lgs. n. 29/1993, quando, in forza dell'applicazione dell'art. 2129 c.c. (rubricato « Contratto di lavoro per i dipendenti da enti pubblici »), potevano essere applicate ai prestatori di lavoro dipendenti da enti pubblici, salvo che il loro rapporto fosse diversamente regolato dalla legge, solo le disposizioni della sezione III del Capo I del Titolo II del Libro V del codice civile, quelle, per intenderci, comprese tra l'art. 2096 e l'art. 2128 c.c. Oggi la qualificazione del rapporto di impiego pubblico deve avvenire per il tramite dell'art. 2094 c.c., poiché tale rapporto rappresenta, almeno secondo i più, « un peculiare sottotipo » (Ghezzi, 1996, e anche Romagnoli 1993, Pilati, 1996) del lavoro subordinato nell'impresa.

Il dipendente pubblico non può che essere colui che si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa (pubblica), prestando il proprio lavoro manuale ovvero intellettuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'amministrazione. Qui la categoria dirigenziale rappresenta, per prerogative e responsabilità, a tutti gli effetti il « datore di lavoro ».

La reale portata innovativa di una tale conclusione può essere ridimensionata solo che si considerino alcuni altri aspetti della questione. È necessario precisare, in primo luogo, che la rivoluzione della privatizzazione non sembra avere portato grandi novità rispetto al problema posto dalla alternativa qualificatoria autonomia/subordinazione. Pur in assenza di un riferimento esplicito all'art. 2094 c.c. — come quello costituito rinvio dell'art. 2 comma 2 del d.lgs. n. 29/1993 — la giurisprudenza non ha mai esitato nel fare riferimento, per i rapporti di lavoro pubblico, alla nozione di subordinazione. Sia i giudici ordinari che quelli amministrativi hanno utilizzato la nozione di *subordinazione* in modo del tutto simile a quanto è avvenuto nel settore privato. La qualificazione dei rapporti di lavoro instaurati con le amministrazioni pubbliche avveniva, cioè, attraverso lo schema tipico. La ricostruzione della posizione del prestatore di lavoro era compiuta sulla base della presenza o meno del vincolo di subordinazione. Vero è che mancava ogni riferimento esplicito all'art. 2094 c.c. e quella stessa subordinazione veniva spesso definita *gerarchica* (6), quasi a volerne ribadire la lontananza dallo schema contrattuale. Ma è altrettanto evidente che per verificare la sussistenza di un rapporto di impiego pubblico la giurisprudenza era solita ricorrere, grosso modo, agli stessi indici dei rapporti interprivati: il vincolo di orario, la collaborazione del lavoratore ai fini istituzionali dell'ente, la continuità delle prestazioni lavorative, la professionalità, la predeterminazione della retribuzione, l'esclusività delle prestazioni, la volontà di inserire in modo stabile il prestatore di lavoro nell'organizzazione dell'ente (7).

note

(5) Per la rilevanza del rinvio all'art. 2094 c.c. contenuto nell'art. 2 comma 2 del d.lgs. n. 29/1993 vedi Pilati, 1996, 235, che ritiene che essa possa costituire un « elemento esegetico sulla scorta del quale sostenere la natura contrattuale dei rapporti di lavoro con le amministrazioni pubbliche » e « diventa così possibile affermare che quello di pubblico impiego è un vero e proprio contratto di lavoro subordinato, così come configurato dal codice civile ». Vedi ora anche Rusciano, Zoppoli, 1999, 1071.

(6) Sia per escludere il vincolo che per accertare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato vedi, esemplificativamente, TAR Emilia-Romagna, sez. II, 21-02-1996, n. 40, in *FA*, 1996, 300; C. Stato, sez. V, 04-11-1994, n. 1246, in *FA*, 1994, 2783 (m); CSTA - C. Stato, sez. V, 26-06-1992, n. 585, in *GI*, 1993, III, 1; C. Stato, sez. V, 15-04-1992, n. 307/1992, in *CS*, 1992, I, 561, C. Stato, sez. V, 23-01-1991, n. 77, in *FA*, 1991, 61; TAR Valle d'Aosta, 20-10-1989, n. 73, in *TAR*, 1989, I, 432; C. Stato, sez. VI, 05-10-1984, n. 564, in *GI*, 1985, III, 1, 30; per la giurisprudenza contabile cfr. C. conti, sez. contr., 13-05-1983, n. 347, in *RCDC*, 1984, 3.

(7) Oltre alla giurisprudenza citata alla nota precedente vedi Cass., 28-01-1988, n. 748; Cass., 16-01-1985, n. 78; Cass., 03-06-1983, n. 3780; Cass., sez. un., 27-02-1992, n. 2429, nonché Zoppoli, 1993, con ampi riferimenti giurisprudenziali, 131, e anche nt. 12.

Si deve precisare, poi — e questo, come si vedrà più oltre, è un aspetto particolarmente rilevante — che la questione della subordinazione nei rapporti con le pubbliche amministrazioni non è stata *solo* un problema di qualificazione. Ma è stata, in realtà, il filtro di un aspetto ancor più delicato del rapporto di impiego pubblico. La qualificazione giudiziale di un rapporto di lavoro in termini di subordinazione significava, di norma, anche il riconoscimento, da parte del giudice amministrativo, di un rapporto di impiego pubblico alla dipendenza dell'amministrazione chiamata in giudizio, con lo scavalco, o l'elusione, della regola del concorso pubblico per l'accesso all'impiego (art. 97 comma 3 Cost.) e della vacanza di posto in organico come presupposto necessario per l'assunzione stessa.

Ben prima, insomma, che si manifestassero gli effetti della privatizzazione dei rapporti di lavoro la coppia autonomia/subordinazione intesa generalmente quale dicotomia che « indica bensì una contrapposizione, ma *ad includendum* tutti i contratti di lavoro » (Pedrazzoli, 1998a, 16) mal si adattava al mondo dell'impiego pubblico dove la subordinazione era priva del suo fondamento contrattuale e in più, su un diverso piano, era spezzata ulteriormente dalla doppia giurisdizione (amministrativa per gli impiegati ovvero ordinaria per i prestatori d'opera o assimilati) e dalla regola costituzionale derivante dall'art. 97 che impone che agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si acceda mediante concorso « salvi i casi stabiliti dalla legge ».

Ma al di là di queste opportune precisazioni e in conclusione, insieme con il contratto di lavoro come fonte costitutiva e regolativa del rapporto, la subordinazione sembrerebbe avere acquistato oggi nel settore pubblico una nuova centralità e un nuovo rafforzamento assai più di quanto non sia oggi nei rapporti tra imprese e manodopera dove il lavoro etero-diretto tipico attraverso, come noto, una periodo di vera « crisi » (Pedrazzoli, 1996, 307-308 cui *adde* Pedrazzoli, 1998b, spec. 399, e ora Biagi, Tiraboschi, 1999, spec. 571 tutti con ampi riferimenti bibliografici).

La mutata realtà dell'impiego pubblico necessita però di alcune ulteriori puntualizzazioni, in ragione del fatto che, in realtà, gli aspetti più interessanti della relazione tra rinvio alle norme lavoristiche del codice civile e privatizzazione dell'impiego pubblico si colgono solo spostandosi dal piano del contratto/rapporto di lavoro e concentrandosi sul piano dell'organizzazione.

Nel caso della privatizzazione del pubblico impiego — è stato detto — il diritto del lavoro è « utilizzato e valorizzato, non in funzione della sua logica protettiva, bensì di quella organizzativa del potere datoriale. Questa è, infatti, la logica di fondo della privatizzazione del lavoro pubblico, attraverso la quale si è espresso il tentativo di conferire maggiori margini di elasticità a quel potere, che si è giunti a configurare come potere di privato datore di lavoro, sia per quel che riguarda la gestione dei rapporti di lavoro, sia per quel che riguarda la gestione degli assetti organizzativi, nei loro rami bassi » (Liso, 2000, nt. 2). Anche se « si può facilmente avere l'impressione che la riforma, pur ancorandosi a modifiche strutturali, si basi sull'adozione di un modello organizzativo diverso dal passato, ma egualmente monolitico ed unitario: il modello dell'impresa industriale », il legislatore avrebbe inteso richiamare le norme sul lavoro subordinato nell'impresa per confermare che tra lavoro pubblico e lavoro privato non residua alcuna diversità ontologica (Zoppoli, 1999, 108 e 111) come invece era stato sostenuto a suo tempo dal Consiglio di Stato nel noto parere dell'ottobre 1992.

D'altra parte, e sempre riguardo all'aspetto organizzativo, è proprio la flessibilità nella gestione del personale che è strumentale ad assicurare il buon andamento delle pubbliche amministrazioni. Questa è « la vera ispirazione della riforma del '92-'93 » (Zoppoli, 1999, 109). Una flessibilità che è anzitutto *interna* e riferita all'organizzazione. Cioè flessibilità nell'organizzazione degli uffici e nella gestione delle risorse umane che diviene « criterio ordinatore delle amministrazioni pubbliche » (Dell'Olio, 1999b, 71), come confermato dall'art. 2 comma 1 lettera b) del d.lgs. n. 29/1993 che pur riguarda le fonti pubblicistiche e cioè le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, gli uffici di maggiore rilevanza e le dotazioni organiche: le amministrazioni « ispirano la loro organizzazione » ad una « ampia flessibilità ». Come testimoniano, poi, per altro verso la riforma dei sistemi di inquadramento e la disciplina delle mansioni.

Flessibilità è, però, termine polisemo con il quale principalmente si allude « alla riduzione o attenuazione delle rigidità del codice protettivo previsto per il lavoro subordinato dall'art. 2094 c.c. e segg. in ragione della presenza o assenza di requisiti o modalità della prestazione o del rapporto » (Santoro Passarelli, 1997, 76). E anche se è del tutto corretto ritenere che nel lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche gli interessi e i valori che

comportano rigidità non sono per tradizione quelle dei lavoratori bensì quelle dell'amministrazione (Dell'Olio, 1999, 72), non per questo deve perdere di valore l'argomento che guarda alla flessibilità anche come aspetto della possibilità di modulare le forme contrattuali per ottenere così l'ottimizzazione nella gestione della forza lavoro ed essere davvero *customer oriented*. Ciò trova conferma sia nella legge delega n. 421/1992 sia nello stesso decreto legislativo n. 29/1993. Nella prima si prevedeva, infatti, insieme ad una organica regolamentazione delle modalità di accesso all'impiego, che i rapporti di lavoro e di impiego dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche fossero ricondotti alla disciplina del diritto civile e regolati mediante contratti individuali e collettivi (art. 2 comma 1 lett. a) l. n. 421/1992 e art. 11 comma 4 l. n. 59/1997), lasciando intendere che criteri fondamentali nella regolamentazione dei rapporti di lavoro dovessero essere — previo ricompattamento della caotica disciplina dei concorsi — la riconduzione della pluralità e disomogeneità dei tipi contrattuali ad una loro ricomposizione armonica. Una pluralità di forme contrattuali, insomma (*rapporti di lavoro* nel testo della legge delega), nell'ambito di diverse modalità di entrata nell'organico dell'amministrazione pubblica (*modalità di accesso all'impiego*).

Una indicazione, questa, che è stata poi raccolta dal decreto legislativo n. 29/1993 con la previsione dell'art. 36 comma 7 circa l'estensione delle forme contrattuali flessibili regolate dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa alle pubbliche amministrazioni (Fiorillo, 2000, 1080, Delfino, 1999, 1279). Lavoro a tempo determinato, contratti formazione e lavoro, lavoro intermittente tramite agenzia, telelavoro e lavoro a tempo parziale ora trovano un esplicito riconoscimento legislativo e vengono estesi a tutte le amministrazioni pubbliche.

Il richiamo alle norme del libro V del codice civile e alle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa consente quindi, agevolmente, di giustificare un passaggio ulteriore: la flessibilizzazione di quel modello. E quindi in definitiva di giungere alla piena legittimazione delle forme di lavoro « atipico », cioè « diversi dal tipo di contratto con cui il fattore lavoro si incorpora nell'organizzazione tradizionale della produzione, ossia il contratto di lavoro senza prefissione di termine e a tempo pieno con garanzie di stabilità » (Mengoni, 2000).

3. Impiego pubblico, rapporti « precari » e lavoro autonomo.

Nella *Age of Access* e nel mondo della *Informations and Communications Technologies* il « paradigma lavoro subordinato » è diventato « ingestibile » (Pedrazzoli, 1999, 104). La dottrina si interroga sulla flessibilità dei modi di impiego del lavoro, anche al di là della subordinazione. Il principio della stabilità dell'impiego e il contratto di lavoro subordinato su cui esso è stato costruito sono messi in crisi « al punto di travolgere non solo i tradizionali criteri di imputazione delle tutele, ma anche e soprattutto i criteri di legittimazione dei meccanismi di produzione capitalistici e di appropriazione del risultato del lavoro altrui » (Tiraboschi, 1999, 211).

L'avversione agli schemi contrattuali alternativi nell'uso della forza lavoro è una conseguenza diretta della unicità e della aselettività del modello del lavoro subordinato (Pedrazzoli, 1999). Dal momento che, però, l'impresa ha la necessità di strutturarsi su nuove professioni e attività le cui caratteristiche sono più vicine allo schema del lavoro autonomo che non a quello del lavoro subordinato (Montuschi, 1998, 684), il modello del lavoro subordinato lascia il posto « ad una realtà disomogenea e differenziata, la quale mal si adatta, ormai, entro i confini della norma giuridificata dal codice civile » (Perulli, 1997, 174). Al fianco dei lavoratori subordinati, che non diminuiscono, compaiono lavoratori autonomi che si avvicinano alla struttura organizzata dell'impresa. Lavoratori « fluttuanti » situati « non tanto alla periferia quanto piuttosto negli interstizi dello schema organizzativo d'impresa », il cui lavoro « può andare dalla piena subordinazione alla piena autonomia » (Accornero, 1999, 55).

La domanda che verrebbe da porsi è perché mai queste forme organizzative « atipiche » della forza lavoro, questi lavoratori fluttuanti, dovrebbero essere una peculiarità (o magari una disfunzione) del mondo del lavoro e privato e della fetta di mercato del lavoro che fa capo alle imprese di quel settore e non dovrebbero esserlo anche del settore pubblico, delle pubbliche amministrazioni, dell'impresa pubblica? Evitando di prendere posizione sulle suggestioni ideologiche implicate da questa nuova forma di precarietà è opportuno soffermarsi sull'aspetto connesso all'organizzazione del lavoro. È evidente — come si è detto —

che l'esportazione dei principi giuslavoristici in materia di lavoro pubblico deve essere temperata dal principio di specialità di disciplina tipica — senza essere specialità ontologica — che la legge stessa si premura di affiancare alla riconduzione dei rapporti di lavoro alla disciplina del codice civile e delle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa.

La riforma ha avviato un processo di armonizzazione. Un processo che è « ispirato all'obiettivo di estendere le regole privatistiche sui rapporti di lavoro, in modo non meccanico ma coerente con la valorizzazione dell'autoorganizzazione amministrativa efficiente ed efficace » (Zoppoli, 1999, 111).

Lo stesso deve dirsi per i principi che informano l'organizzazione pubblica. Anche se i principi della organizzazione « bassa » o « micro » (Carinci, 2000) (quelli, cioè, che non attengono alle linee fondamentali di organizzazione degli uffici, agli uffici di maggiore rilevanza e alle dotazioni organiche complessive) sono quelli dell'impresa privata, reggendosi sui poteri che « gli organi preposti alla gestione » assumono con « i poteri e le capacità del privato datore di lavoro » (art. 4 comma 2, d.lgs. n. 29/1993), il datore di lavoro pubblico non è, necessariamente, in tutto e per tutto l'imprenditore come organizzatore o come « innovatore » in senso schumpeteriano (v., Vardaro, 1989, 238, ma 1986). Perché resta comunque vincolato, dall'esterno, dalle norme pubblicistiche che definiscono l'organizzazione « macro » o « alta » al fine di assicurare « il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione » (art. 97 Cost.).

L'amministrazione pubblica non è libera di gestire il fattore lavoro nel modo in cui lo è l'impresa privata. Ma ciò non toglie che, entro i limiti in cui agli organi preposti alla gestione sia consentito muoversi in uno spazio relativamente libero ove sono definite le sole *guide-lines*, con i poteri e le capacità dei poteri del privato datore di lavoro essi provvedano ad organizzare il fattore lavoro nel modo più vario e, in definitiva, più confacente al raggiungimento dei risultati.

Questa è la logica dell'attivazione dei circuiti di responsabilità che sta dietro al d.lgs. n. 29/1993 (Liso, 2000, 181). La riforma è disegnata sull'idea che ad ogni ruolo corrisponda una specifica forma di responsabilità così da attivare una sorta di circolo virtuoso. Al fianco dei circuiti utenti/amministrazioni (dove è valorizzata la posizione degli utenti nei confronti dell'amministrazione) e politica/amministrazione (dove sono separati compiti e « invasioni » dell'una rispetto all'altra ed è, quindi, separata la responsabilità), il circuito più significativo è proprio quello « che dovrebbe vedere la dirigenza impegnata a cascata, per il raggiungimento degli obiettivi prefissatigli » (Liso, 2000, 183). Il modulo privatistico consente di attribuire maggiori responsabilità di gestione rispetto all'andamento dell'« impresa » pubblica, perché — si ritiene — « l'adozione del modulo privatistico dei rapporti di lavoro — implicando, in linea teorica, il conferimento alla dirigenze di una posizione di maggiore autonomia (e quindi potere) e consentendo condizione di gestione più flessibile del personale — crei condizioni idonee ad agevolare la dirigenza nel raggiungimento degli obiettivi che le sono stati prefissati e quindi a consentirle di rispondere del proprio operato » (Liso, 2000, 183).

Per tornare alla domanda posta in precedenza, bisogna chiedersi se esistono altri ostacoli alla utilizzazione di tutte le forme di lavoro atipiche che consentano la migliore « adattabilità » nella gestione della forza lavoro, posto che, astrattamente, dal lato del potere datoriale e delle prerogative manageriali di ostacoli sembrerebbero non essercene.

I dirigenti sono responsabili della gestione ed hanno quindi facoltà di manovra certamente ampie. Prova ne sia anche il fatto che, ben prima della privatizzazione e della attivazione dei circuiti di responsabilità operata dal d.lgs. n. 29/1993 e dei principi di verifica dei risultati e di responsabilità dirigenziali (artt. 20 e 21, su cui si rinvia a Boscati, 2000), la giurisprudenza contabile era solita imputare la responsabilità della attività di gestione della forza lavoro ai dirigenti o a figure equiparate della pubblica amministrazione (8).

note

(8) Ad esempio C. conti, sez. giur. reg. Sicilia, 19-06-1987, n. 1624, in *RCDC*, 1987, 1255 riguardo alla fattispecie di assunzione straordinaria di un autista motivata con la necessità di sostituire un dipendente comunale in congedo ordinario, in cui si ritiene che debba essere rilevato un danno nel caso in cui l'esborso della somma pagata da un ente pubblico ad un soggetto assunto in via straordinaria, sia valso a retribuire una prestazione lavorativa resa per l'adempimento di compiti cui l'amministrazione avrebbe potuto facilmente provvedere mediante una diversa e più corretta utilizzazione del personale già in servizio; C. conti, sez. II, 06-07-1989, n. 143, in *FA*, 1989, 34; C. conti, sez. contr. enti, 05-04-1991, 17, per le motivate con lo stato di necessità e l'asserita inesistenza di danno per l'ente stesso, ove oltre ai profili di responsabilità, viene però precisato che un ente pubblico deve infatti improntare la propria azione ai canoni stabiliti dall'ordinamento, anche nell'ipotesi che dall'attività illegittima non derivi un danno e deve pertanto soddisfare alle esigenze operative individuate dall'organico nel rispetto del principio dell'accesso ai

In realtà, però, è proprio quella giurisprudenza contabile a darci una prima risposta. Risposta che, in verità, è anche quella di una ventennale giurisprudenza ordinaria e amministrativa (9). D'ostacolo al modello contrattuale non *standard* è la parabola che il lavoro « atipico » ha avuto nell'impiego pubblico.

In periodo *ante* riforma, al di fuori del personale di ruolo in pianta stabile (personale indiscutibilmente *subordinato* o in uno *status di sudditanza speciale* per dirla con le parole di Santi Romano, 1898), esistevano molti altri tipi di rapporto di lavoro. Non una, ma molte forme di rapporti atipici, definiti dalla legislazione con i termini più vari. Una serie di rapporti di lavoro « tra loro assai diversi quanto ad origine, contenuto e ed effetti giuridici (Rusciano, 1978, 268). Si trattava di rapporti che le pubbliche amministrazioni utilizzavano per il personale « straordinario », cioè non di ruolo, a prescindere dalla riconducibilità dello specifico rapporto ad un vincolo negoziale instaurato con l'amministrazione. Quindi rapporti contrattuali e non, forme di « avventiziato », di lavoro temporaneo o a termine (cfr. Loy, 1979, 119, per una esauriente indagine sulle diverse tipologie e anche Iacono, 1993). C'era, inoltre, una certa diffusione di « rapporti di lavoro giuridicamente anomali, solitamente inquadrati nell'area della collaborazione coordinata e continuativa, ma in realtà veri e propri rapporti di lavoro dipendente, definiti con le terminologie più variopinte (notulisti, gettonati, letturisti) particolarmente diffusi in alcuni settori (enti locali, sanità, università) talvolta addirittura introdotti o promossi dal legislatore nel contesto di operazioni riformatrici » (Ferraro, 1999, 20).

L'ostacolo principale alle forme atipiche di rapporti di lavoro era allora proprio quello legato al peculiare ruolo del « precariato » presso le amministrazioni pubbliche. Del tutto, o quasi, slegato dalle esigenze di flessibilità di gestione della manodopera o da eccezionali e transitorie necessità legate alla produzione, il lavoro temporaneo, e più in generale il lavoro atipico, è sempre stato strumento sfruttato per dar vita ad aspettative di *status* (Zoppoli, 1993, 120). Uno strumento che ha dato luogo a forme di privilegio, ma anche a forme di sfruttamento della forza lavoro (Rusciano, 1978, 269). Comunque uno strumento *clientelare*, utile a consentire successivi condoni *ex lege* ovvero *ope iudicis* con immissione in massa dei c.d. precari nei ruoli organici (10), fenomeno da sempre stigmatizzato dalla dottrina (Rusciano, 1978, Loy, 1978, Zoppoli, 1993, Iacono, 1993). Il rapporto di lavoro atipico, instaurato con la pubblica amministrazione più o meno fraudolentemente, consentiva in sostanza di accedere all'impiego scavalcando la regola del concorso pubblico e il problema della vacanza del posto in organico.

Inizialmente la giurisprudenza ha tentato di limitare queste possibilità di ingresso anomalo nel pubblico impiego. *Sia* con riguardo a rapporti sorti sulla base di un vincolo negoziale riconducibile al lavoro autonomo (appalti, contratti d'opera, convenzioni) *sia* per il caso di rapporti a termine illegittimamente costituiti i prorogati era solita escludere la conversione del rapporto, giustificando la disparità tra impiego privato e impiego pubblico proprio con la necessità di evitare, meccanismi clientelari, e l'instaurazione di rapporti di impiego pubblico pregiudizievole per la stessa pubblica amministrazione (11). Più avanti, però, sulla scia dell'elaborazione degli « indici » rivelatori della subordinazione ad opera della Corte di Cassazione, la giurisprudenza — anche quella amministrativa — ha cominciato a considerare che fossero indici rivelatori dell'impiego pubblico, a prescindere dalla qualificazione formale, la natura delle prestazioni dirette al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente, lo stabile inserimento del soggetto nell'organizzazione dell'ente, la fissazione di un orario di lavoro, la retribuzione predeterminata e la subordinazione gerarchica con l'assog-

note

pubblici impieghi mediante concorso, sanzionato a livello costituzionale, in *RCDC*, 1991, fasc. 2, 34; C. conti, sez. giur. reg. Calabria, 13-10-1992, n. 13/ per il caso in cui deliberazioni di conferma con cadenza trimestrale di prestatori d'opera impegnati in lavori condotti in economia hanno trasformato un saltuario rapporto di diritto privato in un rapporto di pubblico impiego a tempo indeterminato in violazione del « blocco delle assunzioni » disposto con varie norme intese a contenere l'espansione della spesa pubblica per il personale, in *RCDC*, 1992, fasc. 5, 146; C. conti, sez. giur. reg. Puglia, 06-05-1993, n. 29 ove è affermato il principio del danno per la finanza locale e la responsabilità sia degli amministratori che hanno operato la conferma in servizio sia di quelli che, successivamente, non hanno licenziato i dipendenti illegittimamente assunti ed hanno agli stessi riconosciuto l'intera anzianità pregressa derivante della conferma in servizio, in *RCDC*, 1993, fasc. 3, 145.

(9) Vedi per i riferimenti, oltre alle note 6 e 7, Zoppoli, 1993, 131, nt. 12.

(10) Rusciano (1978, 269) ricorda la vicenda dei « ruoli speciali transitori » in cui furono inseriti, pochi giorni prima delle elezioni del 1948 oltre duecentomila avventizi che furono poi assorbiti gradualmente nei ruoli delle amministrazioni statali.

(11) Vedi per esempio la sentenza della Corte Costituzionale n. 40/1986, in *RGL*, 1987, II, 366.

gettamento al potere disciplinare dell'amministrazione. Per accertare la reale natura del rapporto di lavoro, i giudici hanno fatto spesso riferimento alle sue caratteristiche senza dare eccessiva rilevanza alla stabilità dello stesso, prescindendo sia dalla normativa settoriale specifica, sia dagli elementi formali potevano essere concorso pubblico per l'accesso o atto di nomina (12).

A parziale temperamento di tali conclusioni, a partire dagli anni novanta, la giurisprudenza ha cominciato ad interpretare la sanzione della nullità — comminata da numerosissime disposizioni di legge — degli atti che stabiliscono la costituzione di rapporti di pubblico impiego fuori dai casi previsti dalla legge e dal reclutamento mediante pubblico concorso, in senso tecnico e civilistico, ossia come nullità imprescrittibile e insanabile (13). Principio, questo, che spiega agevolmente quale sia la *ratio* dello stesso art. 36 d.lgs. n. 29/1993 ove al comma 8 è previsto che « le violazioni di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte della pubblica amministrazione, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione ».

Non è facile trarre qualche conclusione significativa su quanto si è detto. La pluralità e la eterogeneità delle forme di lavoro « atipico » considerate, da questo punto di vista è sicuramente un ostacolo. Ma se, per il passato, il problema della flessibilizzazione dei rapporti di lavoro pubblico era sostanzialmente legato all'apertura, insieme alla flessibilità, anche a contemporanee aspettative di *status*, il futuro dovrebbe aprire nuove possibilità. Il passaggio dallo *status* al contratto consente di leggere le norme delle due leggi di delegazione (la n. 421/1992 e la n. 59/1997) e quelle del decreto legislativo n. 29/1993 come una razionalizzazione ed insieme una rivitalizzazione della flessibilità nelle pubbliche amministrazioni.

Il tendenziale obiettivo di recupero dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, filo rosso di tutte le riforme dell'amministrazione degli anni novanta, e la riscrittura in senso privatistico delle regole sulla organizzazione non possono che condurre ad escludere che il modello scelto a questo fine dal legislatore sia quello del lavoro subordinato nell'impresa, stabile e a tempo pieno con punto o poco margine di variazione. Per questo l'esplicito riferimento contenuto nell'art. 36 del d.lgs. n. 29/1993 alle forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, assume un significato simbolico ed è apparso alla dottrina quantomai opportuno se pure ripetitivo del principio di carattere generale contenuto nelle leggi delega e nell'art. 2 comma 2 del d.lgs. n. 29/1993 (Fiorillo, 2000, 1080). Perché rappresenta una ulteriore conferma dell'auspicato progressivo avvicinamento dei due settori.

Non c'è da stupirsi, in questa logica, che la materia delle tipologie contrattuali flessibili (tempo determinato, *part-time*, contratti « formativi » e lavoro interinale (14)) sia demandata dal legislatore dalla legge alla disciplina della contrattazione collettiva. Perché l'autonomia, in particolare quella collettiva, rappresenta — non solo nel settore pubblico dove basta guardare ai nuovi sistemi di classificazione del personale — una « risposta innovativa, in chiave di adeguamento del sistema normativo alla domanda sociale di flessibilità delle regole del rapporto e del mercato del lavoro e perciò, alle esigenze — e ai valori — provenienti dall'autonomia privata » (Ghera, 1996, 124). Senza che, d'altra parte, il richiamo alla contrattazione collettiva, attribuisca a questa una competenza esclusiva in materia. La possibilità di utilizzare i rapporti di lavoro flessibile non viene subordinata, cioè, alla presenza di apposite disposizioni dei contratti collettivi (Liso, 2000c).

Resta da chiedersi se l'individuazione per il settore pubblico di un modello contrattuale generale, quello del lavoro subordinato nell'impresa, comporti o meno la scomparsa delle varianti alternative a modello, il venir meno di tutti quei rapporti pseudo-atipici, inquadrabili in uno schema pubblicistico ovvero contrattuale. Non è solo un problema legato alla

note

(12) C. Stato, sez. V, 04-11-1994, n. 1246; C. Stato, sez. V, 26-06-1992, 585, in *GI*, 1993, III, 1, 7; C. Stato, sez. V, 27-09-1991, n. 1192, in *RA*, 1991, 185; C. Stato, sez. V, 23-04-1991, n. 641/1991, in *FA*, 1991, 114; Cass., 28-01-1988, n. 748; Cass., 02-04-1984, 2148, in *PS*, 1984, 141.

(13) Recentemente C. Stato, sez. V, 01-12-1997, n. 1459, in *FA*, 1997, 3062. C. Stato, sez. V, 06-04-1998, n. 424, in *FA*, 1998, 1050; C. Stato, sez. V, 08-02-1997, n. 145, in *CS*, 1997, I, 219. Ma già C. Stato, Ad. Plen., 29-2-1992, nn. 1 e 2, in *CS*, 1992, I, 133 e C. Stato, Ad. Plen., 5 marzo 1992, nn. 5 e 6, in *CS*, 1992, I, 341.

(14) Lavoro interinale che, è opportuno ricordare, entra in tensione con la fattispecie lavoro subordinato dell'art. 2094 c.c., tanto da avere portato qualcuno a ritenere che ne sia estraneo e sia accostabile, invece, al contratto bimestre o di « co-employment », cfr. Tiraboschi, 1999, 342. Considerazione, questa, che potrebbe condurre agilmente alla giustificazione delle forme flessibili di lavoro anche fuori dall'area della subordinazione.

uniformazione della disciplina all'interno dell'area del lavoro pubblico, che pure sembra necessario risolvere. È, anche, una difficoltà connessa alle varianti dello schema classico, ai rapporti atipici « veri e propri » che il nuovo legislatore ha disegnato, in coerenza con il settore privato, armonici rispetto alla fattispecie generale.

Secondo alcuni (Iacono, 1993a, 151 e Pilati, 1996, 235) la riforma del rapporto di lavoro pubblico non avrebbe eliminato il pluralismo tipologico che caratterizza da sempre l'impiego pubblico e non avrebbe neppure, con il nuovo « tipo », voluto escludere le varianti alternative di diversa natura e disciplina. Nessuna, delle preesistenti discipline settoriali, infatti, è stata espressamente abrogata dal d.lgs. n. 29 del 1993. È vero, però, che il decreto ha adottato, oltre alla consueta formula abrogativa « sono abrogate le disposizioni incompatibili con il presente decreto e in particolare... » (art. 74), anche meccanismo transitorio (art. 72) secondo il quale « le norme generali e speciali del pubblico impiego » sono « inapplicabili » a seguito della stipulazione dei contratti collettivi di comparto in relazione ai soggetti e alle materie dagli stessi contemplati ». E comunque « le disposizioni vigenti cessano in ogni caso di produrre effetto dal momento della sottoscrizione, per ciascun ambito di riferimento, del secondo contratto collettivo ».

Sembrerebbe di intendere – il meccanismo è tanto complesso e la disciplina previgente così vasta e frammentata che è stata necessaria una delega (art. 8, l.n. 50/1999) per la predisposizione di un Testo Unico in materia di impiego pubblico per una ricognizione della disciplina in vigore e applicabile ai rapporti di lavoro (Carinci, Zoppoli, 2000, 5 ss.) — che con la stipula del secondo contratto collettivo per ogni comparto o area pubblica, le disposizioni non compatibili con quanto stabilito nel d.lgs. n. 29/1993 e nei contratti collettivi siano destinate a perdere ogni efficacia. Ora che sta per concludersi il periodo transitorio e i contratti collettivi sono ampiamente intervenuti in materia si potrebbe ipotizzare l'operatività del meccanismo di abrogazione previsto dall'art. 72 anche rispetto alle modalità di accesso e alle tipologie contrattuali previste dal d.lgs. n. 29/1993 e attuate dalla contrattazione collettiva. Se così non fosse, relativamente alle materie connesse alla flessibilità, alle tipologie contrattuali, ai modelli organizzativi della forza lavoro, dei principi di razionalizzazione e armonizzazione sottesi alla privatizzazione del lavoro pubblico resterebbe nella pratica ben poco.

4. Collaborazione coordinata e continuativa e amministrazioni pubbliche.

Un discorso a parte meritano le collaborazioni coordinate e continuative, cioè, spingendosi oltre il lavoro subordinato, le prestazioni prevalentemente personali di lavoro autonomo (collaboratori, consulenti, prestatori d'opera) definite come rapporti di « parasubordinazione ». La vicenda, anche nel settore pubblico come per il settore privato, è nata come vicenda processuale. Con la particolarità — non di poco conto — che nel lavoro pubblico la giurisprudenza ha incrociato la « parasubordinazione » come questione di giurisdizione anziché di competenza.

È noto, infatti, che prima del 30 giugno 1998, giorno in cui secondo la previsione dell'art. 68 del d.lgs. n. 29/1993 tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici sono state attribuite al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro, la giurisdizione per i rapporti di impiego pubblico era quella amministrativa esclusiva e, invece, quella ordinaria per i rapporti « parasubordinati » e per i rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici ed altri rapporti di lavoro pubblico non devoluti alla giurisdizione amministrativa (art. 409, nn. 3 e 5 c.p.c.).

L'anomalia dei rapporti inquadrati nell'area della parasubordinazione — che la giurisprudenza non ha esitato talvolta a definire (impropriamente) *tertium genus* tra lavoro autonomo e lavoro subordinato (15) — è stata addirittura duplice, perché tali rapporti si sono trovati in bilico non solo tra autonomia e subordinazione ma anche tra diritto privato e diritto pubblico. Cosa, questa, che costituisce conferma della particolare rilevanza attribuita alla qualificazione del rapporto nell'area del lavoro pubblico.

La casistica giurisprudenziale da questo punto di vista è notevolmente ampia (16). Larga

note

(15) Recentemente per esempio Cass., Sez. un., 10-04-1997, n. 3129, inedita; ma già negli stessi termini Cass., 20-03-1985, n. 2033, in *FI*, 1985, I, 1652.

(16) La casistica è varia. Sono stati, per esempio, qualificati come tali dalla giurisprudenza il lavoro dei medici incaricati presso gli istituti di prevenzione e pena da Cass., sez. un., 17-12-1998, n. 12618; il rapporto tra usl ed un

parte della giurisprudenza ha utilizzato la nozione a scopo cautelativo. La categoria della « parasubordinazione » è emersa non tanto allo scopo di proteggere alcuni lavoratori autonomi in considerazione della loro debolezza socio-economica (Santoro Passarelli, 1979), ma, semmai, per escluderne l'ingresso nell'area del lavoro subordinato che, in questo caso, coincideva con l'area dello *status* di dipendente pubblico. La nozione, cioè, ha costituito un appiglio teorico per la giurisprudenza, consentendo di escludere che potessero essere qualificate come subordinate (e quindi di impiego pubblico) prestazioni di lavoro autonomo in cui potevano rintracciarsi, nel « coordinamento » effettuato dall'amministrazione, ampi poteri di direttiva, di controllo e *lato sensu* disciplinari (17).

Non per questo deve essere disconosciuto quell'effetto *sistemático* che alla elaborazione della nozione di lavoro « parasubordinato » è stata attribuita dalla dottrina (Dell'Olio, 1999, 25). Merita di essere ricordata, sotto questo aspetto, la vicenda dei medici in regime di convezione con il servizio sanitario nazionale che risale all'art. 48 della legge n. 833/1978 (anche se, in verità, bisognerebbe andare ancora indietro fino alla Convenzione del 1955 tra INAM e la Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici ed è opportuno precisare che, sul punto, è intervenuto l'art. 8 del d.lgs. n. 502 del 1992 che — in linea con l'impostazione « privatistica » e l'armonizzazione dei rapporti di lavoro del settore pubblico della legge delega n. 421/1992, la stessa del d.lgs. n. 29/1993 — con lo scopo di assimilare il più possibile tali rapporti a quelli di lavoro autonomo, ha disposto la cessazione degli istituti normativi riconducibili, direttamente o indirettamente, al rapporto di lavoro dipendente).

note

medico convenzionato con il servizio sanitario nazionale da Cass., sez. lav. 24-06-1999, n. 6538; Cass., sez. un., 23-12-1997, n. 13023, in *GI*, 1998, 1935; C. Stato, sez. V, 29-10-1994, n. 1225; Cass. 16-06-1993, n. 6702; un autista di scuolabus per un rapporto con un Comune da C. Stato, 12 giugno 1997, n. 622; soggetti che svolgono in regime convenzionale il servizio di guardia medica Cass., sez. lav., 2-06-1999, n. 5414; Cass., sez. lav., 21-01-1998, n. 531, Cass., 24-06-1995, n. 7181; il rapporto che non presenti il requisito della subordinazione gerarchica tra un generico operatore e una struttura sanitaria pubblica da C. Stato, sez. V, 18-01-1996, n. 64, in *GI*, 1996, III, 1, 698; il rapporto fra un Comune ed un avvocato, avente ad oggetto la trattazione — ad opera di quest'ultimo, che si avvalga della propria organizzazione di studio — di una serie indeterminata di affari interessanti l'ente locale o i suoi dipendenti, da Cass., sez. un., 20-12-1993, n. 12601/1993; l'espletamento di compiti — definiti con convenzione annualmente rinnovata tra comune e soggetto privato — di utilizzo della piscina comunale per lo svolgimento di corsi di nuoto con tutte le connesse incombenze (controllo dell'impianto natatorio, analisi delle acque, controllo igienico dei bagnanti) da TAR Lazio, sez. II, 25-05-1992, n. 1383, in *TAR*, 1992, I, 2438; il rapporto di agenzia da C. Stato, sez. VI, 08-01-1991, n. 10. E ancora i rapporti convenzionali « a gettone », stabiliti fra usl e liberi professionisti (nella specie, biologi) che pur essendo caratterizzati non di rado da alcuni elementi tipici del rapporto di pubblico impiego (predeterminazione della retribuzione, osservanza di turni di lavoro, esistenza di direttive di coordinamento, conseguenti all'inserimento nell'ambito di uffici e servizi pubblici), non si identificano con detti rapporti, da TAR Campania, sez. II, 23-06-1987, 255, in *TAR*, 1987, I, 3003.

(17) Per esempio è compatibile con un rapporto di lavoro autonomo « parasubordinato » l'obbligo di svolgere le proprie mansioni secondo un orario prestabilito (e quindi con l'osservanza di un orario di servizio) e direttive impartite dai responsabili dei vari servizi secondo C. Stato, sez. V, 06-12-1994, n. 1459, in *Ragiusan*, 1995, fasc. 131, 176; un'attività lavorativa espletata continuativamente e con l'osservanza di prescrizioni e direttive dettate dall'amministrazione, secondo TAR Emilia-Romagna, sez. II, 21-02-1996, n. 40/1996, in *FA*, 1996, 3000; la presenza stabile e continuativa all'interno della amministrazione e l'utilizzazione della prestazione nell'ambito dello schema organizzativo dei servizi secondo orari predeterminati secondo C. Stato, sez. V, 29-10-1994, n. 1225 in *Ragiusan*, 1995, fasc. 129, 255; la soggezione ad un orario di lavoro e a ordini di servizio secondo C. Stato, sez. V, 22-02-1993, n. 274, in *CS*, 1993, I, 204 (m); l'obbligo di un professionista di assumerne gli incarichi via via affidatigli o di partecipare a riunioni presso l'amministrazione pubblica, per riceverne direttive ed istruzioni, secondo Cass., sez. un., 20-12-1993, n. 12601, in *FI*, 1994, I, 416; l'insediamento nelle strutture sanitarie pubbliche, la turnazione dell'attività lavorativa, la predisposizione, a cura dei responsabili del servizio, di indirizzi e criteri per l'espletamento dell'incarico, la predeterminazione di orari di lavoro, il controllo sulle assenze, secondo C. Stato, sez. V, 01-04-1993, n. 456, in *CS*, 1993, I, 532; l'espletamento di compiti di utilizzo della piscina comunale per lo svolgimento di corsi di nuoto con tutte le connesse incombenze (controllo dell'impianto natatorio, analisi delle acque, controllo igienico dei bagnanti), ove dalla accordo con il lavoratore risulti che non difetta una sfera di autonoma discrezionalità del prestatore d'opera nell'esecuzione dell'attività; che l'interessato non è stabilmente inserito nell'organizzazione dell'ente ed assoggettato al potere ordinatorio e di direttiva di impiegati di grado superiore; che non è imposta l'osservanza di un prestabilito orario di servizio nell'arco della giornata; che la corresponsione del compenso non è ancorata al parametro astratto della periodicità mensile della prestazione, ma all'utilità di volta in volta conseguita dal committente per il servizio reso; che, infine, non è stato imposto alcun vincolo di esclusività della prestazione secondo TAR Lazio, sez. II, 25-05-1992, n. 1383, in *TAR*, 1992, I, 2438; la predeterminazione dell'orario e della retribuzione su base oraria, la soggezione a direttiva, ordini di servizio e a potestà certificativa secondo C. Stato, sez. V, 15-06-1992, 556, in *CS*, 1992, I, 785; i casi caratterizzati dalla inerenza ad un mandato come i rapporti di agenzia, secondo C. Stato, sez. VI, 08-01-1991, n. 10; l'espletamento delle prestazioni entro determinati orari di lavoro e sotto la sorveglianza di personale dell'ente pubblico secondo TAR Molise, 19-04-1988, n. 48, in *TAR*, 1988, I, 2297.

Se viene ripercorso, però, l'iter seguito da quella vicenda, ci sia accorge che il legislatore, all'interno dello schema negoziale della convenzione, ha supportato con esposte e dettagliate previsioni delegate agli accordi collettivi stipulati tra amministrazione e organizzazioni sindacali la disciplina sostanziale da applicarsi ai rapporti di lavoro, così dando vita ad un peculiare *mix* tra fonte legislativa, autonomia collettiva e autonomia individuale. Le convenzioni rappresentavano, secondo la giurisprudenza, le « condizioni generali di contratto » per il medico, ed erano assimilate ad un contratto normativo preliminare di natura privatistica (Cfr. Cass. 3-02-1973, n. 354, in *FI*, 1973, I, 1815, e Cass. 10-3-1971, n. 669, in *FI*, 1971 I, 266). La legge, invece, prevedeva che le convenzioni dovessero contenere disposizioni circa l'istituzione e i criteri di formazione di elenchi unici per l'accesso, le incompatibilità, la differenziazione del trattamento economico a seconda della quantità e qualità del lavoro prestato in relazione alle funzioni, le forme di controllo sull'attività dei medici, le ipotesi di infrazione da parte dei medici degli obblighi derivanti dalla convenzione, le conseguenti sanzioni — compresa la risoluzione del rapporto convenzionale e il procedimento per la loro irrogazione (salvaguardando il principio della contestazione degli addebiti e fissando la composizione di commissioni paritetiche di disciplina) — e le forme di incentivazione le modalità per assicurare l'aggiornamento obbligatorio professionale.

La cosa più interessante, ai nostri fini, è che tali accordi, recepiti in Decreti del Presidente della Repubblica (cfr. ad esempio il D.P.R. n. 613/1996 per i medici pediatri) qualificano espressamente tutte queste prestazioni rese in regime di convezione nell'ambito del servizio sanitario nazionale come rapporti di *lavoro autonomo, coordinato e continuativo*. Salvo, poi, prevedere una disciplina sostanziale *mista*, per certi aspetti, in concreto non dissimile da quella del lavoro subordinato (incompatibilità, sospensioni del rapporto, sanzioni disciplinari e collegi arbitrali sulle relative vicende) e, per altri, vicina alla disciplina del lavoro autonomo (studio medico e attrezzature propri, possibilità di farsi sostituire, ecc.). La giurisprudenza, riconducendo questi rapporti alla categoria della « parasubordinazione », ha in realtà escluso la riconducibilità al lavoro subordinato proprio in ossequio alla qualificazione datane dalle parti in sede collettiva (18).

La perentorietà con cui la giurisprudenza ha escluso che le prestazioni rese dai medici in regime di convezione potessero essere fatte rientrare nell'area del lavoro subordinato e dovessero invece, in sintonia con quanto affermato dalle parti collettive in sede di accordo, essere mantenute nell'area del lavoro autonomo può destare qualche perplessità. Anche perché naturalmente la giurisprudenza ha fatto seguire ad una tale qualificazione alcune rilevanti conseguenze, negando, per esempio, l'applicabilità dell'art. 36, 1° comma, Cost. (Cass., 21-01-1998, n. 531; Cass., 24-6-1995, n. 7181). Non si dimentichi che « della qualificazione dei rapporti si giudica in ragione del loro svolgimento concreto » (Pera, 1998, 379) e che la Corte Costituzionale, con le note sentenze nn. 121/1993 e 115/1994 ha stabilito che neanche al legislatore sarebbe consentito « negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che *oggettivamente* abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento... ».

I dubbi non diminuiscono anche se si accolgono, sul punto, le considerazioni di chi, come Pedrazzoli, ritiene che la Corte, con le citate sentenze, non volesse intendere che in natura esistano rapporti di lavoro « ontologicamente » subordinati, ma soltanto che « al legislatore è precluso disporre che ad un rapporto, da tempo in atto, qualificabile dal giudice secondo i noti criteri per il modo del suo svolgimento di lavoro subordinato, non siano applicati i trattamenti di questo » (Pedrazzoli, 1998, 26 e 27). In questo caso, infatti, la disciplina collettiva, che peraltro è recepita in un decreto del Presidente della Repubblica, qualifica *pro futuro* determinati rapporti di lavoro che sembrerebbero possedere tutte le caratteristiche del lavoro subordinato come rapporti di lavoro autonomo, coordinati e continuativi. Quello dei medici convenzionati con il servizio sanitario nazionale resta, comunque, un caso troppo particolare per poter rappresentare un modello universale di figura di lavoratore « parasubordinato » dell'area pubblica. Anche se rimane, comunque, un esempio significativo sotto diversi aspetti. Se non altro sotto il profilo *collettivo* fornisce spunti interessanti anche in una prospettiva *de iure condendo*, mostrando abbastanza apertamente il ruolo che l'autonomia collettiva può svolgere in questo ambito soprattutto rispetto all'autonomia individuale (in tale ruolo cfr. i significativi rilievi di Scarpelli, 1999, spec. 566).

All'infuori di questa particolare vicenda, la parasubordinazione nel settore pubblico pre-

(18) Cfr. le note precedenti.

**Parasubordinazione
e lavoro pubblico**
Riccardo Salomone

senza numerosi aspetti in comune con i rapporti « precari » di cui si è parlato. Come per i rapporti di lavoro a termine, la giurisprudenza ha tentato di evitare che attraverso lo schema negoziale atipico potesse essere consentito un accesso indiscriminato all'area protetta dell'impiego pubblico scavalcando la regola costituzionale del concorso pubblico. Quanto al resto, invece, i rapporti di lavoro parasubordinato non sono mai stati trattati diversamente da quanto avviene nel settore privato. È pacifico, in particolare, come detto, che a tali rapporti non si applichi la previsione dell'art. 36 Cost. perché il compenso « non può essere riconducibile alla funzione di garanzia per i bisogni primari e di sostentamento che la retribuzione deve assicurare nei rapporti di lavoro dipendente, pubblico e privato » e che non abbia vigenza la regola di carattere eccezionale enunciata dalla giurisprudenza amministrativa per il rapporto di impiego pubblico, di irripetibilità delle somme corrisposte dall'amministrazione e percepite dai dipendenti in buona fede (Cass., 24-6-1995, n. 7181, cit.); che si applichi invece la norma di cui all'art. 429 c.p.c. (Cass., 22-7-1992, n. 8838). Recentemente, (diversamente dal settore privato, cfr. Perulli, 1996, 217 e 218 con ampi riferimenti giurisprudenziali) è stato considerato applicabile a tali rapporti anche il disposto dell'art. 2126 c.c. sulla prestazione di fatto (Cass., 2-6-1999, n. 5414).

Il legislatore, per parte sua, — in linea con l'operazione riformatrice avviata per i rapporti contrattuali flessibili dall'art. 36 del d.lgs. n. 29/1993, e in qualche modo « rassicurato » dal comma 8 dello stesso articolo che prevede che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato — ha abrogato (art. 43 del d.lgs. n. 80/1998) la previsione contenuta nell'art. 3 comma 23 della legge n. 537 del 1993 che vietava alle amministrazioni pubbliche di instaurare rapporti di lavoro autonomo per prestazioni superiori a tre mesi.

Dal punto di vista sistematico questa norma potrebbe offrire lo spunto per una ridefinizione dei confini tra lavoro subordinato e lavoro autonomo nelle pubbliche amministrazioni e la rivitalizzazione dei moduli contrattuali flessibili cui è ispirato il d.lgs. n. 29/1993 sembrerebbe con ciò completata estendendosi, fuori dall'area del lavoro subordinato, al lavoro autonomo. Prova ne sia il fatto che è ormai pratica invalsa in tutte le pubbliche amministrazioni il ricorso a forme di collaborazione coordinata e continuativa con soggetti esterni (decisamente interessanti in questo senso le esperienze della Regione Lazio, Emilia-Romagna su cui vedi *infra* par. 5, e dei Comuni di Roma e Milano su cui cfr. il progetto *Flessibilità e lavoro pubblico* in <<http://www.funpub.it/lavoroflessibile/>>).

L'apertura nei confronti della flessibilità nella utilizzazione della manodopera nell'ambito dei poteri che le pubbliche amministrazioni esercitano con i poteri e le capacità dei privati datori di lavoro trova nel decreto legislativo n. 29/1993 due ulteriori conferme a livello sistematico. È, infatti, sospinta, in generale, dalla riforma dei controlli che ha « ribaltato a favore dei controlli successivi la schiacciante dominanza in precedenza esercitata dai controlli preventivi di legittimità » (D'Auria, 200, 414) e, in particolare, da quella del rinnovato procedimento, che sostituisce il meccanismo basato sulla rilevazione dei carichi di lavoro, mediante il quale verranno definiti i fabbisogni di personale (art. 6 d.lgs. n. 29/1993) per intero demandati alle amministrazioni interessate.

La flessibilità si arresta però contro l'ostacolo eretto dall'art. 7, comma 6, d.lgs. n. 29/1993. Le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali solo ad esperti di provata competenza, per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, determinando preventivamente durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione. Questa sembrerebbe essere la regola generale, cui deve aggiungersi la precisazione che ad essa debbono essere completate dalla normativa sulle procedure di « evidenza pubblica » per il caso in cui lo schema utilizzato non sia quello dell'art. 2222 c.c. ma un contratto di appalto. La previsione finisce, insomma, per stemperare non poco l'elogio degli strumenti di flessibilità compiuto dalle leggi delega, dai decreti delegati e dallo stesso art. 7 dedicato alla gestione delle risorse umane. È vero, infatti, che essa risponde all'esigenza di evitare aggravio di spese per l'amministrazione e per impedire duplicazioni di compiti già assolti dal personale in ruolo (Paolucci, 2000, 537 e *ivi* ampi riferimenti della giurisprudenza contabile circa l'eccezionalità dell'attribuzione degli incarichi) ma, certamente, limita notevolmente i poteri di gestione delle risorse umane che, con le relative responsabilità, sono attribuiti alla dirigenza pubblica.

La scelta del legislatore non è stata, su questo punto, una scelta coraggiosa, anche in considerazione delle modifiche del testo originario del decreto che consentiva il ricorso all'incarico esterno a fronte dell'indisponibilità di *figure professionali equivalenti*. La nuova

versione ha ristretto ulteriormente i margini permettendo l'incarico nel solo caso della impossibilità di far fronte alle esigenze interne con il *personale in servizio*. Ed è noto, altresì, con quanta fermezza la Corte dei conti abbia affermato nel tempo l'eccezionalità e la straordinarietà dell'attribuzione degli incarichi disponendone altrimenti l'illegittimità (da ultimo C. conti, sez. II, 18-10-1996, n. 116, in *NRass.*, 1997; cfr. anche Paolucci, 2000, 539 con ampi rinvii giurisprudenziali; a parziale scusante della notevole restrizione, può essere utile precisare che la materia degli incarichi si trova collocata ad un snodo assai delicato, in stretto rapporto anche con i limiti posti in capo al dipendente pubblico nell'essere destinatario di tali conferimenti, alla luce delle previsioni contenute nell'art. 58 del decreto n. 29 sulle *incompatibilità*).

**Parasubordinazione
e lavoro pubblico**
Riccardo Salomone

5. Le prospettive aperte dalla contrattazione collettiva in vista di una legge sulla tutela dei lavori « atipici ».
Osservazioni conclusive.

Pur con le segnalate resistenze alla flessibilità che permangono a caratterizzare il sistema del lavoro pubblico non solo all'interno ma soprattutto fuori dallo schema del lavoro subordinato, in quest'area si aprono numerose aspettative. Sono note, sul versante sindacale, le prime esperienze di accordi collettivi siglati tra amministrazioni pubbliche e organizzazioni dei « collaboratori coordinati e continuativi ». Si tratta, per citare alcuni recenti e significativi esempi, del Protocollo di Intesa sul lavoro parasubordinato siglato il 13 settembre 1999 tra la Regione Lazio e Nidil-Cgil, Alai-Cisl e Cpo-Uil di Roma e del Lazio, di quello con la Giunta della Regione Emilia Romagna del 14 febbraio 2000 e dell'Accordo sottoscritto dalle stesse organizzazioni sindacali con il Comune di Cattolica e siglato dall'Ufficio Provinciale del lavoro e dalla rappresentanza del personale dell'ente (cfr. per altri Accordi sottoscritti nel 1998 anche Scarpelli, 1999, 563).

Simili esperienze, che sembrano dare nuova spinta alle logiche della solidarietà collettiva un tempo lontane dagli schemi di lavoro atipico (Tiraboschi, 1996, 548), possono, per il futuro, contribuire ad « assistere » l'autonomia individuale col predisporre « contenuti minimi » dei contratti e soprattutto a spostare gli equilibri (tanto dibattuti in sede dottrinale e progettuale, cfr. Biagi, Tiraboschi, 1999) legati alla qualificazione dei rapporti di lavoro, ricollocandoli dalla sede legislativa e giudiziaria alla sede sindacale in vista, forse, del meccanismo di *certificazione* dei rapporti (in questa prospettiva vedi le osservazioni critiche di Scarpelli, 1999, 563). Per il presente, l'effetto è più che altro quello di razionalizzazione e di controllo del personale « precario » in entrata; poiché gli accordi si risolvono spesso in dichiarazioni di intenti o in una programmazione di attività future piuttosto che esplicitarsi in concrete proposizioni normative (esemplificativo è l'Accordo siglato tra la Giunta Regionale dell'Emilia Romagna e le organizzazioni sindacali degli « atipici » nel quale la Giunta assume un generico impegno all'apertura di un tavolo di confronto con le organizzazioni sindacali firmatarie per esaminare il quadro dei rapporti di collaborazione attivati direttamente dall'Ente Regione, dagli Enti e dalle società partecipate, sui cfr. le puntuali considerazioni di Bacchiega, 2000).

Meritano di essere segnalate, comunque, alcune norme che — specie se messe in relazione con il disegno di legge n. 5651 sui lavori « atipici » (sostitutivo, solo quanto a numerazione, del ddl n. 2049 approvato in Senato) ora al vaglio della Camera — possono offrire interessanti spunti di riflessione. Davvero innovativa, per esempio, è l'istituzione della *Commissione Bilaterale Permanente* (nell'Accordo tra Regione Lazio e Nidil, Alai e Cpo) per la progettazione della attività di formazione dei prestatori coordinati e continuativi e per la « formalizzazione » delle relazioni sindacali, con il compito, tra l'altro di monitorare e vigilare sulle prestazioni di lavoro parasubordinato svolte direttamente con la amministrazione ovvero con i soggetti vincitori di gare d'appalto controllando quantità e mansioni di tali prestatori ai fini dell'applicazione delle norme contrattuali, previdenziali e fiscali.

L'accordo siglato tra organizzazioni sindacali e Comune di Cattolica, poi, per certi versi è addirittura anticipatore di quanto contenuto nel ddl approvato al Senato oltretutto rispettoso dei vincoli posti alla utilizzazione della manodopera flessibile « esterna » dall'art. 7 del d.lgs. n. 29/1993. L'accordo, infatti, definisce regole solo per figure le cui professionalità non sono presenti nella pianta organica dell'ente, rende possibile l'esercizio di alcuni diritti sindacali (elezione di propri rappresentanti, diritto alle assemblee e sciopero), prevede possibilità e tempi del recesso, definisce un compenso di base, pari o superiore, al compenso lordo complessivo di un dipendente con mansioni assimilabili; inoltre regola le assenze, nei casi di impegni legati a tempi ed orari definiti, per malattia, infortuni, necessità personali e

**Parasubordinazione
e lavoro pubblico**
Riccardo Salomone

in ogni caso per le assenze dovute alla maternità. Certo, alcune scelte operate dai sottoscrittori potrebbero essere discutibili, come lo sono quelle operate dal disegno di legge approvato al Senato; ad esempio, il fatto che il compenso del collaboratore sia parametrato su quello di un dipendente con mansioni assimilabili (su cui da ultimo v. Liso, 2000, che si chiede « come possa funzionare il parametro quando la prestazione dedotta in contratto venga apprezzata in funzione del risultato e non del tempo impiegato per raggiungerlo ») e altre sembrerebbero contrastare in radice con i capisaldi del d.lgs. n. 29/1993 (che dire, della stessa legittimazione a contrattare delle organizzazioni sindacali o delle previsioni sui diritti sindacali che nella struttura del decreto di « privatizzazione » sono attribuiti ai dipendenti sulla base di una rappresentatività misurata da minuziosi e delicatissimi meccanismi legislativi? — artt. 47 e 47-bis —; o dei rapporti tra contrattazione di diverso livello — art. 45 —?).

Il tentativo merita di essere apprezzato soprattutto per una ragione. Perché non considera il lavoratore coordinato e continuativo come « un lavoratore sottoprotetto e di bassa qualificazione, bisognoso di essere assistito “contro” il suo datore di lavoro, secondo il tradizionale modello di disciplina del lavoro subordinato » (Liso, 2000a e nello stesso senso già Montuschi, 1998, spec. 693). Anzi quello dell'accordo è un lavoratore di professionalità elevata che ha bisogno di tutela limitata nel corso del rapporto, che spesso recede anticipatamente dal contratto per sua convenienza (come dimostra l'indagine empirica svolta sulle collaborazioni coordinate e continuative presso comuni di Milano e Roma cfr. i dati riportati da <http://www.funpub.it/lavoroflessibile>) e per il quale sono necessarie tutele differenziate da quelle previste per il lavoro subordinato *standard* (e infatti l'Accordo regola l'esercizio della « pluricommitenza » e chiarisce il rapporto tra committente e collaboratore per la messa a disposizione dei mezzi dell'impresa e per il rimborso delle spese). Da ultimo è d'uopo notare che l'accordo non prevede alcun meccanismo « sanzionatorio » ispirato alla logica della conversione del contratto nello schema di cui all'art. 2094 c.c. E ciò è naturale, se è vero che nei rapporti con la pubblica amministrazione la logica tendenziale — come visto — è pur sempre quella di evitare l'accesso incondizionato all'area del lavoro subordinato e dello *status* di dipendente pubblico scavalcando la regola del concorso.

Forse sarebbe opportuno che il futuro legislatore facesse tesoro di queste esperienze e tenesse conto delle « specialità » che caratterizzano il lavoro con le pubbliche amministrazioni anche riguardo alle collaborazioni coordinate e continuative. Basti il riferimento del tutto esemplificativo ai diritti sindacali, ai diritti di informazione e al meccanismo sanzionatorio di conversione del rapporto per comprendere quanti adattamenti sarebbero opportuni per rendere applicabile il disegno di legge anche all'area del lavoro pubblico. Né, se venisse approvata una legge sul lavoro « atipico », è lecito immaginare che il lavoro pubblico possa esserne escluso e continuare a navigare a vista (19) costringendo ad argomentare da principi generali, sfruttare normative settoriali o appoggiarsi ad accordi collettivi pilota. Le amministrazioni pubbliche devono essere messe nelle condizioni di utilizzare lo schema del lavoro autonomo senza esercitare i poteri di supremazia del contratto di lavoro subordinato (come d'altra parte i lavoratori parasubordinati del settore pubblico hanno diritto ad una adeguata tutela). L'armonizzazione con il privato e il coordinamento con la disciplina del d.lgs. n. 29/1993 sembrano inevitabili, anche in una prospettiva europea di « emersione » dei lavoratori parasubordinati. La legge o l'Aran dovranno trovare il modo.

note

(19) Chiarissime sono in questo senso le preoccupazioni espresse dal Direttore Generale del Comune di Roma che possono essere lette in <http://www.funpub.it/lavoroflessibile/files/opinioni.html>.

Accornero A. (1999), *L'ultimo tabù, Lavorare con meno vincoli e più responsabilità*, Laterza.

Arcuri F.P., Ciaccia C. (1994), *Pubblica Amministrazione e cambiamento organizzativo*, Angeli.

Bacchiaga F. (2000), *Lavoro parasubordinato ed autonomia collettiva: il caso della Regione Emilia-Romagna*, in *q. Rivista*,

Berti G. (1996), *Le antinomie del diritto pubblico*, in *RTDP*, 273 ss.

Biagi M., Tiraboschi M., (1999) *Le proposte legislative in tema di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno « Statuto dei lavori »*, in *LD*, 571 ss.

Borgonovi E. (1996), *Principi e sistemi aziendali per le Amministrazioni Pubbliche*, EGEA.

Boscati A. (2000), *Verifica dei risultati. Responsabilità dirigenziali*, in Carinci, D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, *Commentario*, Giuffrè, 787 ss.

Carinci F. (1993), *Contratto e rapporto individuale di lavoro*, *DLRI*, 654 ss.

Carinci F. (2000), *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, LXXI ss, in Carinci, D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, *Commentario*, Giuffrè.

Carinci F., Zoppoli L. (2000), *Progettando il testo unico sul pubblico impiego*, in *LPA*, 1, 5 ss.

D'Alberti M. (1975), *Note sui rapporti di impiego pubblico a contratto*, in *RTDP*, 554 ss.

D'Antona M. (1998), *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle « leggi Bassanini »*, in *LPA*, 35 ss.

D'Auria G. (2000), *I controlli amministrativi*, in Carinci, D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, *Commentario*, Giuffrè, 409 ss.

Delfino M. (1999), *Sub art. 36, II*, in *NLCC*, N. 5-6, 1279 ss.

Dell'Olio M. (1999a), *Intervento alle giornate di studio di Diritto del Lavoro di Trento*.

Dell'Olio M. (1999b), *Istituti di flessibilità: tempo parziale, tempo determinato, mansioni*, in De Martin G.C. (a cura di), *Il nuovo assetto del lavoro pubblico*, Angeli.

Dell'Olio M. (1999c), *L'evoluzione della subordinazione nell'esperienza italiana*, 21 ss, in *Le trasformazioni del lavoro, La crisi della subordinazione e l'avvento di nuove forme di lavoro*, Angeli.

Domberger S., Jensen P. (1997), *Contracting out by the public Sector: Theory, Evidence, Prospects*, in *OREP*, 13, 4, 67 ss.

Ferraro G. (1999), *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, Atti delle giornate di studio di Diritto del Lavoro di Salerno, 3 ss.

Fiorillo L. (2000), *Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili*, in Carinci, D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle*

amministrazioni pubbliche, *Commentario*, Giuffrè, 1029 ss.

Ghera E. (1996), *La flessibilità, variazioni sul tema*, in *RGL*, 123 ss.

Ghezzi G. (1996), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e la ridefinizione delle fonti*, in *DLRI*, 265 ss.

Iacono B. (1993a), *La tipologia dei rapporti di lavoro*, in Rusciano, Zoppoli (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli.

Iacono B. (1993b), *Ruoli organici e lavoro temporaneo*, in Rusciano, Zoppoli (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Il Mulino.

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 di Diritto del Lavoro di Trento*.

Liso F. (2000a), *Brevi note a proposito dell'iniziativa legislativa in materia di lavori atipici*, in <http://www.unicz.it/lavoro/lavoro.htm>.

Liso F. (2000b), *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in Carinci, D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, *Commentario*, Giuffrè, 177 ss.

Liso F. (2000c), *Brevi note sull'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 29/1993 e sulla nuova disciplina del lavoro tempo parziale*, in <http://www.funpub.it/lavoroflessibile/files/opinioni/franco-liso.html>.

Loy G. (1978), *Le vicende dello straordinario nella pubblica amministrazione (in particolare i contratti a tempo determinato)*, in *RGL*, I, 115 ss.

Maresca A. (1996), *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro e il sistema delle fonti*, in *DLRI*, 187 ss.

Mengoni L. (2000), *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, *Relazione alle giornate di studio di Diritto del Lavoro di Ferrara*, in <http://www.univr.it/aidlass/conv2000.html>.

Montuschi L. (1998), *Un « nuovo » lavoro da regolare*, in *ADL*, 1998, 683.

Paolucci L. (2000), *Principi in materia di organizzazione e gestione del personale*, in Carinci, D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, *Commentario*, Giuffrè, 519 ss.

Pedrazzoli M. (1996), *Forme giuridiche del lavoro e mutamenti della struttura sociale*, in Biagi, Suwa (a cura di), *Il diritto dei disoccupati, Studi in onore di Koichiro Yamaguchi*, Giuffrè, 293 ss.

Pedrazzoli M. (1998a), *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in *QDLRI*, 21, 9 ss.

Pedrazzoli M. (1998b), *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Scritti in onore di G. Federico Mancini*, I, 397 ss, Giuffrè.

Pedrazzoli M. (1999), *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, Atti delle giornate di studio di Diritto del Lavoro di Salerno, 95 ss.

Parasubordinazione e lavoro pubblico
Riccardo Salomone

Bibliografia

Parasubordinazione e lavoro pubblico
Riccardo Salomone**Bibliografia**

- Pera G.** (1998), *Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato*, in *RIDL*, I, 371 ss.
- Perulli A.** (1996), *Il lavoro autonomo*, Giuffrè, Milano.
- Perulli A.** (1997), *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in *LD*, 173 ss.
- Pilati A.** (1996), *Quanti tipi di lavoro subordinato?*, in *RGL*, n. 3-4, 233 ss.
- Romagnoli U.** (1993), *La revisione della disciplina del pubblico impiego: dal disastro verso l'ignoto*, in *LD*, 231.
- Romano S.** (1898), *I poteri disciplinari delle amministrazioni pubbliche*, in *FI*, V, 2 64, ss.
- Rossi G.** (1998), *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della p.a.*, in *DP*, 1998, 661 ss.
- Rusciano M.** (1978), *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino.
- Rusciano M.** (1993), *Contributo alla lettura della riforma dell'impiego pubblico*, in Rusciano, Zoppoli (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli.
- Rusciano M.** (1996), *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in *DLRI*, 257 ss.
- Rusciano M., Zoppoli L.** (1999), Sub art. 2, II, in *NLCC*, n. 5-6, 1071 ss.
- Santoro Passarelli G.** (1979), *Il lavoro parasubordinato*, Giuffrè, Milano.
- Santoro Passarelli G.** (1997), *Flessibilità e rapporto di lavoro*, in *ADL*, 4, 75 ss.
- Scarpelli F.** (1999), « *Esternalizzazioni* » e diritto del lavoro, in *q. Rivista*, 351 ss.
- Scarpelli F.** (1999), *Autonomia collettiva e autonomia individuale nella regolazione dei rapporti di lavoro parasubordinati*, in *LD*, 553 ss.
- Tiraboschi M.** (1999), *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera, Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Giappichelli, Torino.
- Tiraboschi M.** (1996), *Lavoro atipico e rappresentanza degli interessi*, in Biagi, Suwa (a cura di), *Il diritto dei disoccupati, Studi in onore di Koichiro Yamaguchi*, Giuffrè, Milano, 547 ss.
- Trimarchi Banfi F.** (1998), *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *RTDP*, 35 ss.
- Vardaro G.** (1989, ma 1986), *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Itinerari*, Angeli, Milano.
- Zoppoli A.** (1993), *Impiego pubblico e lavoro a contratto con le pubbliche amministrazioni*, in Rusciano, Zoppoli (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Il Mulino, Bologna.
- Zoppoli L.** (1999), *I punti aperti per l'armonizzazione della disciplina del lavoro pubblico e privato*, in De Martin G.C. (a cura di), *Il nuovo assetto del lavoro pubblico*, Angeli, Milano.

Il lavoro « parasubordinato » in Francia

Maria Teresa Pezzoni

Sommario

1. Premessa. **2.** Presunzione di sussistenza di un contratto di lavoro subordinato: lavoratori subordinati per determinazione di legge. **3.** Lavoratori assimilati ai lavoratori subordinati. **4.** Verso la riduzione della categoria di contratto di lavoro subordinato: presunzione di autonomia. **5.** Conclusioni.

1. Premessa.

L'espressione « rapporti di lavoro parasubordinato », ampiamente utilizzata nel linguaggio giuridico italiano sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, risulta estranea alla tradizione dell'ordinamento francese (1).

Questo dato non deve, tuttavia, risultare fuorviante, né essere interpretato come sintomo del disinteresse da parte del legislatore d'oltralpe per questa eterogenea categoria di contratti: il libro VII del *code du travail* contiene, infatti, una razionale e compiuta disciplina che si avvale dell'utilizzo della tecnica presuntiva e modella il regime giuridico correlato attingendo abbondantemente a quello del contratto di lavoro subordinato. I rapporti di lavoro in esso regolati sono quelli dei viaggiatori, rappresentanti e piazzisti, dei giornalisti, delle indossatrici e quelli riconducibili, seppur approssimativamente, alla distribuzione commerciale (v. *infra*, § 2 e 3).

Prima di procedere all'analisi di detta disciplina, pare utile tratteggiare in modo necessariamente sommario i caratteri del contratto di lavoro subordinato da un lato, e del lavoro autonomo, dall'altro.

Per rintracciare una definizione normativa di contratto di lavoro subordinato, occorre riferirsi al *code civil* e, segnatamente, alla lettera a) dell'art. 1779. Al pari del nostro codice del 1865, quello francese, infatti, configura il rapporto avente ad oggetto l'attività lavorativa

note

(1) Solo recentemente è stata proposta — Barthélémy, 1996, 606 — l'introduzione nell'ordinamento francese della categoria dei « contratti di lavoro parasubordinato », delineando la relativa disciplina quale regime intermedio tra il contratto di lavoro subordinato e i diversi contratti aventi per oggetto lo svolgimento di un'attività (mandato, società) eseguita in forma autonoma. Questa « categoria intermedia », la cui fattispecie si caratterizzerebbe per un'elevata autonomia nell'esecuzione della prestazione a cui farebbe da contrappunto uno stato di dipendenza economica del lavoratore nei confronti di colui a favore del quale l'attività è svolta, ben si attaglierebbe, per esempio, all'esercizio in forma subordinata di professioni liberali, quali giuristi d'impresa, architetti, medici, farmacisti. A parere dell'A., lo svolgimento in forma parasubordinata di una professione non giustificerebbe una protezione coincidente a quella che deriva da una sottomissione permanente e totale agli ordini del datore di lavoro, bensì imporrebbe una tutela più consona alla peculiarità del rapporto. Occorre rilevare però che l'interesse sollevato da questa specifica proposta è risultato piuttosto contenuto. Ben altro interesse, invece, suscita in Francia la nozione di rapporti di lavoro parasubordinato, nel significato italiano di rapporti che si caratterizzano per l'integrazione della prestazione lavorativa nell'attività del datore di lavoro, in assenza però di un sostanziale potere di eterodirezione, come si evince dal dossier *Le nouveau droit du travail pour les mutants du salariat*, apparso in *Le Monde Economie* del 9 febbraio 1999.

Il lavoro « parasubordinato » nell'ordinamento francese

Maria Teresa Pezzoni

alla stregua di sottospecie della locazione e lo definisce come « *le louage de gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un* ». Da un punto di vista sistematico la nozione è collocata nel capitolo III intitolato « *du louage d'ouvrage et d'industrie* » ed è contrapposta a quella del contratto con cui una persona si impegna a « *faire un ouvrage* » cioè al contratto d'opera (Mazeaud Henry, Leon et Jean, 1974, 611).

Il *code du travail*, invece, fino alla *loi Madelin* del 1994 che ha introdotto l'art. L. 120-3 del *code du travail* (v. *infra* § 4), ne era completamente privo. In esso, per circa un secolo, il legislatore francese ha usato indifferentemente le espressioni *louage de service* e *contrat du travail*, e solo con l'articolo 1 della legge 13 luglio 1973, disciplinante la materia dei licenziamenti, ha previsto che la seconda espressione sostituisse definitivamente la prima, pur non ponendosi però il problema definitorio.

Ad ogni modo, la dottrina e la giurisprudenza hanno perfezionato la datata definizione contenuta nel *code civil*, affermando che il contratto di lavoro subordinato è « *la convention par laquelle une personne physique, le salarié, met son activité au service (ou à la disposition) d'une autre personne, l'employeur, sous l'autorité de laquelle elle se place, moyennant le versement d'une rémunération* » (Lyon-Caen G., Pélissier J., Supiot A., 1998, 118; Couturier G., 1990, 88). Solo, dunque, alla presenza di un contratto in cui sia dedotta una prestazione personale, che debba essere eseguita sotto il vincolo della subordinazione ed in cambio di una remunerazione, l'operazione qualificatoria si concluderà con la dichiarazione della sussistenza di un contratto di lavoro subordinato.

Nell'ordinamento francese, « *le lien de subordination juridique* » costituisce il criterio giurisprudenziale più importante dell'operazione di qualificazione del contratto di lavoro e si desume dalla sussistenza di indici assimilabili a quelli elaborati dalla giurisprudenza italiana. Sull'aggettivo « *juridique* », che da sempre accompagna il concetto in esame al fine di differenziarlo dalla condizione di dipendenza economica, si sono appuntate le critiche di autorevole dottrina. In primo luogo è stata ritenuta scorretta la contrapposizione tra « subordinazione giuridica » e « dipendenza economica », che sono tutt'al più nozioni differenti (Groutel H., 1978, 50). Secondariamente, da un punto di vista strettamente logico, si è rilevato che allo stadio iniziale dell'operazione di qualificazione, in cui il giudice è chiamato ad appurare se una determinata convenzione possa, di fatto, essere caratterizzata da un incisivo potere di direzione e controllo di un contraente sull'attività dell'altro (in altre parole, ad appurare la sussistenza di un vincolo di subordinazione), il rapporto viene ad essere analizzato nella sua connotazione concreta, materiale, non certo *giuridica*. È solo con la conclusione dell'operazione di qualificazione che discendono effetti giuridici veri e propri (Jeammaud A., 1976, 402 e ss).

La giurisprudenza francese, riproducendo quella che in Italia è stata definita la tendenza espansiva del diritto del lavoro, ha adottato un'interpretazione molto elastica del criterio qualificatorio in esame. La Suprema Corte ha più volte affermato che la subordinazione sussiste allorché il lavoratore, pur autonomo in ragione di competenze tecniche specifiche richieste dalla natura stessa della prestazione, è inserito « *dans le cadre d'un service organisé* » dal soggetto che beneficia della prestazione, vale a dire è sottoposto a determinati vincoli di orario, di luogo di lavoro, nonché direttive generali per l'esecuzione della prestazione, (v. in particolare Ass. Plén., 18 giugno 1976, *D.*, 1977, 173, con nota di Jeammaud; Ass. Plén. 4 marzo 1983, *Bull. Civ.*, V.5, *D.*, 1983, II, 381; Soc. 14 janvier 1982, *D, IR*, 1983, 201, con nota di Jeammaud). Con riferimento a questo criterio, originariamente elaborato nell'ambito della sicurezza sociale ma poi utilizzato anche in ambito lavoristico, si è parlato di « passaggio da una subordinazione centrale ad una periferica » (Fieschi-Vivet P., 1991, 414).

Solo nell'ultimo decennio i giudici sono approdati ad un'interpretazione più rigorosa del vincolo di subordinazione, sulla scia di interventi legislativi che sembrano evidenziare una tendenza riduttiva dell'ambito coperto dal diritto del lavoro. Ci si riferisce alla giurisprudenza che ha avuto come capostipite la sentenza della *Cour de Cassation* del 13 novembre 1996 (in *DS.*, 1996, 1069; in senso conforme Ch. Soc., 5 fév. 1998, n. 636, in *RJS*, 3/98, n. 361). In questa pronuncia la Corte abbassa il criterio dell'inserimento del prestatore di lavoro nell'organizzazione approntata dall'imprenditore, al rango di mero indice della sussistenza del vincolo di subordinazione, negandogli qualsivoglia efficacia determinante ai fini dell'operazione di qualificazione.

Come accennato, quindi, la ricerca di un criterio distintivo che tracci una chiara linea di confine tra il lavoro subordinato da una parte, e il lavoro autonomo dall'altra, impegna i giuristi francesi allo stesso modo di quelli italiani. La ragione di ciò è riconducibile al

rigoroso « statuto legale dei lavoratori subordinati », la cui applicazione è determinata dalla qualificazione del rapporto in senso subordinato, statuto che si caratterizza per istituire la competenza dei *Conseils de Prud'hommes* in caso di controversie e per imporre una disciplina vincolistica in materia di licenziamento, di retribuzione, di condizioni di lavoro (Lyon-Caen G., Pélissier J., Supiot A., 1998, 118).

Per quanto concerne il lavoro autonomo, occorre sottolineare che non è individuabile un corpus di norme, completo e coerente, qual è quello del diritto del lavoro « subordinato ». Ci si imbatte, piuttosto, in una miriade di regimi giuridici, correlati a distinte professioni, disciplinati in una pluralità di branche di diritto (diritto del lavoro, diritto della sicurezza sociale, diritto commerciale, diritto tributario) e da diverse fonti (*code du travail*, *code de la Sécurité sociale*, *code de commerce*, *code de l'artisanat* e varie leggi specifiche, quali, per esempio, quella relativa al lavoro agricolo, alla professione di avvocato, ecc.) (Lyon-Caen G., 1990, 1).

In generale, sono lavoratori autonomi quei lavoratori che svolgono abitualmente un'attività economica, per mezzo di strumenti di cui sono proprietari, sopportando eventuali perdite o godendo dei profitti da essa prodotti. Al fine di delimitare tale classe di rapporti, la dottrina francese richiama l'art. 645 del *code de la Sécurité sociale*. Detta disposizione divide i lavoratori non subordinati in gruppi professionali, prevedendo per ciascuno di essi l'iscrizione in una cassa previdenziale autonoma.

Il lavoro « parasubordinato » nell'ordinamento francese
 Maria Teresa Pezzoni

2. Presunzione di sussistenza di un contratto di lavoro subordinato: lavoratori subordinati per determinazione di legge.

Nel caso dei viaggiatori, rappresentanti e piazzisti (da qui in poi VRP), il legislatore francese qualifica il rapporto giuridico in cui sia dedotta la negoziazione o conclusione, a titolo professionale e permanente, di operazioni commerciali, in nome e per conto di uno o più imprese industriali o commerciali, in un ambito territoriale o di clientela ben delimitato, come contratto di lavoro subordinato.

Ai sensi dell'art. L. 751-1 che apre il titolo V del libro VII *code du travail*, infatti, i contratti stipulati tra VRP e datore di lavoro sono contratti di lavoro subordinato, qualunque sia il *nomen iuris* attribuito dalle parti. Si è parlato a questo proposito di « imperialismo » della disposizione, nella misura in cui descrivendo molto genericamente un legame contrattuale ne impone una qualificazione, senza attribuire considerazione alcuna alla volontà delle parti (Leloup, 1992, 110).

La disciplina in esame entrò in vigore il 18 luglio 1937 e si colloca nell'alveo già tracciato preliminarmente in materia di sicurezza sociale. Due anni prima, infatti, l'art. 3 del decreto-legge 28 ottobre 1935 aveva espressamente imposto ai VRP l'affiliazione obbligatoria al regime generale di sicurezza sociale. A questi provvedimenti fecero seguito la legge del 1938 sugli infortuni sul lavoro e la legge di riforma del generale sistema d'assicurazioni sociali del 19 ottobre 1945 (Pigassou P., 1982, 578). Si consolidava, in questo modo, l'orientamento che riconduceva al campo delle « tutele forti » del lavoro subordinato i rapporti connotati da una mera dipendenza economica.

Affinché possa operare la qualificazione legale contenuta nell'art. L. 751-1 *code du travail*, la disposizione indica le caratteristiche che l'attività professionale del lavoratore deve presentare, richiedendo, in primo luogo, l'esercizio esclusivo e costante della professione di rappresentante. La giurisprudenza ha interpretato il requisito della esclusività nel senso di preponderanza, temporale e di energie lavorative, dell'attività di rappresentante, ed ha dedotto che l'esercizio simultaneo di due attività da parte del VPR esclude la sussistenza di un contratto di lavoro subordinato ai sensi dell'art. L. 751-1 *code du travail*. Il rigore di questo orientamento della Suprema Corte è stato mitigato dall'art. L. 751-2 *code du travail*, introdotto con decreto n. 73-1046 del 15 novembre 1973, che ammette espressamente lo svolgimento congiunto di attività di rappresentanza con altre e diverse attività, a condizione che la prima sia abituale ed effettiva e che le altre si esercitino per conto di uno o più dei datori di lavoro a favore dei quali si professa la prima. Non acquisisce rilievo, invece, l'esclusività di tipo soggettivo, vale a dire la monocommittenza, che imporrebbe la dipendenza da un unico imprenditore, essendo espressamente prevista a favore del lavoratore la possibilità di esperire la propria attività nell'interesse di più soggetti (v. n. 1, I^a co., art. L. 751-1 *code du travail*).

Quali ulteriori requisiti è previsto che il lavoratore svolga l'attività professionale con continuità cioè in modo duraturo e permanente, in opposizione ad un esercizio di tipo

Il lavoro « parasubordinato » nell'ordinamento francese

Maria Teresa Pezzoni

saltuario ed occasionale (Grimaldi D'Esdra J., 1996, 8). Ed inoltre, che si astenga dal compiere operazioni commerciali che, secondo la definizione molto criticata dell'art. 632 *code du commerce*, sono ricondotte agli acquisti compiuti al fine di procedere poi alla vendita, alle operazioni di intermediazione nell'acquisto o vendita di immobili, di « *fond du commerce* » (v. *infra* § 2), alle operazioni di borsa o di cambio ecc. Parte della dottrina, infatti, sottolinea come questa definizione del *code du commerce* debba essere ammodernata e sostituita da una di portata più generale, quale per esempio quella proposta in dottrina, secondo cui l'atto di commercio è quello che realizza un'intromissione nella circolazione della ricchezza, effettuata con l'intenzione di realizzare un profitto pecuniario (Guyon, *Droit des affaires*, Economica, VIII ed. n. 58).

La disposizione in esame richiede, altresì, la presenza di tre elementi che attengono al contenuto del contratto: la determinazione della natura della prestazione di servizi o delle merci offerte in vendita o all'acquisto; la delimitazione dell'area geografica in cui si dispiega l'attività di rappresentanza o l'individuazione delle categorie di clienti che debbono essere visitati; infine, la specificazione delle modalità di remunerazione. Esigendo la pattuizione di queste condizioni, il legislatore ha inteso descrivere il vincolo di subordinazione attenuata che lega il VRP al datore di lavoro: ad esempio, l'assenza di una delimitazione del settore (territoriale o di clientela) in cui il VRP opera è ritenuta sintomo dell'indipendenza del rappresentante, libero nell'organizzazione della propria attività. La portata degli indici relativi al contenuto del contratto si coglie, peraltro, più esplicitamente se correlata alla definizione legale di agente di commercio, cioè di colui che esercita attività sostanzialmente assimilabile a quella dei VRP ma in condizione di autonomia: « *non lié par un contrat de louage de services, chargé de façon permanente de négociier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestations de services au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux* » (L. 25 giugno 1991, art. 1). Da essa risulta chiaramente, pur in presenza di una sostanziale assimilabilità dell'attività degli agenti di commercio a quella dei VRP, la maggiore libertà ed autonomia di cui godono i primi.

Passando all'analisi della tecnica normativa di cui il legislatore si è avvalso nella disciplina dei contratti in esame, come visto l'art. L. 751-1 *code du travail* introduce una presunzione legale assoluta di sussistenza di un contratto di lavoro subordinato, che opera allorché siano soddisfatti i requisiti testé illustrati.

In generale la *ratio* sottesa alle presunzioni legali, abbiano esse natura assoluta o relativa, è quella di favorire un soggetto altrimenti onerato della prova di un fatto difficilmente dimostrabile che, nel nostro caso, è costituito dalla subordinazione giuridica (per una approfondita analisi della natura e delle caratteristiche della presunzione nel diritto del lavoro italiano, v. Vallebona A., 1988, in particolare 75): il legislatore mediante la fissazione di temi di prova semplificati (presunzione assoluta) ovvero mediante una specifica ripartizione dell'onere probatorio (presunzioni relative), privilegia un soggetto ritenuto bisognoso di tutela.

Nell'ipotesi in cui non operasse la qualificazione legale, infatti, la prova fornita dal lavoratore di aver eseguito la prestazione nelle condizioni sopra indicate, sarebbe certamente idonea a descrivere il vincolo di dipendenza economica dal datore, ma non la sussistenza di un vincolo di subordinazione giuridica. Il soggetto onerato, in mancanza di essa, si troverebbe nella difficoltà, se non addirittura nell'impossibilità, di provare la sussistenza della subordinazione giuridica: solo l'imposizione da parte del legislatore della qualificazione legale permette di prescindere dalla prova di quest'ultimo elemento (Gaudu F., 1996, 163; in giurisprudenza si veda: Soc. 21 juill. 1950, *Bull.* N. 681, 182; Soc. 19 mai 1950, *Bull.* n. 433, 289; Soc. 4 janv. 1979, *Bull.* N. 4, 8).

La qualificazione legale, come già detto, ha come corollario l'applicazione di un regime giuridico, definito « *statutario* », costituito dalle disposizioni specifiche contenute nel titolo I del libro VII *code du travail* e, per le materie in questa sede non specificamente regolate, dalla disciplina prevista per il rapporto di lavoro subordinato.

Tra le disposizioni specifiche, per lo più improntate ad una ratio di tutela del lavoratore, sono da ricordare l'art. L. 751-5 *code du travail* che disciplina con modalità peculiari il termine di preavviso in caso di recesso dal contratto e l'art. L. 751-9 che disciplina l'indennità di clientela: essa ha lo scopo di assicurare al lavoratore, il cui contratto è stato risolto per motivi a lui non imputabili, la riparazione del pregiudizio che gli deriva dalla perdita per l'avvenire del beneficio della clientela apportata, creata o sviluppata. Sono da ricordare, inoltre, da un lato l'art. L. 751-6 *code du travail* che prevede la facoltà delle parti

di introdurre un periodo di prova, la cui durata deve essere superiore a 3 mesi; dall'altro, l'art. L. 751-3 che riguarda la clausola di non concorrenza. Quest'ultima si deve ritenere funzionale alla tutela dell'impresa: impedisce al VRP di svolgere attività di rappresentanza anche a favore di imprese concorrenti successivamente alla rottura del contratto, ancorché il divieto sia sottoposto a rigorosi limiti temporali (la durata massima è di due anni), soggettivi ed oggettivi (l'interdizione è limitata ai settori e alle categorie di clienti che il rappresentante era incaricato di visitare al momento della notificazione della rottura del contratto).

Rientra, invece, nella disciplina generale del lavoro subordinato, la materia della rottura del contratto e delle conseguenze da essa derivanti: trova così applicazione la normativa in materia di licenziamento nonché le norme relative alle sanzioni che derivano da un licenziamento illegittimo. Inoltre, si farà ricorso alle disposizioni concernenti la sospensione del contratto per malattia, infortunio, maternità, servizio militare; la rappresentanza sindacale dei lavoratori in azienda, essendo i VRP eleggibili ed elettori nei « *comités d'entreprise* » dell'azienda presso la quale svolgono prevalentemente la loro attività (v. Cass. soc. 26 mai 1974, Bull. Civ. V, n. 329); il trasferimento d'azienda (cfr. art. L. 122-12 *code du travail*).

La sussistenza di un regime giuridico peculiare che regola l'attività di questa categoria di lavoratori, correlato ad un vincolo di subordinazione attenuato, non esclude, tuttavia, che la prestazione possa essere dedotta in un ordinario rapporto di lavoro subordinato o che sia svolta in regime di autonomia.

Per determinare quando il rapporto contrattuale non si discosti dagli ordinari rapporti di lavoro, la giurisprudenza ha richiamato gli indici tradizionalmente elaborati in materia di contratto di lavoro subordinato. Si tratta di fattispecie in cui il potere direttivo è stato ritenuto particolarmente forte ed incisivo, tanto da lasciare margini di autonomia e libera iniziativa molto ridotti, se non addirittura assenti (Grimaldi D'Esdra J., 1996, 19). L'attività di rappresentanza è svolta, invece, in regime di autonomia nel caso degli agenti di commercio. Già numericamente consistente nella fine degli anni trenta, quest'ultima categoria segnò quello che è stato definito il fallimento sociologico della legge del 1937 relativa ai VRP « statutarî », che introdusse l'art. L. 751-1 *code du travail*. Numerosi VRP indipendenti si rifiutarono, infatti, di essere qualificati come lavoratori subordinati sulla base della disposizione in esame, rivendicando il diritto a conservare la loro autonomia che venne successivamente consacrata sul piano normativo nel 1958 (Leloup J. M., 1992, 111).

La scelta della tipologia di regime giuridico entro cui svolgere l'attività di VRP è dettata dalla valutazione di vari elementi: allorché il VRP voglia godere di una notevole autonomia nell'organizzazione del proprio lavoro, prestare la propria attività a favore di più imprenditori, godere di un trattamento retributivo strettamente legato agli ordini raccolti, opererà per il « regime statutarî ». Nell'ipotesi in cui egli si avvalga di collaboratori nell'esercizio dell'attività, esegua prestazioni accessorie a quella di raccolta e trasmissioni di ordini, sia organizzato imprenditorialmente, il VRP riterrà preferibile uno status di agente commerciale che implica una completa indipendenza. Nella prospettiva del datore di lavoro, potrà risultare conveniente avvalersi di un VPR statutarî nel caso in cui quest'ultimo disponga personalmente di una rete complessa di clientela; sarà, invece, preferibile l'assunzione del lavoratore in via subordinata allorché il datore voglia porsi alla stregua di unico committente (Leloup J. M., 1992, 113).

Appartengono alla categoria di « lavoratori subordinati per determinazione di legge » oltre ai VRP, anche i giornalisti, gli artisti dello spettacolo e le indossatrici, ancorché sulla base di una tecnica normativa differente: è stata espressamente introdotta una presunzione *iuris tantum* di sussistenza di un contratto di lavoro subordinato. Al datore di lavoro è riconosciuta, pertanto, la possibilità di fornire prova dell'assenza del vincolo di subordinazione o dell'assenza del carattere *personale* della prestazione lavorativa.

Nel caso del contratto di lavoro giornalistico, infatti, il legislatore ha previsto che ogni contratto con il quale una agenzia di stampa si assicura la prestazione lavorativa di uno o più giornalisti professionisti, si presume essere un contratto di lavoro subordinato, indipendentemente dalle modalità e dall'ammontare della remunerazione, nonché dalla qualificazione data al rapporto dalle parti contraenti (Art. L. 761-2 *code du travail*). L'indipendenza intellettuale che caratterizza l'attività giornalistica e la molteplicità delle collaborazioni che possono coinvolgere il professionista, in assenza della presunzione, avrebbero reso assai ardua la possibilità di fornire prova della sussistenza di un contratto di lavoro subordinato. Nel caso dei lavoratori dello spettacolo, l'art. L. 762-1 *code du travail* introduce una minuziosa disciplina dell'ambito di operatività della presunzione di sussistenza di un

Il lavoro « parasubordinato » nell'ordinamento francese
 Maria Teresa Pezzoni

Il lavoro « parasubordinato » nell'ordinamento francese

Maria Teresa Pezzoni

contratto di lavoro, prevedendo espressamente che essa operi, ancorché le parti abbiano attribuito una diversa qualificazione al rapporto e qualunque sia il modo o l'ammontare della remunerazione. Nello stesso solco si colloca l'art. L. 763-1 *code du travail* che dispone che tutti i contratti con cui una persona fisica o giuridica si assicura, mediante remunerazione, la prestazione di un'indossatrice siano, in via di presunzione, contratti di lavoro subordinato.

Dalla presunzione di sussistenza della subordinazione giuridica, che è un modo per ricollegare all'area del lavoro subordinato soggetti la cui subordinazione è evidentemente più tenue di quella ordinariamente richiesta (Gaudu F., 1996, 112), discende l'applicazione di un regime giuridico costituito, da una parte, da poche disposizioni specifiche, contenute nel relativo titolo del libro VII del *code du travail*, e, dall'altra, dalle disposizioni del « *droit commun del lavoro* » (per una approfondita disamina delle norme v. Serizay B., 1993, 12). In quest'ottica, l'art. L. 761-1 *code du travail* per l'ambito giornalistico prevede espressamente l'estensione delle disposizioni contenute nei primi quattro libri del codice, alle materie non disciplinate nel libro VII. Così, per quanto concerne il regime del licenziamento, nessuna disposizione speciale è posta in riferimento ai motivi che giustificano l'adozione di questo atto: sarà, quindi, necessaria la sussistenza di un motivo « *réel et sérieux* » attinente alla sfera del lavoratore ovvero un motivo riguardante la situazione economica dell'impresa.

Per questa eterogenea categoria di lavoratori il fine di tutela si realizza non solo perché al lavoratore è dato provare fatti indiziari molto semplici, bensì anche perché la prova contraria, già di per sé concretamente molto difficile, soffre di rigorosi limiti (Gaudu F., 1996, 163). Emblematico a quest'ultimo proposito è il caso del lavoro artistico, per il quale, nell'art. L. 762-2 *code du travail*, si prevede espressamente che la presunzione di lavoro subordinato non possa essere vinta dalla prova che il prestatore di lavoro conservi libertà ed autonomia nell'esecuzione della prestazione, sia proprietario di tutta o di parte dell'attrezzatura utilizzata, ovvero impieghi uno o più collaboratori, purché però egli partecipi personalmente allo spettacolo.

La tecnica normativa di cui il legislatore si è avvalso migra così dalla mera inversione dell'onere probatorio verso forme di incidenza sul contenuto della fattispecie, a mezza strada rispetto agli ancora più penetranti effetti della presunzione assoluta (Vallebona A., 1988, 72). Il confine, quindi, tra la qualificazione legale del contratto quale contratto di lavoro subordinato, che il legislatore ha previsto per i rapporti dei viaggiatori, rappresentanti, piazzisti da un lato, e le presunzioni relative concernenti il contratto dei lavoratori dello spettacolo, dei giornalisti e delle indossatrici dall'altro, si presenta molto sfumato.

3. Lavoratori assimilati ai lavoratori subordinati.

Senza imporre né la qualificazione giuridica del contratto né la presunzione di sussistenza di un contratto di lavoro subordinato, come nel caso dei rapporti sopra visti, il legislatore, con gli artt. L. 781-1, L. 782-1 e L. 773-2 *code du travail*, estende la disciplina del contratto di lavoro subordinato a rapporti caratterizzati da un intenso vincolo di dipendenza economica di un contraente nei confronti dell'altro, vincolo, tuttavia, non assimilabile, perché più tenue, alla subordinazione giuridica (Gaudu F., 1996, 163).

In ragione della sua assoluta specificità si prescinde dall'analisi dell'art. L. 773-2 *code du travail*, concernente il contratto stipulato dalle *assistantes maternelles*, per concentrare l'attenzione sulle altre disposizioni citate. In particolare il regime introdotto dall'art. L. 781-1 *code du travail* interessa i lavoratori preposti alla vendita di merci, derrate di qualsiasi natura, volumi, pubblicazioni di ogni tipo, fornite loro esclusivamente o quasi esclusivamente da una sola impresa industriale o commerciale; ovvero prestatori di lavoro che si occupano di raccogliere gli ordini, ricevere gli oggetti da trattare, sottoporre a manutenzione o trasportare merci o derrate per conto di una sola impresa industriale o commerciale. Affinché si applichino a questi rapporti le tutele concernenti « *les apprentis, ouvriers, employés, travailleurs* », il legislatore pone come requisito essenziale la presenza, in primo luogo, della clausola di approvvigionamento esclusivo a favore dell'impresa che fornisce i prodotti e le merci da porre in vendita, clausola che è stata ritenuta rilevante allorché la commercializzazione dei prodotti dell'impresa fornitrice assorba almeno l'80% del volume d'affari realizzato dall'interessato (André M. E., 1995, 10). In secondo luogo, della clausola dell'imposizione unilaterale delle condizioni e del prezzo di vendita: la merce deve

essere venduta in locali di proprietà dell'impresa fornitrice ovvero da questa ritenuti idonei alla vendita dei propri prodotti; ai soggetti preposti alla vendita è imposto di indossare uniformi e divise, rispettare gli orari di apertura o di chiusura al pubblico del punto di vendita, (Lyon Caen G., 1990, 44; Ferrier D., 1992, 117).

La corrispondenza della fattispecie concreta ai requisiti testé descritti determina l'applicazione delle tutele proprie del diritto del lavoro subordinato: il lavoratore non può essere privato del diritto allo S.M.I.C. (*salaire minimum interprofessionnel de croissance*), qualunque sia l'andamento economico del punto di vendita, salvo che l'eventuale deficit sia a lui imputabile per colpa grave. Godrà del diritto di ottenere il pagamento dello straordinario, delle ferie o dell'indennità sostitutiva di esse. Avrà diritto all'applicazione dei contratti collettivi, alla partecipazione alle elezioni per la rappresentanza dei lavoratori nella società fornitrice. Sussisterà competenza del *Conseil de Prud'homme* per eventuali controversie. Troverà, inoltre, applicazione la disciplina relativa al licenziamento, alla sicurezza delle condizioni di lavoro (Lyon Caen G., 1990, 53). A questo proposito è bene osservare che l'art. 781-1 è indifferente alle qualificazioni contrattuali, non imponendo assolutamente la qualificazione di contratto di lavoro subordinato al rapporto tra lavoratore e società petrolifera, ma limitandosi a produrre l'effetto di estendere le tutele proprie del lavoro subordinato. La ratio della norma, infatti, è quella di porre degli indici di una situazione di dipendenza economica, senza attribuire rilevanza alcuna al tipo di convenzione stipulata tra le parti (Jeammaud A., 1976, 359).

Una delle ipotesi in cui tale disposizione del *code du travail* ha trovato applicazione è stata quella concernente il rapporto tra società petrolifere e gestori di stazioni di servizio.

La *Chambre Sociale* è stata chiamata a pronunciarsi a più riprese sulla questione concernente l'individuazione del giudice competente a decidere delle controversie sorte in relazione a detti rapporti. In particolare, l'interrogativo riguardava la sussistenza, in applicazione dell'art. L. 781-1 *code du travail*, della competenza del *Conseil de Prud'homme*. La Suprema Corte, invocando la disposizione in esame, ha ritenuto che il gestore della stazione di servizio abbia diritto di beneficiare nei confronti delle società petrolifere delle tutele approntate dalla legislazione del lavoro, tra cui la competenza del giudice del lavoro, ancorché nei confronti dei terzi sia un commerciante e come tale possa avere alle sue dipendenze numerosi lavoratori (cfr. *Le rapport de la Cour de Cassation, année judiciaire 1971-1972*, in *Gaz. Pal.*, 1973, I, Doctr., 2575).

Prima di passare all'analisi della concreta fattispecie e di come i requisiti fissati dall'art. L. 781-1 *code du travail* fossero soddisfatti, occorre premettere che i contratti stipulati tra le società petrolifere ed i gestori di stazioni di servizio si qualificavano come « *gérance libre du fonds de commerce* », ai sensi dell'art. 1 legge 20 marzo 1956. Avvalendosi di questa tipologia contrattuale i titolari di un'attività commerciale (*fond de commerce*) concedono, totalmente o parzialmente, la gestione dell'attività stessa ad un soggetto, che la esercita a suo rischio: nel nostro caso, quindi, « *le pompiste* » acquisisce dalla società petrolifera la gestione di un « *fond de commerce* » consistente nelle strutture necessarie per l'esercizio della stazione di servizio e nella clientela. Egli eserciterà l'attività a proprio rischio, in quanto imprenditore, impegnandosi, inoltre, ad approvvigionarsi in via esclusiva dalla società; ci si trova, chiaramente, in presenza di un contratto analogo alla concessione, con il vantaggio di non dover creare il *fond de commerce*, ma con lo svantaggio di un controllo più serrato da parte dell'impresa fornitrice (Schaeffer E., 1972, 393; per una dettagliata analisi del contratto in esame v. Campana J. M., 1988, fasc. 500).

Nella fattispecie del contratto tra società petrolifera e gestore della stazione di servizio la giurisprudenza ha facilmente riscontrato la presenza delle condizioni concernenti gli obblighi di approvvigionamento esclusivo o quasi esclusivo a favore della società, nonché le condizioni attinenti alle modalità di vendita del prodotto indicate nell'art. L. 781-1 *code du travail* (v. in particolare Soc. 14 ottobre 1976, con nota di Jeammaud A., 1977, 358). Maggiori contrasti ha, invece, suscitato l'accertamento del requisito dell'imposizione unilaterale del prezzo di vendita. Contratti di questo tipo, infatti, non contemplavano la previsione espressa di un determinato prezzo a cui dovevano essere vendute le merci. Tuttavia, teoricamente libero di determinare il proprio prezzo di vendita, il lavoratore godeva in realtà di un margine di discrezionalità molto ristretto: il tetto minimo era il prezzo di acquisto determinato dalla società; il tetto massimo era quello fissato dal potere pubblico. Di conseguenza la Suprema Corte, ravvisando l'impossibilità concreta del « *pompiste* » di esercitare una politica personale di prezzi, ha ritenuto applicabile la disciplina del lavoro subordinato (Soc., 13 janv. 1972, D, 1972, 425; Soc., 18 déc. 1975, D, 1976, 399 con nota di Jeammaud A.; Soc.,

Il lavoro « parasubordinato » nell'ordinamento francese
Maria Teresa Pezzoni

Il lavoro « parasubordinato » nell'ordinamento francese

Maria Teresa Pezzoni

17 oct. 1976, D, 1977, 356; Soc., 27 févr. 1977, D, 1978, 75; Soc., 6 févr. 1980, Bull. V, n. 195). Occorre rilevare, ad ogni modo, che attualmente l'applicazione dell'art. L. 781-1 *code du travail* ai rapporti che legano i gestori di impianti per la distribuzione di carburante e le società petrolifere è sempre più ridotta, giacché i gestori esercitano la loro attività in forma societaria ed in assenza, quindi, delle condizioni tipizzate dalla disposizione. Una tutela è comunque ad essi garantita dall'applicazione degli accordi collettivi intervenuti tra la *Chambre Syndicale* delle società petrolifere e le organizzazioni professionali dei dettaglianti di carburante (André M. E., 1995, 4).

L'art. L. 781-1 *code du travail* è stato più recentemente invocato anche nelle controversie aventi ad oggetto i contratti di *franchising* e segnatamente in ordine all'accertamento della competenza del *Conseil de Prud'homme*.

La *Chambre sociale*, rilevando la sussistenza delle condizioni necessarie per l'applicabilità dell'art. L. 781-1 *code du travail*, ha esteso conseguentemente al *franchisee* tutte le tutele dettate dal legislatore in relazione al contratto di lavoro subordinato ed ha affermato la competenza del giudice del lavoro.

La fattispecie concreta analizzata dalla Corte concerneva un contratto che istituiva intensi vincoli riguardanti l'esercizio dell'attività, escludeva qualsiasi discrezionalità nella determinazione del prezzo di vendita del prodotto da parte del *franchisee* e riconosceva al *franchisor* il diritto a fornire il proprio consenso nella scelta dei locali in cui esercitare l'attività commerciale (v. in particolare *Cass. Com. 3 mai 1995*, in *JCP*, 1995, ed. E., n. 47 ed in *D.*, 1997, II, 10, con nota di Amiel-Cosme L.). Nel contratto di *franchising*, infatti, ad una finalità di decentramento dell'attività, in particolare della fase di distribuzione del prodotto, fa da contrappunto il mantenimento in capo al *franchisor* di alcuni poteri decisionali e di indirizzo che sono dettati dall'esigenza di integrare il più possibile il *franchisee* nella rete di distribuzione dell'impresa madre, limitandone fortemente il margine di discrezionalità. È evidente, quindi, la duplice natura del *franchisee*: giuridicamente, imprenditore commerciale autonomo e distinto dall'affiliante, di fatto soggetto integrato nell'attività di quest'ultimo e da esso fortemente dipendente (Leveneur L., 1995, 237).

Sempre nel solco della tecnica normativa di estensione delle tutele del contratto di lavoro subordinato a rapporti che tali formalmente non sono, si colloca l'art. L. 782-2 *code du travail*, riguardante i gestori di punti di vendita di prodotti alimentari o di cooperative di consumo (*gérants de maisons d'alimentation de détail ou de coopératives de consommation*). Le peculiarità di questi rapporti, che non soddisfacevano le condizioni poste nell'art. L. 781-1 *code du travail* pur in presenza della debolezza socio-economica del lavoratore (André M. E., 1995, 12), hanno reso necessario uno specifico intervento legislativo,

L'articolo in esame, dopo aver tracciato i confini della categoria « *gérants non salariés* », richiama le disposizioni contenute nell'art. L. 781-1 *code du travail*, estendendo in questo modo la disciplina del contratto di lavoro subordinato. Tre sono gli elementi identificativi dei rapporti di lavoro in esame: il gestore deve essere preposto ad una succursale di impresa di distribuzione alimentare o di cooperativa di consumo; deve essere remunerato a mezzo di percentuale sull'ammontare delle vendite; infine, il contratto deve lasciare libero il gestore di determinare le condizioni di lavoro del punto di vendita.

4. Verso la riduzione della categoria di contratto di lavoro subordinato: presunzione di autonomia.

Espressione della tendenza verso un progressiva riduzione dell'ambito coperto dal contratto di lavoro subordinato e, quindi, dalla categoria del lavoratore subordinato, è la legge dell'11 febbraio 1994, n. 126 relativa all'iniziativa economica e all'impresa individuale, chiamata *loi Madelin*. Essa lambisce, con piccoli ritocchi, il diritto delle società e il diritto tributario, ma è nell'ambito del diritto del lavoro che ha destato notevoli discussioni. Complessivamente tesa allo scopo di stimolare l'iniziativa economica, da una prospettiva giuslavoristica si è affermato che « *le fil dont la loi est cousu est ici si gros qu' on aperçoit sans beaucoup d'astuce un objet caché* » (Lyon Caen G., 1995, 647): *favorire l'esternalizzazione dell'impiego, in particolare attraverso l'essaimage* cioè la creazione di « micro » imprese a cui imprese più grandi appaltano una parte di attività (Vericel M., 1995, 56).

L'art. L. 120-3 *code du travail* — introdotto dalla legge in questione — ricollega al fatto che una persona abbia scelto la qualità di lavoratore autonomo, attraverso l'iscrizione nei registri attinenti lo svolgimento di attività commerciali e di mestieri, l'instaurazione, sul piano processuale e specificamente probatorio, di una presunzione di insussistenza del

contratto di lavoro subordinato. In tal modo verrebbe limitata l'estensione delle operazioni di riqualificazione del rapporto, frequentemente operate dai giudici (Barthelemy, 1994, p. 361).

In dottrina si è rilevato che se la finalità di creare impiego attraverso la promozione di forme di esternalizzazione è assolutamente condivisibile e lodabile; se, altresì, positivo è il superamento degli « eccessi » in cui la giurisprudenza è incorsa in materia di riqualificazione di contratti aventi ad oggetto lo svolgimento di attività — in particolare, attraverso l'uso del criterio dell'inserimento nel quadro di un servizio organizzato da altri —; pare, tuttavia, pericoloso incentrare la presunzione, sulla base della quale si giunge alla qualificazione del contratto, sull'iscrizione in detti registri, elemento che, nell'intenzione del legislatore, dovrebbe essere espressione della volontà del lavoratore di svolgere un'attività autonoma (Vericel M., 1995, 56; Vacarie I., 1996, 104). Si è rilevato, infatti, che le relazioni tra i contraenti si instaurano, per lo più, sulla base di un contratto di adesione: il lavoratore si trova sovente in una situazione di dipendenza economica che non gli permette di discutere né le condizioni, né la qualificazione formalmente attribuita alla convenzione, per cui non sarebbe incongruo immaginare che l'impresa imponga l'iscrizione del lavoratore come condizione implicita per la stipulazione del contratto. Inoltre, non bisogna dimenticare che numerose società ricorrono a forme di esternalizzazione mosse unicamente da un intento elusivo delle tutele poste dal diritto del lavoro (Vericel M., 1995, 56). A queste perplessità si aggiunga che, per effetto della supremazia del dato formale costituito dall'immatricolazione del lavoratore nei registri delle società, degli agenti commerciali, nel repertorio dei mestieri, ecc., si verificherebbe uno scavalco del principio, a più riprese affermato dalla Suprema Corte, secondo il quale la sola volontà delle parti è impossibilitata a sottrarre il lavoratore all'applicazione delle norme in materia di diritto del lavoro, laddove le condizioni di esecuzione del contratto siano tali da concretizzare un vincolo di subordinazione (Vacarie I., 1996, 106).

Le considerazioni critiche sono, tuttavia, ridimensionate dalla possibilità di prova contraria che deve vertere sulla sussistenza di un vincolo di subordinazione giuridica permanente. Tale prova pone le basi per la possibilità di riqualificazione in caso di abuso, con una valorizzazione del dato costituito dalle condizioni in cui viene ad essere eseguita la prestazione di lavoro (Barthelemy, 1994, p. 257; Doroy F., 1995, 638). In piena conformità con i principi tradizionali, infatti, il giudice, laddove ritenga che le modalità di svolgimento della prestazione lascino chiaramente emergere la sussistenza dell'eterodirezione, sarà tenuto alla dichiarazione della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

Le « *lien de subordination juridique permanente* », che costituisce l'oggetto della prova che deve essere fornita per il superamento della presunzione, ha suscitato diversi interrogativi in dottrina. In particolare, ci si è chiesti se il legislatore volesse richiamare la tradizionale giurisprudenza in materia di qualificazione del contratto di lavoro subordinato, ovvero introdurre una nozione di subordinazione più ristretta, giacché connotata dal carattere specifico della permanenza.

Di tale ultima opinione è parte della dottrina che, avvalendosi dei lavori preparatori della legge e dall'applicazione del principio in base al quale l'operazione ermeneutica deve privilegiare l'interpretazione della disposizione che sia produttiva di effetti giuridici, è giunta alla conclusione di negare la sussistenza di un contratto di lavoro subordinato allorché la prestazione abbia carattere occasionale (Teyssié B., 1994, 667 e 671; nello stesso ordine di idee Barthélémy J., 1994, 258).

Altri, invece, sottolineano come nulla in realtà sia cambiato sul punto in quanto il termine può essere inteso conformemente alla giurisprudenza costante della Suprema Corte, cioè come sinonimo di regolare, stabile, piuttosto che di costante: la prestazione che rivela un carattere marginale rispetto all'attività abituale dell'impresa è stata ritenuta non rispondente a tale requisito (Vericel M., 1995, 57; Vacarie I., 1996, 108; Association Villermé, 1994, 676).

5. Conclusioni.

Come visto nei precedenti paragrafi, solo con la *loi Madelin* il legislatore francese ha introdotto nel *code du travail* una disposizione che tratteggia i caratteri del contratto di lavoro subordinato, evidenziando il requisito della sussistenza del vincolo di subordinazione giuridica. Precedentemente alla legge del 1994, occorre risalire alla datata definizione di

Il lavoro « parasubordinato » nell'ordinamento francese
 Maria Teresa Pezzoni

Il lavoro « parasubordinato » nell'ordinamento francese

Maria Teresa Pezzoni

louage de service contenuta nel *code civil*, che, tuttavia, per la sua genericità, non è riuscita a visualizzare compiutamente la tipologia contrattuale in esame. In questo contesto si colloca, da una parte, l'opera della giurisprudenza che ha colmato la lacuna normativa, elaborando il criterio della subordinazione giuridica. Dall'altra, si collocano i vari interventi con cui il legislatore ha « costruito » il libro VII del *code du travail*: con il primo, nel 1935, ha istituito la presunzione di sussistenza di un contratto di lavoro subordinato per i giornalisti; successivamente, nel 1937 ha introdotto le norme riguardanti i VRP; infine, nel 1969, quelle riguardanti le indossatrici e gli artisti. Essi erano giustificati dalla necessità sia di fornire una risposta a gruppi sociali dotati di una notevole importanza politica (si pensi ai giornalisti) ovvero di una rilevante forza contrattuale collettiva (è il caso degli artisti), e quindi in grado di esercitare una sensibile pressione sulle forze politiche; sia di mettere fine, o quanto meno contenere, le incertezze giurisprudenziali che in relazione alle particolarità di detti rapporti, caratterizzati da una situazione di sostanziale dipendenza economica dall'imprenditore accompagnata da uno status giuridico di formale autonomia, si configuravano (Camerynck G. H., 1973, 10).

Deve essere ricordata, infine, l'introduzione dell'art. L. 781-1 *code du travail*, che ha esteso la disciplina del lavoro subordinato prescindendo dalla qualificazione del rapporto di lavoro in senso subordinato e che è stato giustificato dall'intento di fornire tutela a categorie di lavoratori dotati di notevole debolezza economica, ancorché non subordinati in senso stretto.

Il dato più significativo di questa evoluzione normativa è ravvisabile nell'atteggiamento molto pragmatico del legislatore francese, che pare assimilabile a quello che caratterizza l'origine del diritto del lavoro in Italia: « *il diritto del lavoro, almeno nella genuinità di contenuti del suo primo apparire, è sostanzialmente indifferente al problema della individuazione di una fattispecie generale costruita secondo i tradizionali e tecnici schemi giuridici; e ciò perché la viva istanza di disciplina, lasciando risultare di secondario rilievo la precisa delimitazione dei confini della stessa azione legislativa — e quindi della materia —, induce a riferire l'attuato o desiderato intervento legislativo a fattispecie economico-sociali di chiara evidenza* ». (Spagnuolo Vigorita L., 1967, 114). *La complessità dell'operazione qualificatoria è « sdrammatizzata » dal legislatore francese che è mosso, piuttosto, dall'esigenza ritenuta primaria di garantire un'articolata tutela a prestatori di lavoro solo formalmente autonomi. Le stesse istanze protettive ispirarono le prime leggi sociali anche nell'ordinamento italiano. Esse ebbero come presupposto applicativo la figura economico-sociale di lavoratore, vale a dire un prestatore di lavoro funzionalmente collegato all'impresa industriale in forza di una obbligazione lavorativa non precisamente qualificata sotto il profilo tecnico giuridico* (Spagnuolo Vigorita L., 1967, 114). *Tuttavia, la forte incidenza dell'opera barassiana ha reso il dogma del contratto di lavoro subordinato, inteso come contratto provvisto di una sua causa tipica, e in quanto tale perfettamente idoneo a fungere da vera e propria fattispecie in ordine all'applicazione del diritto del lavoro, un necessità logica che ha segnato gli sviluppi successivi dell'ordinamento italiano* (Spagnuolo Vigorita L., 1967, 117).

I recenti sviluppi dell'esperienza francese, come visto, si orientano però verso altre direzioni. Ci si riferisce all'art. L. 120 *code du travail*. Esso evidenzia profili di accentuata novità, avendo introdotto una presunzione « negativa », se così si può dire, cioè di non sussistenza di un contratto di lavoro subordinato tra persone iscritte ai registri attinenti le attività commerciali, là dove il *code du travail* conosceva solamente presunzioni « positive » di qualificazione del contratto in contratto di lavoro subordinato. Ci si riferisce, altresì, alla proposta, di un anno successiva alla *Loi Madelin*, del « *contrat d'activité* » cioè di un quadro di organizzazione giuridico-istituzionale del rapporto di lavoro che, sulla base dell'alternanza di diverse forme di lavoro – tra le quali anche la formazione e il lavoro indipendente – permette al lavoratore di costruirsi un proprio itinerario professionale: si cercherebbe, in questo modo, da un lato, di assicurare al lavoratore la presenza di tutele minime (di reddito e di protezione sociale); dall'altro di soddisfare le esigenze di flessibilità nella gestione della forza lavoro delle imprese (*Rapport de la commission présidée par Boissonat, Le travail dans vingt ans, Commissariat général du plan*, 1995, 279 e ss.).

La meta che si intuisce e che ancora tanta strada richiede pare rappresentata dall'immagine del « *travail global* », del lavoro cioè in cui la sostanza e le modalità di esecuzione si iscrivono in un campo di attività, di tempi, di relazioni professionali più ampi rispetto al lavoro subordinato tradizionale (v. *Rapport*, 282).

- AA.VV.** (1992), *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, LITEC, Montpellier.
- André M. E.** (1995), *Gérants mandataires de succursales*, in *Juris Classeurs (contrat de travail)*, fasc. 4-5, t.1.
- Barthélémy J.** (1994), *Contrat de travail et d'entreprise: nouvelles frontières*, in *JCP*, ed. E, I, 361.
- Camerlynck G. H.** (1973), *Traité de droit du travail, Contrat de Travail*, Librairie Dalloz.
- Campana M. J.** (1988), *Location-gérance*, in *Juris Classeur (Contrats de distribution)*, fasc. 500.
- Chaumette P.** (1998), *Quel avenir pour la distinction travail dépendant/indépendant?*, in Supiot A. (a cura di), *Le travail en perspectives*, L.G.D.J., Paris.
- Couturier G.** (1990), *Droit du travail, Les relations individuelles de travail*, Presses Universitaires de France, Paris.
- Doroy F.** (1995), *La vérité sur le faux travail indépendant*, in *DS.*, 638.
- Ferrier D.** (1992), *Les gérants de succursales*, in AAVV, *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, LITEC, Montpellier, p. 117.
- Fieschi-Vivet P.** (1991), *Les éléments constitutifs du contrat de travail*, in *RJS*, 7, p. 414.
- Gaudu F.** (1996), *L'application du droit du travail a des travailleurs non salariés*, in AA.VV., *Les frontières du salariat*, co-ed. Les Editions Dalloz et la Revue juridique d'Ile-de-France, 163.
- Grimaldi d'Esdra J.** (1996), *Voyageurs, représentants et placiers: condition d'application du statut, contrat de représentation statutaire*, in *Juris Classeur*, fasc. 4-10, t. 1.
- Groutel H.** (1978), *Le critère du contrat de travail, in Tendances du droit du travail français contemporain. Etudes offertes à G. H. Camerlynck*, Dalloz, Paris.
- Jeammaud A.** (1976), *Note à Soc. 18 dec. 1975*, *D*, II, 402 e ss.
- Jeammaud A.** (1976), *note a Soc., 18 dec. 1975*, in *D*, 399.
- Jeammaud A., Le Friant M.** (1989), *Contratto di lavoro, figure intermedia e lavoro autonomo nell'ordinamento francese*, in Pedrazzoli M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 256.
- Leloup J. M.** (1992), *Le représentants de commerce*, in AAVV, *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, LITEC, 109.
- Leveneur L.** (1995), *Requalification d'un contrat de franchisage en gérance salariée*, in *JCP*, ed. E., n. 47, 237.
- Lyon Caen G.** (1995), *Où mènent les mauvais chemins*, in *DS*, 647.
- Lyon-Caen G.** (1990), *Le droit du travail non salarié*, Edition Sirey.
- Lyon-Caen G., Pélissier J., Supiot A.** (1998), *Droit du travail*, 19^a ed., Dalloz, Paris.
- Mazeaud Henry, Leon et Jean** (1974), *Leçons de droit civil*, Edition Montchrestien, IV ed.
- Pigassou P.** (1982), *L'évolution du lien de subordination en droit du travail et de la Sécurité sociale*, *DS*, 578.
- Schaeffer E.** (1972), *Le pompiste en station-service partagé*, in *J. C. P.*, II ed. C.I., n. 10699, 393.
- Serizay B.** (1993), *Journalistes*, in *Juris Classeur (contrat de travail)*, fasc. 5-30, t. 1.
- Spagnuolo Vigorita L.** (1967), *Subordinazione e diritto del lavoro, problemi storico-critici*, Morano editore, Napoli.
- Teyssié B.** (1994), *Sur un fragment de la loi n. 94-126 du 11 février 1994: commentaire dell'article L. 120-3 du Code de travail*, in *DS*, 667.
- Vacarie I.** (1996), *Travail subordonné, travail indépendant: question de frontière?*, in *Les frontières du salariat*, co-ed. Les Editions Dalloz et la Revue juridique d'Ile-de-France, 104.
- Vallebona A.** (1988), *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova.
- Vericel M.** (1995), *Des incidences en droit social de la loi Madelin sur la qualification de salarié*, in *ALD*, 7^a cah., 56.

Il lavoro « parasubordinato » nell'ordinamento francese
 Maria Teresa Pezzoni

Bibliografia

Lavoro parasubordinato ed autonomia collettiva: il caso della Regione Emilia-Romagna

Federico Bacchiega

Sommario

1. Premessa. **2.** L'accordo della Regione Emilia-Romagna. **2.1.** L'accordo nel sistema regionale di relazioni collettive. **2.2.** Gli incentivi ad alcuni lavoratori parasubordinati: soggetti e requisiti. **2.3.** Il sistema di incentivi nel contesto regionale. **2.4.** Un accordo oltre gli incentivi. **3.** Conclusioni.

1. Premessa.

È stato recentemente osservato come la contrattazione collettiva nell'ambito del lavoro parasubordinato sia ancora scarsamente sviluppata, vuoi per la mancanza di un vero e proprio sistema di relazioni collettive, vuoi per la gracilità dei soggetti rappresentativi dei collaboratori coordinati e continuativi (Liso, 2000). Tale rilievo, ampiamente condiviso nel dibattito sui nuovi lavori, trova conferma nella rilevazione empirica. A livello nazionale, per esempio, l'unico contratto di riferimento era, fino a poco tempo fa, quello concluso l'8 aprile 1998 fra CISAL e SAPE (1)). Esso è stato tuttavia oggetto di pesanti critiche: la dottrina è infatti concorde nel denunciare la scarsa capacità rappresentativa dei soggetti firmatari (Scarpelli, 1999, p. 561-562; Magrini, 1998; Gottardi, 1998).

È pur vero tuttavia che, seppur timidamente, l'autonomia collettiva ha recentemente sviluppato alcuni percorsi di regolamentazione e tipizzazione della fattispecie. Accanto al Patto Milano lavoro, che è stato oggetto di ampia riflessione dottrinale (v. i contributi di Treu, Biagi e Scarpelli sul numero 3/2000 di questa rivista) le organizzazioni sindacali che si occupano di lavoro atipico, e, in particolare, di lavoro parasubordinato, all'interno delle tre confederazioni, hanno stipulato alcuni accordi di particolare interesse, in quanto lasciano intravedere nel prossimo futuro un maggior ruolo dell'autonomia collettiva in materia di collaborazioni coordinate e continuative (una sintetica, ma completa rassegna è nel numero 4/2000 di *LI*). Queste si sono dimostrate particolarmente attive in Toscana, dove hanno concluso accordi con la Confesercenti di Firenze e la Promolavoro, azienda sempre del capoluogo. La più attiva fra le tre sigle è di sicuro la NIDIL, che ha concluso accordi anche con l'istituto di ricerca Ires ed il call-center Answer, entrambi di Firenze. Sempre l'organizzazione aderente alla CGIL si è segnalata per la conclusione di altri due accordi: quello di Napoli con Italservizi s.a.s. (titolare del marchio Sanitel) dell'11 giugno 1999 e quello con

note

(1) Esiste oggi un altro contratto nazionale stipulato in data 04/04/2000 dalla F.A.I.C.A. organizzazione che era precedentemente aderente alla Cisl, ma ad oggi si è staccata da questa confederazione. Si tratta quindi di un sindacato autonomo, oggi non appartenente ad alcuna confederazione. Il contratto stipulato da essa è stato depositato presso CNEL, Presidenza del Consiglio dei Ministri, INPS, INAIL, SIAE ed Ispettorato del Lavoro. Ancora più recentemente è da segnalare l'accordo, a validità triennale, per i collaboratori e continuativi del settore no-profit, stipulato il 30/05/2000 fra le associazioni del lavoro atipico dei sindacati confederali e la federazione CDO non profit (Biagi, 2000A).

**Lavoro
parasubordinato ed
autonomia collettiva**
Federico Bacchiega

Unicab Italia della primavera del 1999. Infine, un altro accordo unitario di un certo rilievo è quello del 18 novembre 1999, che vede come protagoniste le tre organizzazioni e Telcos s.p.a., società che gestisce il servizio del lotto telefonico.

Tali accordi forniscono un indice del dinamismo delle relazioni collettive soprattutto dal punto di vista qualitativo. Infatti questi sono ancora quantitativamente poco consistenti, ma bisogna considerare il loro recente sviluppo, quasi esclusivamente nel corso del 1999. Questo porta a pensare ad un'evoluzione della contrattazione che segua questo indirizzo. Tale impressione è confermata anche dall'analisi di un recente accordo stipulato fra le organizzazioni sindacali e la Regione Emilia-Romagna, su cui ci soffermeremo nel corso del presente contributo.

2. L'accordo della regione Emilia-Romagna.

2.1. L'accordo nel sistema regionale di relazioni collettive.

Il panorama delle relazioni collettive in materia di lavoro parasubordinato all'interno della Regione Emilia-Romagna è sicuramente molto ristretto. Non si registrano, infatti, accordi o contratti collettivi all'interno di aziende private, con l'unica eccezione di quello stipulato nel corso del 1999 fra l'organizzazione della CGIL che si occupa di lavoro atipico, NIDIL, e la cooperativa sociale Tanaliberatutti di Riccione, teso ad estendere alcune garanzie (2) ai collaboratori coordinati e continuativi da questa utilizzati, comunque numericamente non molto consistenti. Si può quindi affermare che la contrattazione collettiva nel mondo imprenditoriale privato è pressoché sconosciuta, nonostante il ricorso a questa forma contrattuale sia molto diffuso nella regione, tanto che i lavoratori iscritti al Fondo gestione separata dell'INPS costituiscono il 10% dell'intera forza lavoro, raggiungendo la quota di ben 157.000. Ed anche nonostante la presenza di organizzazioni sindacali che si occupano di lavoro atipico, e quindi anche di parasubordinazione, che vivono una fase di continua crescita, sia di iscritti che di visibilità.

A questa situazione si contrappone un significativo accordo nell'ambito della pubblica amministrazione fra la Regione Emilia-Romagna e le organizzazioni dei sindacati confederali che si occupano di lavoro parasubordinato (ALAI-CISL, NIDIL-CGIL, CPO-UIL) stipulato in data 14/02/2000 (3). Tale accordo può idealmente essere diviso in due parti: una di orientamento e decisione comune a proposito di strategie ed interventi in materia di qualificazione dei lavoratori parasubordinati, già concretizzati nelle iniziative di due assessorati, l'altra di impegno da parte della giunta regionale per una serie di azioni volte ad una migliore conoscenza del fenomeno, anche da un punto di vista della contrattualistica individuale.

2.2. Gli incentivi ad alcuni lavoratori parasubordinati: soggetti e requisiti.

Per quanto riguarda la prima parte dell'accordo si tratta di un'intesa a proposito di interventi rivolti a lavoratori autonomi e parasubordinati, iscritti alla gestione separata INPS ad esclusione di quanti risultino lavoratori dipendenti, artigiani, coltivatori diretti, mezzadri, pensionati, e degli iscritti a Collegi, Ordini, Albi, e relative Casse previdenziali.

Delineando un ampio quadro di iniziative a sostegno di progetti di attività professionali, vengono richiamati, nella prima parte dell'accordo, anche i benefici previsti dalla Misura 2.3 Azione A del Programma Triennale per le attività produttive « Sostegno a progetti professionali nel lavoro autonomo e nelle professioni ». Essi erano già oggetto di accordo fra l'Assessorato alle Attività produttive e le organizzazioni sindacali prima dell'accordo, infatti le modalità ed i criteri di attuazione di questi sono stati resi noti con la delibera della Giunta regionale n. 68 dell'8 febbraio 2000, con possibilità di presentare progetti a partire dal 1 marzo 2000. La prima parte di questa delibera, l'allegato A, è finalizzato a sostenere progetti

note

(2) In estrema sintesi queste sono: la possibilità di partecipare alla formazione prevista per i dipendenti, diritti sindacali di assemblea e di sciopero, di elezione dei propri rappresentanti. Il committente è poi obbligato a stipulare una polizza assicurativa contro i rischi di malattia, infortunio, maternità e responsabilità civile verso terzi.

(3) Oltre a questo esiste, sempre nell'ambito del pubblico impiego, un accordo fra NIDIL, ALAI, CPO e Comune di Cattolica per individuare incarichi e professionalità nell'ambito dei rapporti di collaborazione.

di forme associative di lavoratori autonomi; la seconda, allegato B, progetti di attività professionali di tali lavoratori. Entrambi i tipi di progetti dovevano originariamente essere presentati entro il 31/05/2000, secondo quanto statuito nella delibera. La scadenza temporale per la presentazione dei progetti è poi stata prorogata al 31/07/2000. Per quanto riguarda le risorse messe a disposizione, queste sono molto più notevoli per gli interventi previsti nell'allegato B: 4.500.000.000 a fronte di 500.000.000 destinati ai progetti di forme associative. Il totale delle risorse trova capienza nel Fondo unico regionale per le attività produttive specificamente destinato ai lavoratori atipici per progetti professionali e di qualificazione.

L'allegato A trova quindi come destinatari le associazioni, anche temporanee, che rappresentano iscritti al Fondo gestione separata INPS per finanziare, nella misura massima del 50% e fino a 50 milioni di lire, progetti di assistenza tecnica e gestionale, iniziative promozionali e strutture mutualistiche anche per agevolare l'accesso al credito.

Venendo all'allegato B, all'interno di questo si individuano due tipi di iniziative: la prima rivolta ad attività professionali in forma congiunta fra più lavoratori e lavoratrici, la seconda riservata a progetti individuali, sempre di lavoratori iscritti al Fondo INPS a partire dal 31/12/'99. L'agevolazione è concessa nella misura massima di 15 milioni, in quanto si tratta di un rimborso del 40% delle spese ammissibili, il cui tetto massimo è fissato in 40 milioni. La modalità di erogazione del contributo è molto snella e semplice, data anche la possibilità di autocertificazione dei requisiti di ammissibilità richiesti: presentazione del progetto di spesa, con annesso preventivo, per quelle non ancora sostenute (vengono comunque rimborsate anche quelle già effettuate a partire dal 1 gennaio 2000), approvazione di tale progetto, effettivo sostenimento delle spese e rimborso previa presentazione delle fatture pagate. Le iniziative ammissibili all'agevolazione riguardano l'acquisto di beni strumentali, consulenze per qualificare l'attività, realizzazione di siti web, spese di marketing, abbonamenti a periodici, banche dati e centri servizi. Una differenziazione esiste poi a seconda che si faccia riferimento ai progetti congiunti o a quelli individuali: per i primi sono ammesse anche spese per arredi, uffici ed utenze, mentre per i secondi per formazione ed aggiornamento professionale oltre che interessi bancari su forme di finanziamento e di garanzia. Tale ultima scelta deriva dal fatto che, per il singolo collaboratore, l'accesso al credito è più oneroso e comporta maggiori difficoltà: nell'ottica globale dell'iniziativa, che vorrebbe migliorare il rapporto con il mercato, sembra indispensabile anche facilitare i rapporti con i finanziatori.

Dall'osservazione dei requisiti di ammissibilità si evince che la scelta è quella di incentivare i collaboratori giovani (cioè al di sotto dei 40 anni) e con reddito non elevato (massimo 60 milioni nel corso del 1999). Per questo motivo vengono esclusi dalla serie di iniziative alcuni iscritti al Fondo gestione separata che, per le loro caratteristiche, si presume non abbiano come unica fonte di reddito le collaborazioni o che con esse raggiungono comunque un reddito alto. Si vanno cercando, quindi, quelle figure che svolgano esclusivamente collaborazioni e dalle quali non traggono redditi alti. È da notare che viene favorita rispetto ai progetti individuali, nei criteri di formazione della graduatoria, l'aggregazione fra più lavoratori, evidentemente percepita come segnale di rafforzamento del potere contrattuale nei confronti del mercato. L'aggregazione di gruppi di lavoratori è infatti esplicitato come obiettivo nell'accordo in esame, dove si prevede anche la stipulazione fra Regione e Camere di Commercio di un Protocollo di intesa per l'attivazione di specifiche risorse destinate alla realizzazione di servizi comuni. Da notare, poi, che non viene negata la possibilità di cumulare i due tipi di incentivi previsti, individuali o in forma congiunta, nell'ottica sia di una crescita di gruppo che di qualificazione personale. Un'altra considerazione è che tale iniziativa, anche nella forma congiunta, è di natura ben diversa rispetto al sostegno della creazione di impresa: non è infatti previsto il finanziamento per il passaggio da un gruppo di collaboratori a gruppo societario, proprio perché tali incentivi sono volti alla qualificazione dei collaboratori in quanto tali, per favorire la creazione di profili « forti » di collaboratori e non solo forme transitorie verso situazioni più stabili.

L'azione fin qui descritta potrà, inoltre, essere ripetuta in futuro, se si osserverà che il numero di candidature è elevato e l'iniziativa incontra le esigenze dei collaboratori, anche perché si situa all'interno di un programma per lo sviluppo delle attività produttive di durata triennale.

L'accordo del 14 febbraio non si limita a richiamare le azioni fin qui esaminate, ma delinea un quadro più ampio. A questo proposito, rientra in esso una delibera regionale su proposta dell'assessorato Lavoro, Formazione, Scuola ed Università. Si tratta di un invito a presen-

Lavoro parasubordinato ed autonomia collettiva
Federico Bacchiaga

tare progetti (entro il 05/05/2000) da realizzare con il contributo del Fondo Sociale Europeo, nell'ambito dell'Obiettivo 3. Stiamo quindi esaminando una serie di iniziative di portata maggiore rispetto al solo lavoro atipico e, in particolare, parasubordinato, ambiti interessati, nel caso, per la predisposizione di un'analisi del mercato regionale con relativa informazione ed inoltre per azioni di orientamento, consulenza e supporto. In questo caso, quindi, più che verso un sostegno diretto ai lavoratori, notiamo l'interesse dell'ente per adeguare il sistema formativo ed informativo, l'incontro domanda-offerta e, in generale, la volontà di supportare anche queste forme di lavoro.

All'interno dell'Obiettivo 3 del F.S.E. per il periodo 2000/2002 si possono distinguere una serie di obiettivi globali definiti in sede comunitaria che si sostanziano in sei Assi, ognuno dei quali, poi, si articola in Misure, esplicitate per conseguire gli obiettivi specifici. Il primo riferimento ai lavoratori atipici si trova nella Misura A.1, riguardante l'organizzazione dei nuovi Servizi per l'Impiego, nell'ambito di un più generale obiettivo di sviluppo e promozione di politiche attive del lavoro. L'ambito di intervento individuato è quello della predisposizione di servizi telematici che consentano l'incontro fra domanda ed offerta e quindi la creazione di opportunità lavorative, oltre che fornire un costante supporto informativo per aziende e collaboratori. La Misura che riguarda principalmente la parasubordinazione è la D.1, dedicata alla formazione continua ed alla flessibilità del mondo del lavoro, nell'ambito di un obiettivo generale volto a qualificare la forza lavoro ed all'innovazione dell'organizzazione del lavoro. Al suo interno si distinguono due azioni, una rivolta ai lavoratori interinali e l'altra ai collaboratori. Quest'ultima si sostanzia in un'analisi del mercato regionale e nella realizzazione di informazioni specifiche in merito, oltre che in un'attività di orientamento e di consulenza lavorativa e di supporto, seppure all'interno del più ampio contesto del lavoro autonomo.

2.3. Il sistema di incentivi nel contesto regionale.

La logica retrostante questi provvedimenti della Regione Emilia-Romagna rivolti ai lavoratori parasubordinati è di indirizzare alcune iniziative di sostegno e di incentivazione a coloro che hanno i minori contatti con le reti di protezione sociale ed il sistema dei diritti, stabilendo requisiti per segnalare il bisogno di qualificarsi e di trovare dignità piena anche nello svolgimento del proprio lavoro con modalità diverse da quelle del lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Le politiche regionali infatti cercano di individuare degli indici che segnalino l'esigenza reale di sostegno alla crescita ed alla professionalizzazione del lavoratore.

In Emilia-Romagna si verificano le condizioni ideali per politiche regionali ispirate da queste finalità. Si tratta di una delle poche situazioni di mercato del lavoro prossimo al pieno impiego rimaste in Europa, con un tasso di disoccupazione di molto inferiore a quello nazionale, con un differenziale che, nel luglio 1999, ha superato i sette punti percentuali (4% il dato regionale contro l'11,1% a livello nazionale) (4). Anche i dati relativi alla disoccupazione giovanile, pur presentando una minore omogeneità all'interno del contesto regionale rispetto al precedente dato, per la presenza di province nelle quali esistono reali problemi di disoccupazione dei giovani ed in particolare delle giovani donne, sono rassicuranti rispetto alla media nazionale, in particolare in alcuni contesti provinciali (5). Si può allora comprendere, a partire dall'osservazione di questi dati, che ci possa essere spazio per politiche che individuano quale soggetto debole, e maggiormente bisognoso di sostegno pubblico, il prestatore che si colloca all'interno di uno schema contrattuale atipico. In particolare l'attenzione viene rivolta verso chi è meno integrato in una struttura nella quale fornire la propria prestazione e quindi presenta esigenze così eterogenee da essere anche difficilmente canalizzate.

Nelle politiche regionali si può riconoscere, però, un intento di più ampio respiro, che affonda le radici anche in altre osservazioni. Proprio le condizioni particolarmente positive del mercato del lavoro portano con sé alcuni risvolti che, in un futuro prossimo, potrebbero rivelarsi determinanti per mantenere i raggiunti livelli di competitività regionale. Infatti il

note

(4) Questi dati sono tratti dal rapporto congiunturale del dicembre 1999 « Economia e lavoro » della Regione Emilia-Romagna, in particolare pag. 69 e ss..

(5) Per esempio il tasso di disoccupazione giovanile è ai livelli minimi a Modena: al 6,1%. Fonte: « Lettera sull'occupazione » del Gennaio 2000, a cura del Settore Sviluppo ed Interventi Economici del Comune di Modena.

calo della disoccupazione giovanile rivela anche la scarsità di adeguate risorse disponibili ad entrare nel mercato del lavoro, condizione che potrebbe rivelarsi critica per proseguire sulla strada dello sviluppo. Inoltre, in particolare, si registra la richiesta da parte del mercato del lavoro di competenze tecniche che oggi sono risorse scarse e il cui deficit può essere rimediato solo con un impegno formativo diretto ai lavoratori in entrata.

Sicuramente le tipologie contrattuali atipiche, soprattutto quelle che implicano un rapporto di durata limitata nel tempo o, come quella in esame, che non implica un'integrazione stabile in una struttura, sono in contrasto con l'esigenza appena delineata. Eppure le modalità di svolgimento dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa potrebbero rivelarsi quelle adatte per un mercato che richiede specializzazione in maniera particolare nei rapporti di consulenza senza che questi, per raggiungere lo scopo desiderato, debbano per forza implicare un rapporto di lavoro dipendente e per di più a tempo indeterminato. Allora anche gli sforzi di formazione e di specializzazione di questi lavoratori sono da tenere in considerazione, anche se condotti in maniera indipendente, cioè con la costruzione personale, o insieme a colleghi che presentino le stesse esigenze, di un percorso idoneo allo scopo.

È fondamentale osservare che il 47,5% dei collaboratori appartengano al terziario avanzato e il 34,4% al terziario tradizionale (6), inoltre l'età media degli appartenenti al Fondo Gestione Separata INPS è di 39 anni ed è in crescita il peso della componente giovanile (7): questi dati sembrano giustificare un investimento in formazione e qualificazione di lavoratori giovani in settori strategici per lo sviluppo.

Naturalmente non bisogna perdere di vista che si sta parlando non della generalità dei rapporti di collaborazione, ma solo di alcuni che presentano particolari requisiti e che si contestualizzano in una regione il cui mercato del lavoro ha le caratteristiche sopra citate. Non si può infatti pensare che questa forma contrattuale sia un veicolo di creazione di occupazione, ciò è confermato del resto anche dall'osservazione empirica che essa si è sviluppata principalmente nelle regioni dove il tasso di disoccupazione è più basso (8). È quindi diffusa dove ci sono opportunità di lavoro e sulla base di queste nascono esigenze differenziate che portano a ricorrere anche ad alcune forme atipiche. Le presenti considerazioni sono quindi valide solo in riferimento al preciso contesto regionale e a fianco di questi esistono realtà profondamente diverse di ricorso al lavoro parasubordinato in nome di esigenze di natura completamente differente, quale, *in primis*, il risparmio sul costo del lavoro. Infatti a fronte della creazione di percorsi virtuosi grazie alle caratteristiche della parasubordinazione, si innestano anche percorsi lavorativi viziosi, che travalicano il confine della flessibilità per sfociare nella debolezza e nella precarietà (9). Tuttavia le particolari condizioni presentate permettono di far crescere la consapevolezza che, all'interno delle tipologie che esulano dagli schemi tradizionali del rapporto di lavoro subordinato, ma che richiedono comunque continuità, coordinazione e prevalente personalità della prestazione trovano collocazione alcune ipotesi di lavori che trovano in questo schema un *habitat* ideale. Si sta facendo strada la convinzione che non è possibile continuare a non fornire risposte alle esigenze di quel 32% di collaboratori che individuano in questo modello di lavoro quello preferito (10) o a quel 26,5% che non cambierebbe neppure con un lavoro più gratificante, sicuro e meglio remunerato (11).

Non sono certo da sottovalutare le alte percentuali di chi non si ritiene soddisfatto di questa modalità di prestazione o di chi si sente obbligato a sceglierla per mancanza di valide alternative, ma non si può neppure rischiare di penalizzare la professionalità e la crescita di

note

(6) Fonte: indagine Censis, 1997.

(7) Fonte: indagine Ires, 1999.

(8) Infatti le prime cinque regioni per numero di contratti di collaborazione coordinata e continuativa sono, nell'ordine: Trentino Alto-Adige, Lombardia, Friuli Venezia-Giulia, Valle d'Aosta ed Emilia-Romagna. Le regioni del Sud, afflitte dai più gravi problemi di disoccupazione, occupano tutte gli ultimi posti della graduatoria.

(9) Il caso più ovvio è quello di chi, assunto originariamente come dipendente, viene « invitato » ad accettare la stipulazione di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa, che implica lo svolgimento con le stesse modalità precedenti, come alternativa al licenziamento. Un esempio in Dall'Agata, Grazioli, 1999, p. 150.

(10) La fonte per questo dato è un'indagine Censis del 1997, tuttavia è da sottolineare che esso è stato presentato in maniera diversa in occasione di un'audizione informale sui lavori atipici del direttore del Censis alla Commissione Lavoro della Camera che ha avuto luogo in data 8 settembre 1999: in seguito all'aggregazione di alcune risposte diverse, ma non escludenti quella sopra riportata, la percentuale di lavoratori che ritengono la collaborazione il modello di lavoro preferito o quello comunque emergente sale al 41%.

(11) La fonte è un'indagine diretta IRES del settembre 1999, i cui risultati sono pubblicati in Altieri, Carrieri, 2000. Per la costruzione del campione di questa indagine si veda, in particolare, p. 64.

Nell'indagine Censis del 1997, invece, alla proposta di cambiamento della propria condizione professionale con un'altra forma contrattuale, il 43% ha risposto che non cambierebbe in nessun caso.

Lavoro parasubordinato ed autonomia collettiva
 Federico Bacchiaga

chi opta per le collaborazioni, continuando a ritenerle, nella totalità dei casi, un passaggio transitorio nella ricerca di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Come detto in precedenza, è anche fondamentale evidenziare che si tratta di iniziative rivolte ai giovani, e, quindi, ad una fascia per la quale sono particolarmente appropriate le osservazioni precedentemente enunciate. Ci si rivolge ai collaboratori giovani anche per una serie di ulteriori motivi: se si osserva l'andamento degli avviamenti al lavoro degli ultimi anni, si noterà che ogni anno aumentano gli ingressi nel mondo del lavoro con contratti che implicino un rapporto a durata determinata (12) o con contratti atipici. Allora l'introduzione di misure che possono far percepire come qualificati e qualificanti anche forme di lavoro diverse dal lavoro subordinato a tempo indeterminato, possono creare motivazioni e una maggiore soddisfazione della propria posizione. In questo modo una percentuale meno elevata di giovani vedrebbero questi tipi di contratti solo come una prima esperienza nel mondo del lavoro in attesa di trovare forme contrattuali tradizionalmente considerate più stabili. Infatti anche questo sistema di incentivi, per esempio tramite quelli alla formazione, può essere un contributo alla diminuzione delle caratteristiche di debolezza e precarietà presenti nella figura del lavoratore parasubordinato. Tali profili sono infatti presenti per la maggior parte di questi lavoratori, al punto che esiste un'interpretazione dottrinale che, con tale giustificazione, porta ad accostarli, sul versante delle tutele, ai lavoratori subordinati (Santoro Passarelli, 1979). Inoltre anche il disegno di legge n. 2049/97, approvato dal Senato e trasmesso alla Camera il 4 febbraio 1999, dove ha ricevuto il n. 5651, viene criticato (Liso, 2000) perché proporrebbe ancora il lavoratore parasubordinato come sottoprotetto ed ed economicamente debole, disegnando una figura di lavoratore dipendente *in pectore*.

2.4. Un accordo oltre gli incentivi.

L'accordo in esame non si limita solo a delineare un sistema di incentivi rivolto ai lavoratori parasubordinati, ma prevede anche una serie di impegni da parte della Giunta regionale, fra i quali il più importante e innovativo è in ambito contrattuale.

Con l'intento di valutare la rilevanza del fenomeno, di conoscerne le problematiche e di dare risposte a queste con azioni coordinate ed organiche, la Giunta regionale dovrà definire, quindi, in accordo con le organizzazioni sindacali, una serie di ulteriori interventi diretti a rafforzare le competenze professionali, anche tramite un sistema di formazione permanente. Inoltre dovrà essere disposta un'analisi ed un monitoraggio del fenomeno, prevenendo anche azioni di orientamento, di agevolazione dell'incontro domanda-offerta, anche con interventi mirati all'interno dei Centri per l'Impiego ed iniziative di assistenza tecnica in collaborazione con centri di formazione, Camere di commercio, Scuole ed Università. Saranno poi istituiti sia un tavolo di consultazione fra Regione e forze economiche e sociali, che un comitato interassessorile per il coordinamento delle attività.

Tuttavia il punto più interessante, forse dell'Accordo in assoluto, è quello conclusivo: la Giunta dovrà delineare, in collaborazione con le organizzazioni sindacali, un quadro dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa in essere all'interno della Regione stessa, degli Enti e delle società partecipate, con lo scopo di individuare indicatori per definire i contenuti minimi di tali contratti. Tali contenuti minimi si applicheranno poi anche alle imprese ed enti che operino su commessa, in appalto, o in convenzione con la Regione, al sistema delle autonomie locali regionali, Enti pubblici e società partecipate. Una volta compiuta l'opera di individuazione degli indicatori, l'applicazione che si verrebbe in questo modo a delineare sarebbe quindi vasta. In questo accordo si potrebbe quindi avere, se gli sviluppi seguiranno l'impostazione, l'embrione della contrattazione collettiva all'interno della Regione, al momento pressoché inesistente.

Questa conclusione dell'accordo lascia spazio anche ad un'ipotesi di evoluzione contrattuale, andando oltre un sistema di incentivi che è abbastanza logico che venga delineato dall'istituzione regionale in collaborazione con le organizzazioni dei lavoratori. Certo, molto dipende da come e in quali tempi verrà impostato il lavoro di individuazione degli indicatori, per il momento è sufficiente cogliere qual è la direzione verso la quale muovono, e con quali scopi, la Regione e le associazioni sindacali.

note

(12) Per esempio nel 1998 le assunzioni a tempo determinato in Emilia-Romagna sono aumentate del 13,8%, Fonte: Direzione Regionale del lavoro; ed al Nord si stima (M. Magatti, 2000) si sia raggiunto il livello del 50% degli avviamenti a tempo determinato.

3. Conclusioni.

Nell'accordo in esame la Giunta regionale assume un impegno che fa ipotizzare uno sviluppo futuro della contrattazione. Certamente questo tipo di esperienza regionale può fungere da punto di riferimento anche per un livello più esteso di applicazione. Anche perché con l'orientamento riscontrabile nell'accordo emiliano-romagnolo si possono trovare punti di contatto in un Protocollo d'intesa fra la Regione Lazio e le organizzazioni sindacali NIDIL, ALAI e CPO. In particolare al punto B degli Strumenti individuati nell'accordo, si prevede la produzione da parte della Commissione Bilaterale Permanente di uno schema regolamentare affinché l'Ente e le imprese che lavorano in convenzione con esso « applichino tutte le norme contrattuali, previdenziali e fiscali ».

L'individuazione di questa linea di evoluzione nelle relazioni collettive, in considerazione anche dei risultati raggiunti nel corso del 1999 dalle organizzazioni sindacali, porta a riconsiderare le osservazioni critiche iniziali. Sicuramente l'accordo esaminato è solamente un punto di partenza. Esso contiene, tuttavia, alcune indicazioni: per esempio in materia di aggregazione dei lavoratori, che viene favorita dal sistema di incentivi. Questo potrebbe aiutare lo sviluppo delle relazioni collettive, rendendole in grado di indicare importanti modelli di riferimento di cui i progetti di legge dovrebbero tenere conto, seguendo in questo modo il percorso normalmente compiuto dal diritto del lavoro.

Con queste condizioni, si potrebbe ipotizzare un intervento di legge diverso da quello in discussione attualmente alla Camera, accompagnato da forti critiche a causa di una disciplina ricondotta alla fattispecie lavoratore parasubordinato che troppo si avvicina a quella del lavoratore subordinato (ancora Liso, 2000; *contra* vedi S. Leonardi, 1999, che qualifica le tutele accordate dal progetto di legge elementi di civiltà costituzionale legati alla dignità della persona al lavoro e giudica arduo il confronto fra queste e quelle in favore del lavoratore subordinato). Tale intervento potrebbe essere caratterizzato dalla previsione di un minor numero di garanzie per legge. In questo modo maggiore spazio sarebbe lasciato all'autonomia collettiva, in grado di accordare diversi gradi di tutela.

Il percorso delineato sarebbe allora diverso rispetto a quello dell'attuale progetto di legge, che procede tipizzando un *tertium genus* ed estende a questo una serie di tutele fra quelle tipiche del lavoro subordinato. Sarebbe invece maggiormente conforme al ragionamento retrostante lo « Statuto dei Lavori » (Biagi, Tiraboschi, 1999): una serie di regole fondamentali fissate per legge ed ulteriori tutele a geometria variabile a seconda dell'istituto di riferimento.

Bibliografia

Altieri P., Carrieri M., (2000), *Il popolo del 10%: il boom del lavoro atipico*.

Biagi M., Tiraboschi M., (1999), *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno « Statuto dei lavori »*, in *LD*, n. 4, p. 582 e ss.

Biagi M., (2000A), *Lavoro parasubordinato: accordo CDO non profit-sindacati*, in *GLAV*, n. 25, p. 10.

Biagi M., (2000B), *Il Patto Milano Lavoro: un'intesa pilota*, in *q. Rivista*, n. 2, p. 127° ss.

Dall'Agata C., Grazioli P., (1999), *Senza tetto né legge? Collaboratori coordinati e continuativi tra dipendenza e autonomia: un'indagine in Emilia-Romagna*.

Gottardi D. (1998), *Un contratto « atipico » per i lavori atipici*, in *LI*, n. 14.

Leonardi S., (1999), *Il lavoro coordinato e continuativo: profili giuridici e aspetti problematici*, n. 3, p. 501.

Liso F. (2000), *Brevi note a proposito dell'iniziativa*

legislativa in materia di lavori atipici, disponibile al sito <http://www.unicz.it/lavoro/LISO.htm>.

Magatti M. (2000), *Il lavoro parasubordinato nel modello di sviluppo del Nord*, in *I&S*, n. 46.

Magrini S. (1998), *Il contratto collettivo nazionale per collaborazioni coordinate e continuative*, in *DPL*, n. 41, p. 2743.

Regione Emilia-Romagna, (1999), *Economia e Lavoro in Emilia-Romagna, Rapporto congiunturale 1999*.

Santoro Passarelli G. (1979), *Il lavoro parasubordinato*, Milano.

Scarpelli F. (1999), *Autonomia collettiva e autonomia individuale nella regolazione del rapporto dei lavoratori parasubordinati*, in *LD*, n. 4, pp. 561-562.

Scarpelli F. (2000), *Il Patto di Milano Lavoro: le ragioni del dissenso*, in *q. Rivista*, n. 2, p. 135° ss.

Treu T., (2000), *Il Patto sul Lavoro di Milano: un modello di concertazione in stile europeo*, in *q. Rivista*, n. 2, p. 123 ss.

Il ruolo delle forme integrative di assistenza sanitaria

Gaetana Mariani Castelli

Sommario

1. Premessa. 2. Il quadro normativo di riferimento. 2. Livelli essenziali e livelli integrativi di assistenza. 3. Fonti istitutive dei Fondi, problematiche di gestione e relazioni sindacali. 4. Partecipazione del cittadino ed economicità del servizio sanitario: alcuni spunti sul caso svizzero.

1. Premessa.

Il decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, e successive modificazioni, coordinato con il decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229, prevede un ridisegno del quadro normativo dei fondi sanitari integrativi.

I problemi sollevati dai recenti interventi del legislatore sono molteplici e appartengono ad un'area, per così dire, multidisciplinare; infatti i diritti in gioco sono prioritariamente di matrice costituzionale, perché si discute del concetto di pubblico servizio e di esercizio del diritto di libertà di cura e di libera scelta del presidio di cura; tuttavia, non possono essere ignorate importanti valutazioni sul versante della spesa sanitaria pubblica e privata, specialmente in relazione alla difficoltà di poter garantire un livello elevato e dispendioso di prestazioni in un Paese fortemente interessato dal fenomeno dell'invecchiamento rapido della popolazione, il che significa nel medio periodo declino del numero di abitanti e anche riduzione della forza lavoro.

Completano il quadro di riferimento gli indispensabili collegamenti con il tema del regime fiscale della contribuzione per fini sanitari, nonché degli effetti indotti dalle politiche sanitarie sullo sviluppo complessivo delle relazioni sindacali.

Al fine di rendere maggiormente intelligibili le potenziali conseguenze del sistema attuale, sono stati introdotti alcuni elementi di valutazione legati al dibattito internazionale, con particolare riguardo al tema della istituzione di un Fondo per l'assistenza ad anziani non autosufficienti, sul modello tedesco, e all'applicazione del principio di partecipazione del cittadino e di economicità della cura nell'ordinamento sanitario svizzero.

2. Il quadro normativo di riferimento.

Per seguire in modo adeguato l'evoluzione e la stabilizzazione attuale del dibattito sul tema, è opportuno far precedere la descrizione del quadro istituzionale di riferimento da una sintetica premessa sulle regole di finanziamento del Servizio Sanitario Nazionale.

Il costante e massiccio aumento della spesa sanitaria, che si riscontra a partire dagli anni settanta, e che non corrisponde ad un sufficiente e significativo miglioramento della quantità e della qualità delle prestazioni erogate, mette in luce l'esigenza e l'urgenza di una

Il ruolo delle forme integrative di assistenza sanitariaGaetana Mariani
Castelli

riaggregazione e di un coordinamento delle competenze decisionali e gestionali in materia di salute.

Il quadro definito dalla legge 23 dicembre 1978 n. 833, *Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale*, si articola in tre livelli operativi: un livello centrale statale, un livello regionale intermedio e un livello locale, essenzialmente comunale.

Il sistema di finanziamento si sviluppa prioritariamente a livello centrale, secondo le disposizioni contenute negli articoli 51 e 69 della legge, in relazione alla istituzione del Fondo Sanitario Nazionale. Le norme citate prevedono che il Fondo sia determinato annualmente con la legge di approvazione del bilancio dello Stato; ripartito tra le Regioni dal CIPE, sulla base di indici e di standards, definiti a livello nazionale e con numerosi vincoli di destinazione ai campi di intervento previsti dal Piano Sanitario Nazionale; sottoposto al controllo permanente dei Ministri della Sanità e del Tesoro, mediante l'obbligo fatto alle Regioni di comunicare regolarmente l'andamento della spesa sanitaria regionale.

Sul piano concreto, secondo le disposizioni degli articoli 63 e 69, le entrate del fondo sanitario nazionale vengono garantite principalmente attraverso i contributi sanitari obbligatori a carico dei datori di lavoro e dei lavoratori dipendenti, cui si aggiungono, a metà degli anni ottanta, i lavoratori autonomi con la cosiddetta «tassa sulla salute»; la restante parte dei costi viene posta a carico della fiscalità generale.

In questo contesto, l'articolo 48 del DPR 22 dicembre 1986, n. 917, recante «*Approvazione del testo unico delle imposte sui redditi*», riconosce ai contributi di assistenza sanitaria versati dal datore di lavoro o dal lavoratore a enti o casse aventi fine esclusivamente assistenziale in conformità a disposizioni di contratto, di accordo o di regolamento aziendale, lo stesso trattamento fiscale di esenzione dall'Irpef, previsto per i contributi obbligatori diretti al finanziamento del FSN: in altre parole, tali contributi vengono esclusi dalla base di calcolo dell'Irpef e non concorrono a formare il reddito di lavoro dipendente.

Non viene prevista agevolazione fiscale alcuna per i contributi versati dai lavoratori autonomi alle casse sanitarie di categoria, così come per i premi connessi alla stipula di assicurazioni private.

I deludenti risultati gestionali del sistema elaborato nel 1978 spingono il legislatore alla definizione di un intervento di riordino della materia sanitaria, attraverso l'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992 n. 421, «*Delega al governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego di previdenza e di finanza territoriale*»; l'obiettivo è quello di tendere all'«*ottimale e razionale utilizzazione delle risorse destinate al SSN, il perseguimento della miglior efficienza del medesimo a garanzia del cittadino, l'equità distributiva e il contenimento della spesa sanitaria, con riferimento all'articolo 32 della Costituzione, assicurando a tutti i cittadini il libero accesso alle cure e la gratuità del servizio nei limiti e secondo i criteri previsti dalle leggi vigenti in materia*».

Tra i criteri imperativi fissati dalla legge per ottenere migliori risultati anche sotto il profilo delle risorse disponibili, l'articolo 1 punto 1) prevede l'obbligo di «*introdurre norme volte, nell'arco di un triennio, alla revisione e al superamento dell'attuale regime delle convenzioni sulla base di criteri di integrazione con il servizio pubblico, di incentivazione al contenimento dei consumi sanitari, di valorizzazione del volontariato, di acquisizione delle prestazioni, da soggetti singoli o consortili, secondo principi di qualità ed economicità, che consentano forme di assistenza differenziata per tipologie di prestazioni, al fine di assicurare ai cittadini migliore assistenza e libertà di scelta*».

Il sistema di finanziamento viene orientato, nel testo del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, «*Riordino della disciplina in materia sanitaria a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992 n. 421*», e successive modificazioni, alla realizzazione di un meccanismo regionale di ripartizione delle risorse, attraverso:

- a) un sistema di livelli di assistenza uniformi nel territorio nazionale, collegato ad un parametro capitaro di finanziamento, in relazione a standard organizzativi e di attività;
- b) l'assegnazione alle Regioni e alle Province autonome dei contributi sanitari riscossi in sede locale (con riferimento al domicilio fiscale del contribuente) e la contestuale riduzione del Fondo sanitario nazionale di parte corrente, nonché l'imputazione alle Regioni stesse degli effetti finanziari per l'erogazione di livelli di assistenza superiori a quelli uniformi, per l'adozione di modelli organizzativi diversi da quelli assunti come base per la determinazione del parametro capitaro di finanziamento, per gli eventuali disavanzi di gestione delle Aziende sanitarie e delle Aziende ospedaliere.

Tale meccanismo di ripartizione regionale si perfeziona con l'attuazione della legge delega

collegata alla legge finanziaria per il 1998, che istituisce l'imposta regionale sulle attività produttive IRAP e sopprime contestualmente i contributi sanitari per i datori di lavoro privati, quelli per lavoratori dipendenti e pensionati, e la «tassa sulla salute», introducendo altresì un'addizionale IRPEF dell'0.5%. Scopo della riforma è marcatamente quello di favorire una riduzione del costo del lavoro tanto più pronunciata, quanto più erano fiscalizzati i contributi sanitari.

In questo nuovo regime, il trattamento fiscale dei fondi non è stato modificato, fatta salva la limitazione della deducibilità dall'Irpef a 7 milioni annui, con conseguente penalizzazione di coloro che versano cifre maggiori, soggette, per la differenza, a tassazione, come fossero reddito percepito.

la riforma globale di riorganizzazione del SSN muove dal testo della legge 30 novembre 1998 n. 419, *Delega al Governo per la razionalizzazione del SSN e per l'adozione di un testo unico in materia di organizzazione e di funzionamento del SSN. Modifiche al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502.*

L'articolo 2 comma 1 punto cc) prevede espressamente il riordino delle forme integrative di assistenza sanitaria, di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 502, e successive modificazioni, precisando che esse si riferiscono a «*prestazioni aggiuntive, eccedenti i livelli essenziali ed uniformi di assistenza definiti dal Piano Sanitario Nazionale, con questi comunque integrate, ammettendo altresì la facoltà per le Regioni, le province autonome, gli enti locali e i loro consorzi di partecipare alla gestione delle stesse forme integrative di assistenza*».

In attuazione della norma predetta, il nuovo articolo 9 del decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 502, così come modificato dall'articolo 9 del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229, così si esprime:

9. Fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale.

1. Al fine di favorire l'erogazione di forme di assistenza sanitaria integrative rispetto a quelle assicurate dal Servizio sanitario nazionale e, con queste comunque direttamente integrate, possono essere istituiti fondi integrativi finalizzati a potenziare l'erogazione di trattamenti e prestazioni non comprese nei livelli uniformi ed essenziali di assistenza di cui all'articolo 1, definiti dal Piano sanitario nazionale e dai relativi provvedimenti attuativi.

2. La denominazione dei fondi di cui al presente articolo deve contenere l'indicazione «fondo integrativo del Servizio sanitario nazionale». Tale denominazione non può essere utilizzata con riferimento a fondi istituiti per finalità diverse.

3. Tutti i soggetti pubblici e privati che istituiscono fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale sono tenuti ad adottare politiche di non selezione dei rischi. Le fonti istitutive dei fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale sono le seguenti:

- a) contratti e accordi collettivi, anche aziendali;*
- b) accordi tra lavoratori autonomi o fra liberi professionisti, promossi dai loro sindacati o da associazioni di rilievo almeno provinciale;*
- c) regolamenti di regioni, enti territoriali ed enti locali;*
- d) deliberazioni assunte, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, da organizzazioni non lucrative di cui all'articolo 1, comma 16 operanti nei settori dell'assistenza socio-sanitaria o dell'assistenza sanitaria;*
- e) deliberazioni assunte, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, da società di mutuo soccorso riconosciute;*
- f) atti assunti da altri soggetti pubblici e privati, a condizione che contengano l'esplicita assunzione dell'obbligo di non adottare strategie e comportamenti di selezione dei rischi o di discriminazione nei confronti di particolari gruppi di soggetti.*

4. L'ambito di applicazione dei fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale è rappresentato da:

- a) prestazioni aggiuntive, non comprese nei livelli essenziali e uniformi di assistenza e con questi comunque integrate, erogate da professionisti e da strutture accreditati;*
- b) prestazioni erogate dal Servizio sanitario nazionale comprese nei livelli uniformi ed essenziali di assistenza, per la sola quota posta a carico dell'assistito, inclusi gli oneri per l'accesso alle prestazioni erogate in regime di libera professione intramuraria e per la fruizione dei servizi alberghieri su richiesta dell'assistito di cui all'articolo 1, comma 15, della legge 23 dicembre 1996, n. 662;*
- c) prestazioni sociosanitarie erogate in strutture accreditate residenziali e semiresidenziali o in forma domiciliare, per la quota posta a carico dell'assistito.*

5. Fra le prestazioni di cui al comma 4, lettera a), sono comprese:

Il ruolo delle forme integrative di assistenza sanitariaGaetana Mariani
Castelli

a) *le prestazioni di medicina non convenzionale, ancorché erogate da strutture non accreditate;*

b) *le cure termali, limitatamente alle prestazioni non a carico del Servizio sanitario nazionale;*

c) *l'assistenza odontoiatrica, limitatamente alle prestazioni non a carico del Servizio sanitario nazionale e comunque con l'esclusione dei programmi di tutela della salute odontoiatrica nell'età evolutiva e dell'assistenza odontoiatrica e protesica a determinate categorie di soggetti in condizioni di particolare vulnerabilità.*

6. *Con decreto del Ministro della sanità, previo parere della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della disciplina del trattamento fiscale ai sensi del comma 10, sono individuate le prestazioni relative alle lettere a), b) e c) del comma 5, nonché quelle ricomprese nella lettera c) del comma 4, le quali, in via di prima applicazione, possono essere poste a carico dei fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale.*

7. *I fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale sono autogestiti. Essi possono essere affidati in gestione mediante convenzione, da stipulare con istituzioni pubbliche e private che operano nel settore sanitario o sociosanitario da almeno cinque anni, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro della sanità, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Le regioni, le province autonome e gli enti locali, in forma singola o associata, possono partecipare alla gestione dei fondi di cui al presente articolo.*

8. *Entro centoventi giorni dall'entrata in vigore della disciplina del trattamento fiscale ai sensi del comma 10, è emanato, su proposta del Ministro della sanità, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il regolamento contenente le disposizioni relative all'ordinamento dei fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale. Detto regolamento disciplina:*

a) *le modalità di costituzione e di scioglimento;*

b) *la composizione degli organi di amministrazione e di controllo;*

c) *le forme e le modalità di contribuzione;*

d) *i soggetti destinatari dell'assistenza;*

e) *il trattamento e le garanzie riservate al singolo sottoscrittore e al suo nucleo familiare;*

f) *le cause di decadenza della qualificazione di fondo integrativo del Servizio sanitario nazionale.*

9. *La vigilanza sull'attività dei fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale è disciplinata dall'articolo 122 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112. Presso il Ministero della sanità, senza oneri a carico dello Stato, sono istituiti: l'anagrafe dei fondi integrativi del servizio sanitario nazionale, alla quale debbono iscriversi sia i fondi vigilati dallo Stato che quelli sottoposti a vigilanza regionale; l'osservatorio dei fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale, il cui funzionamento è disciplinato con il regolamento di cui al comma 8.*

10. *Le disposizioni del presente articolo acquistano efficacia al momento dell'entrata in vigore della disciplina del trattamento fiscale dei fondi ivi previsti, ai sensi dell'articolo 10, comma 1 della legge 13 maggio 1999 n. 133.*

In ordine al trattamento fiscale, l'articolo 10 comma 1 della legge 13 maggio 1999, n. 133, che reca « *Disposizioni in tema di perequazione, razionalizzazione e federalismo fiscale* », lettera l), individua come criterio direttivo « *la previsione di una revisione organica del trattamento del regime fiscale attualmente vigente per i contributi volontari e contrattuali di assistenza sanitaria versati ad enti o casse, al fine di:*

1. *riconoscere un trattamento fiscale di prevalente agevolazione in favore dei Fondi Integrativi del SSN, come disciplinati dalle disposizioni attuative della legge 30 novembre 1998, n. 419;*

2. *assicurare la parità di trattamento fiscale tra i fondi diversi da quelli di cui al numero 1-;*

3. *garantire l'invarianza complessiva del gettito ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche* ».

Il recente decreto legislativo, n. 41/2000, « *Disciplina del trattamento fiscale dei contributi di assistenza sanitaria* », (pubblicato in GU 3 marzo 2000, n. 52), apporta pertanto alcune significative modifiche al testo unico delle imposte sui redditi, approvato con DPR 22 dicembre 1986, n. 917.

A) all'articolo 10, comma 1, viene inserita la lettera e-ter): « *i contributi versati ai fondi integrativi del SSN istituiti o adeguati ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni, per un importo complessivo non superiore a lire 2.000.000 per gli anni 2001 e 2002. Per gli anni 2003 e 2004 il suddetto importo è fissato in lire*

3.000.000, aumentato a lire 3.500.000 per gli anni 2005 e 2006 e a lire 4.000.000 a decorrere dal 2007. Per i contributi versati nell'interesse delle persone indicate nell'articolo 12, che si trovino nelle condizioni ivi previste, la deduzione spetta per l'ammontare non dedotto dalle persone stesse, fermo restando l'importo complessivamente stabilito ».

B) all'articolo 48, comma 2 lettera a), viene previsto che non concorrono a formare il reddito i contributi di assistenza sanitaria "per un importo complessivamente non superiore a lire 7.000.000 fino all'anno 2002 e a lire 6.000.000 per l'anno 2003, diminuite negli anni successivi in ragione di lire 500.000 annue fino a lire 3.500.000. Fermi restando i suddetti limiti, a decorrere dal 1 gennaio 2003, il suddetto importo è determinato dalla differenza tra lire 6.500.000 e l'importo dei contributi versati, entro i valori fissati dalla lettera e-ter) del comma 1 dell'articolo 10, ai Fondi integrativi del SSN istituiti o adeguati ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 e successive modificazioni".

3. Livelli essenziali e livelli integrativi di assistenza.

I livelli essenziali ed uniformi di assistenza rappresentano il contenuto ordinario delle attività esercitate dal SSN e l'insieme delle prestazioni garantite a tutti i cittadini, con eguali opportunità di accesso e secondo i criteri di individuazione determinati dal Piano Sanitario Nazionale.

L'art. 1 c. 6 e 7 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, coordinato con il d.lgs. 19 giugno 1999 n. 229, chiarisce che i livelli essenziali di assistenza comprendono le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni relative alle aree di offerta individuate dal PSN e comprendenti, per il 1998-2000, l'assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e di lavoro, l'assistenza distrettuale e l'assistenza ospedaliera; ugualmente, sono poste a carico del SSN le prestazioni che presentano evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a fronte delle risorse impiegate, mentre sono escluse quelle prestazioni che non rispondono a necessità assistenziali tutelate in base ai principi ispiratori del SSN, non soddisfano il principio dell'efficacia e dell'appropriatezza, non ottemperano al principio di economicità nell'utilizzo delle risorse.

Il DPR 23 luglio 1998, Piano Sanitario Nazionale 1998-2000, nella parte seconda, fissa l'articolazione delle funzioni e delle aree di attività comprese nei livelli di assistenza ed individua il necessario raccordo per la determinazione della quota capitaria di finanziamento necessaria per la garanzia dei livelli di assistenza medesimi. In sede di definizione, qualifica *essenziali* i livelli di assistenza che, *in quanto necessari (per rispondere ai bisogni fondamentali di promozione, mantenimento e recupero delle condizioni di salute della popolazione) ed appropriati (rispetto sia alle esigenze specifiche di salute del cittadino sia alle modalità di erogazione delle prestazioni) debbono essere uniformemente garantiti su tutto il territorio nazionale e all'intera collettività, tenendo conto delle differenze nella distribuzione delle necessità assistenziali e dei rischi per la salute.*

Rispetto ai livelli essenziali ed uniformi, la riforma sanitaria-ter ipotizza dunque un trattamento differenziato per i fondi denominati *integrativi* del Servizio Sanitario Nazionale, rispetto a quelli qualificati come *sostitutivi*.

I Fondi integrativi (definiti, nel linguaggio giornalistico, fondi DOC), che offriranno servizi e prestazioni secondo le regole individuate dal decreto legislativo n. 229/1999, potranno: offrire prestazioni aggiuntive rispetto ai livelli essenziali ed uniformi di assistenza garantiti dal SSN, purché erogati da strutture e professionisti accreditati, ossia con i quali siano stati stipulati appositi rapporti ai sensi dell'articolo 8-*quinquies* del d.lgs. 229/1999; la definizione delle prestazioni eccedenti i livelli essenziali di assistenza richiederà maggiori specificazioni, e la normativa prevede un successivo provvedimento del Ministero della Sanità che ne determini i contenuti; è comunque evidente che tali prestazioni aggiuntive non dovranno coincidere con quelle già ricomprese nei livelli essenziali, e nel contempo differenziarsi dalle prestazioni eccedenti rispetto alla quantità definita dalla programmazione regionale; rimborsare il ticket per le stesse prestazioni uniformi ed essenziali, inclusi il comfort alberghiero ed attività svolte in libera professione intramuraria dai medici, nonché rimborsare il ticket per prestazioni socio-sanitarie ad elevata integrazione erogate da strutture accreditate residenziali o semiresidenziali o in forma domiciliare; garantire cure termali (prestazioni non a carico del SSN) e cure odontoiatriche (esclusi i trattamenti in età evolutiva, escluse le persone in condizione di particolare vulnerabilità, e limitatamente alle prestazioni non a carico del SSN);

Il ruolo delle forme integrative di assistenza sanitaria*Gaetana Mariani
Castelli*

garantire prestazioni di medicina non convenzionale, anche se erogate da strutture non accreditate.

Altre prestazioni, come, ad esempio, il rimborso delle spese per ricovero in casa di cura privata non accreditata o la visita specialistica in libera professione, non saranno consentite per questa tipologia di Fondi.

In aggiunta, solo questi fondi godranno dei benefici fiscali attualmente previsti dall'art. 48 comma 2 del TUIR, secondo cui i contributi di assistenza sanitaria versati da datore di lavoro o lavoratore ad enti o casse con fine esclusivamente assistenziale, in seguito ad accordo contrattuale o regolamento aziendale, non concorrono alla formazione del reddito; il trattamento fiscale di maggior favore è inoltre destinato a crescere gradualmente, fino ad arrivare, a regime, a quota 7.000.000.

Al contrario, i Fondi sostitutivi, (cosiddetti fondi non-DOC), fra i quali sono da annoverare quelli attualmente operanti, FASI (dirigenti industria), CASAGIT (giornalisti), FASDAC (dirigenti del commercio), CAM (Cariplo), FIDA(Enichem), fruiranno di un regime diverso e molto più penalizzante, poiché: da un lato questi fondi garantiscono mediamente ai propri iscritti una gamma significativa di prestazioni che l'assistito e i suoi familiari possono utilizzare in alternativa, o meglio in sostituzione, delle prestazioni offerte dal SSN (ad esempio, assistenza domiciliare, prestazioni odontoiatriche, cure termali, ticket, occhiali-lenti, visite specialistiche, terapia di riabilitazione, psicoterapia, interventi e ricoveri, sia pure in modo differenziato per Cassa); dall'altro, l'attuale trattamento fiscale, che resterà inalterato fino al 2002, continuando a non concorrere alla formazione del reddito i contributi versati fino a lire 7.000.000 l'anno, comincerà a subire pesanti tagli fino alla soglia minima a regime di lire 3.500.000 nel 2008.

Si tenga conto altresì che i Fondi attualmente operanti sono una trentina (comprendendo tra questi società di mutuo soccorso, casse aziendali e fondi di categoria) per un totale di circa 2.000.000 di persone assistite, tra iscritti e familiari, e che questi Fondi saranno con ogni probabilità costretti a riconsiderare le prestazioni garantite, in forza di un aumento dei costi e di una eventuale necessità di aumento anche dei contributi integrativi.

Ora, i nodi problematici legati all'entrata in vigore del sistema così delineato sono molteplici.

In primo luogo, la necessità di assicurare condizioni di uniformità nella tutela, su tutto il territorio nazionale, era già dichiarata dall'articolo 2 della legge n. 833/1978; è risaputo che in alcune regioni i cittadini godono di una situazione di privilegio rispetto ai loro connazionali di altre zone, sia in termini di quantità che di qualità delle strutture sanitarie a disposizione, sia, in via consequenziale, di quantità e qualità di prestazioni usufruibili. La stessa creazione del SSN ha avuto fin dall'inizio l'obiettivo dichiarato di correggere i divari più macroscopici e di tendere all'affermazione del principio costituzionale di uguaglianza. La limitatezza delle risorse economiche costringe spesso ad affrontare il problema dei livelli uniformi di assistenza sanitaria in termini di minimo indispensabile, piuttosto che in quelli, più consoni rispetto ai principi, di massimo auspicabile.

Come giustamente è stato sottolineato dalla Commissione tecnica per la spesa pubblica (1), nella relazione tra livelli essenziali di assistenza e inevitabili forme di razionamento, si tende ad eludere la questione di fondo, dando per scontato che tutti i servizi essenziali debbano essere finanziati dal settore pubblico, e considerando determinante, ai fini della definizione stessa di servizio pubblico, la natura giuridica dell'ente che eroga le prestazioni.

In altre parole, il dibattito si è finora articolato sulla premessa che servizio pubblico equivale a natura giuridica pubblica dell'ente erogatore delle prestazioni, mentre bisognerebbe riaffermare che il concetto di servizio pubblico è piuttosto legato alla finalità della prestazione resa, senza che la natura giuridica del soggetto erogatore abbia rilievo. Peraltro, le ragioni economiche del finanziamento « pubblico » del SSN dovrebbero ricondursi alla esigenza di individuare prestazioni minime garantite a livello nazionale, per lo più connesse a rischi rilevanti, lasciando alle singole Regioni la possibilità di integrazioni ed ampliamenti finanziati con risorse locali. Il fatto stesso che i livelli essenziali ed uniformi di assistenza, così come delineati, tendano a coprire la quasi totalità dei fabbisogni sanitari (con generica esclusione delle forme di assistenza incompatibili con i principi di dignità della persona

note

(1) Raccomandazioni della Commissione tecnica per la spesa pubblica, in tema di allocazione delle risorse nel SSN, in *Ragiusan* n. 180, maggio 1999, 210 ss.

umana e del bisogno di salute), rappresenta una rinuncia aprioristica all'autonomia regionale, da un lato, e alle funzioni dei Fondi integrativi, dall'altro.

Un secondo richiamo di ordine generale riguarda l'esercizio del diritto di libertà di cura e di libera scelta del medico e del presidio di cura, principio già affermato dagli articoli 19 e 26 della legge n. 833/1978, e ribadito dai recenti provvedimenti di riforma; è evidente che l'assistenza integrativa è assolutamente volontaria e autofinanziata, e che lavoratori e datori di lavoro si determinano, per l'iscrizione alle Casse, in ordine alle prestazioni garantite e non necessariamente al collegamento di queste con il SSN.

Bisognerebbe prendere atto che i Fondi attualmente operanti colmano, di fatto, le lacune sofferte dal SSN pubblico, attraverso il rimborso di una serie di prestazioni sanitarie previste da appositi nomenclatori tariffari: questi Fondi saranno sicuramente costretti a rivedere il loro assetto organizzativo e contrattuale attraverso la separazione dei rischi tutelati secondo logiche di compatibilità fiscale, e tutto ciò rappresenta una lesione o perlomeno una irragionevole limitazione del diritto stesso alla salute.

Il terzo nodo problematico riguarda lo sviluppo della spesa sanitaria privata.

Dalla Relazione generale sulla situazione economica del Paese relativa al 1998 si può desumere un quadro sull'andamento della spesa sanitaria nel 1998 e una rappresentazione a consuntivo dell'indebitamento delle Regioni italiane per il quadriennio 1995/1999.

La quota di spesa sanitaria pubblica per il 1998 è stata di 112.479 miliardi, pari a circa il 5.5% del PIL, collocando l'Italia, da un confronto con dati Ocse, nella fascia di Paesi europei con la quota pubblica di spesa sanitaria più bassa; questa quota viene tuttavia integrata dai cittadini con un ulteriore impegno di spesa privata superiore a 40.000 miliardi, che sono riconducibili in parte ai vuoti del SSN, per quanto è di ticket, franchigie, farmaci esclusi e prestazioni odontoiatriche (circa 15.000 miliardi); una quota pari a circa 25.000 miliardi corrisponde invece ad una spesa per prestazioni garantite dal SSN, e, come tali, già finanziate tramite il prelievo fiscale. (2)

In questo senso rappresenta motivo di ulteriore preoccupazione la limitatezza degli interventi finanziabili tramite la copertura dei Fondi integrativi: si tratta infatti di servizi che non soddisfano bisogni fondamentali, oppure che coprono i ticket; inoltre, l'estensione del finanziamento tramite assicurazione integrativa alle prestazioni erogate in regime di libera professione intramuraria dovrebbe essere messa coerentemente in relazione con il fatto che la libera professione intramuraria è avviata, per difetti strutturali, in un numero assai limitato di aziende sanitarie (3); lo stesso processo di accreditamento delle strutture, che deve seguire l'accertamento dell'esistenza dei requisiti minimi necessari per l'autorizzazione al funzionamento, deve ancora essere avviato (è stato opportunamente rilevato che l'accreditamento dei professionisti deve essere ancora « pensato »; cfr. Mastrobuono, 2000, 4).

La contraddittorietà di base della scelta normativa era stata comunque evidenziata nel parere espresso dalla VI Commissione Finanze, che evidenziava la necessità di modificare il testo del decreto nel senso di « *prevedere che i fondi integrativi del SSN possano coprire anche le spese per le prestazioni sostitutive erogate da strutture private in aree territoriali nelle quali il SSN non è in grado di erogare quelle prestazioni in tempi ragionevoli* » (cfr. parere reso noto in data 24 febbraio 2000).

Aggiungiamo la considerazione che sussiste un rischio ulteriore, che il maggior ricorso obbligatorio alle prestazioni erogate dal SSN da più ampie fasce di cittadini amplifichi ulteriormente i disservizi.

È altresì interessante osservare che il regime fiscale della contribuzione condiziona pesantemente il trattamento delle spese sanitarie sostenute dall'assistito.

Il TUIR assume un principio generale di detraibilità dall'Irpef, con l'aliquota del 19%, delle spese sanitarie riconosciute come ammissibili; tuttavia, tale trattamento opera solo nei casi in cui la contribuzione sanitaria non è stata agevolata; al contrario, in caso di deducibilità dal reddito dei contributi, e quindi di agevolazione sugli stessi, non è ammessa la detraibilità delle spese sanitarie, se sono state rimborsate dal Fondo integrativo. Concretamente, quindi, si ammette la detrazione (19%) della spesa sostenuta per il pagamento dei ticket; delle spese rese in regime privatistico, coperte o meno dal SSN, e, in quest'ultima ipotesi, solo se

**Il ruolo delle forme
integrative di assistenza
sanitaria**
Gaetana Mariani
Castelli

note

(2) Relazione generale sulla situazione economica del Paese, in *Panorama della Sanità*, Documenti, n. 15/2000, 109 ss.

(3) I dati più recenti indicano che i posti letto attualmente destinati allo svolgimento della libera professione intramuraria sono il 2.5% del totale, a fronte di uno standard previsto del 5-10% (fonte: Il Sole 24 Ore Sanità, 12 maggio 2000).

Il ruolo delle forme integrative di assistenza sanitaria*Gaetana Mariani
Castelli*

considerate necessarie per la salute, essendo irrilevante il fatto che siano state rimborsate da assicurazioni o casse i cui premi o contributi non fruiscono della deducibilità Irpef. Quando invece le spese siano state rimborsate da Fondi i cui contributi hanno beneficiato della deducibilità dall'Irpef, come saranno progressivamente i Fondi integrativi DOC, tali spese non sono detraibili e se solo una parte del contributo sia stata agevolata, perché l'ammontare complessivo del contributo è superiore a 7.000.000, è ammessa la detraibilità delle spese rimborsate per una quota differenziale tra il contributo versato e i 7.000.000 deducibili. Ora, poiché l'agevolazione della deducibilità fiscale spetterà prioritariamente ai Fondi integrativi e non a quelli sostitutivi, è evidente che l'intento che si vuole perseguire è impedire che l'agevolazione sui contributi finanzia il rimborso di spese per prestazioni che il SSN fornisce, ma di cui l'assistito preferisce fruire in regime privatistico.

Da ultimo, notiamo che il dibattito scientifico internazionale si concentra da tempo sul possibile ruolo delle forme integrative di assistenza sanitaria riguardo alla istituzione di un Fondo per non autosufficienti, che consenta di affrontare in modo adeguato e omogeneo i problemi dell'invecchiamento della popolazione. Non è questa evidentemente la sede opportuna per diffondersi su un tema che, per la sua complessità, meriterebbe una più ampia trattazione. Ne rammentiamo solo alcuni aspetti, al solo scopo di indicare possibili piste di approfondimento.

La composizione della popolazione italiana differenziata per età e per sesso indica una situazione articolata per fasce d'età, con una netta prevalenza di donne in età avanzata, e un ammontare complessivo di ultrasessantenni che da 12.5 milioni di abitanti nel 1995, diventeranno 19.5 milioni nel 2040; di ultraottantenni che da 2.1 milioni nel 1995, diventeranno 4.8 milioni nel 2040, a fronte di una popolazione di infrasesantenni ora composta da 44.7 milioni di persone, che diventeranno 28.1 milioni nel 2040. Questa dinamica deriva dall'attuale speranza di vita alla nascita e a 65 anni, che è significativamente mutata nelle ultime decadi, dalla longevità e dalla fecondità delle generazioni attualmente in vita (i dati citati, contenuti anche nella Relazione biennale al Parlamento sulla condizione della popolazione anziana, sono disponibili sul sito interventi dell'ISTAT) e deve essere incrociata con i dati relativi all'aggregazione in famiglie e al numero medio di componenti il nucleo familiare.

È chiaro che il rapido invecchiamento e il declino del numero di abitanti, significano nel tempo riduzione della forza lavoro, difficilmente compensabile dall'immigrazione sostitutiva, la quale, per essere significativa, dovrebbe comportare l'ingresso nel Paese di un notevolissimo numero di persone entro il 2050.

Ora, mentre la previdenza sociale si orienta sul decollo della previdenza complementare e confida nell'aumento della produttività, pur nella consapevolezza che è destinata comunque a ridursi la proporzione tra la prestazione previdenziale e il reddito procapite, il settore sanitario si presenta più problematico, perché, a differenza della previdenza, non è un settore di trasferimenti diretti di risorse. È vero che il progresso tecnico scientifico e il miglioramento degli stili di vita sono destinati, parzialmente, a compensare alcuni effetti dell'invecchiamento; pur tuttavia, la grande crescita della popolazione anziana prevista per i prossimi decenni rende preferibile la programmazione per tempo di interventi significativi, soprattutto per l'assistenza agli anziani non autosufficienti cronici. Le più recenti esperienze europee nel settore, con riferimento soprattutto alla nuova assicurazione sociale tedesca per l'assistenza continuativa ai non autosufficienti (Pflegeversicherung), indicano la necessità di sviluppare rapidamente una riflessione sulla individuazione di adeguate forme di finanziamento, di corretta attribuzione dei costi tra enti sanitari e di assistenza sociale, di criteri per l'accesso alla copertura assicurativa di assistenza continuativa, di prestazioni garantite (Evers 1998; Glennerster 1998).

Pur nella consapevolezza che la scelta della copertura finanziaria non esaurisce la complessità della questione di fondo, la stessa Commissione per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale ha proposto nel 1997 l'istituzione di un « Fondo per prestazioni di assistenza ai non autosufficienti », ripreso poi all'interno dello schema di disegno di legge « Disposizioni per la realizzazione di un sistema integrato di interventi e servizi sociali », con l'introduzione anche dello strumento della mutualità integrativa.

I fatti succedutisi negli ultimi giorni inducono ad alcune riflessioni aggiuntive sul tema della revisione dei sistemi di compartecipazione di spesa, eventualmente accompagnati dal rilancio dei fondi integrativi. In particolare, la mancata approvazione del decreto legge (4)

che avrebbe dovuto prorogare i termini dell'entrata in vigore del sanitometro e avviare una sperimentazione per semplificare il meccanismo, richiederebbe un intervento immediato per favorire un ruolo più attivo delle forme integrative di assistenza e per impedire che i Fondi esistenti subiscano contraccolpi anche gravi sull'operato attuale (5).

Il ruolo delle forme integrative di assistenza sanitaria
Gaetana Mariani
Castelli

Bibliografia

- Annuario Sanità Italia** (1997), VIII ed., pag. 42 e ss.
- Callahan D.** (2000), *Per una medicina sostenibile ed equa*, in *Notizie di Politeia*, n. 57, pag. 27.
- Cinelli M.** (1999), *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *RIDL*, I, pag. 73 ss.
- Dirindin N.** (1996), *Chi paga per la salute degli italiani?*, Bologna, il Mulino.
- Evers A.** (1998), *La nuova assicurazione sociale tedesca per l'assistenza continuativa ai non autosufficienti*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 21, 1 ss.
- Fornero E.** (1999), *L'economia dei fondi pensione*, Bologna, il Mulino.
- Glennerster H.** (1998), *L'assistenza ai grandi anziani: soluzioni pubbliche e soluzioni private*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 5, 1 ss.
- Granaglia E.** (2000), *Sul ruolo dell'economia nell'etica laica in sanità*, in *Notizie di Politeia*, n. 57, pag. 7 ss.
- IRESS**, (1999), *Mutualità integrativa e SSN*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 1, 71 ss.
- Mastrobuono I., Guzzanti E., Cicchetti A., Mazzeo M.C.**, a cura di, (2000), *Il finanziamento delle attività e delle prestazioni sanitarie. Il ruolo delle forme integrative di assistenza*, ed. *Il Pensiero scientifico*.
- Pera A.** (1998), *Servizio pubblico e concorrenza*, in *Il sole 24ore*, Sanità, 16-22 dicembre 1998, 1.
- Piperno A.**, (1997), *Mercati assicurativi e istituzioni*, Bologna, il Mulino.
- Saltman R., Figueras J.**, (1997), *Europa: sanità in transizione* in *Quaderni di sanità pubblica*, n. 107/108, 27.
- Ugolini C.** (2000), *Libertà di scelta in sanità*, Bologna, il Mulino.

note

(5) Sembra opportuno ricostruire, sia pure brevemente, l'iter normativo che era stato ipotizzato per l'implementazione di questo nuovo strumento di compartecipazione di spesa.

All'interno di disposizioni legislative di natura finanziaria, con la legge 27 dicembre 1997 (legge finanziaria per il 1998) articolo 59, il Governo ricevette la delega per la emanazione di uno o più decreti legislativi per organizzare o rivedere l'aggancio del diritto alle prestazioni alla situazione economica del richiedente:

— sul versante sanitario, l'articolo 59 comma 50, prevede l'emanazione, entro quattro mesi dall'entrata in vigore della legge 449, di uno o più decreti legislativi di riordino, con decorrenza 1 maggio 1998, della partecipazione alla spesa e delle esenzioni;

— sul fronte della spesa sociale, l'articolo 59 comma 51 impone la definizione, entro tre mesi, con effetto dal 1 luglio 1998, di criteri unificati di valutazione della situazione economica dei soggetti che richiedono prestazioni sociali agevolate.

Il collegamento tra i due provvedimenti consiste nell'utilizzo dell'indicatore di situazione economica-ISE per determinare il diritto all'esenzione totale o parziale della partecipazione alla spesa; conseguentemente, sono stati emanati due decreti legislativi:

— il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 109, *Definizione di criteri unificati di valutazione della situazione economica dei soggetti che richiedono prestazioni sociali agevolate...*;

— il decreto legislativo 29 aprile 1998, n. 124, *Ridefinizione del sistema di partecipazione al costo delle prestazioni sanitarie e del regime delle esenzioni*.

L'applicazione dell'ISE è prevista, in prima battuta, solo per le prestazioni sociali agevolate (d.lgs. 109/1998, articolo 1 comma 1), mentre la sperimentazione sul versante sanitario viene subordinata alla emanazione di una serie di provvedimenti normativi, fino a questo momento non ancora predisposti; le determinazioni più significative che dovranno essere contenute nei regolamenti da varare, sono le seguenti: individuazione delle prestazioni di assistenza sanitaria correlate a ciascuna condizione di malattia, appropriatezza della cura, valutazione della effettiva necessità della cura alla luce della definizione dei percorsi diagnostici e terapeutici, individuazione delle condizioni di malattie croniche invalidanti e di malattie rare per la determinazione di regimi di compartecipazione differenti rispetto a quello generale. Successivamente, il Ministero dovrà predisporre i regolamenti che definiscono le modalità di accertamento e verifica dei nuclei familiari, delle condizioni di malattia che consentono l'esenzione e delle Regioni che saranno sede di sperimentazione (affinché le Regioni medesime possano determinare le procedure per il diritto all'esenzione e per il rilascio della relativa documentazione). Come si vede, un iter normativo piuttosto complesso e farraginoso, con ampi spazi di inattuazione.

Il lavoro notturno: normativa comunitaria e disciplina nazionale

Emanuele Menegatti

Sommario

1. Premessa. **2.** La situazione antecedente al 1999 e l'assenza di un divieto generale di lavoro notturno. **3.** *Segue:* presenza di limiti particolari. **4.** La legge n. 25/1999 ed il lavoro notturno delle donne. **5.** Il decreto legislativo n. 345/1999 ed il lavoro dei minori. **6.** Il decreto legislativo n. 532/1999 ed il nuovo regime generale del lavoro notturno.

1. Premessa.

I decreti legislativi nn. 532 e 345 del 1999, unitamente alla legge n. 25/1999 (c.d. legge comunitaria), volti ad un, seppur tardivo, recepimento della normativa comunitaria, da un lato, forniscono una necessaria ed attesa integrazione alla scarna disciplina legale del lavoro notturno, a cui, per la verità, aveva abbondantemente supplito la contrattazione collettiva; dall'altro, pongono fine alla ormai annosa diatriba concernente il divieto di fornire prestazioni in orari notturni per le donne. Prima di passare all'analisi della nuova normativa, per meglio capirne la reale portata innovativa, è opportuno delineare un seppur sintetico quadro della lacunosa e tanto contestata disciplina legale previgente.

2. La situazione antecedente al 1999 e l'assenza di un divieto generale di lavoro notturno.

Il primo intervento in materia è stato fornito dall'art. 2108, comma 2, del codice civile del 1942, il quale, nonostante la naturale propensione a far coincidere la pausa giornaliera con il periodo notturno, non si spinse fino a fissare un generale divieto di svolgimento della prestazione lavorativa durante tale periodo, ma si limitò, così come previsto per il lavoro straordinario al comma precedente, ad imporre « una maggiorazione rispetto al lavoro diurno » a patto che non fosse « compreso in regolari turni periodici ». La norma rinviava, poi, all'ultimo comma, sempre parallelamente a quanto stabilito per il lavoro straordinario, per la determinazione della durata, dei limiti e dell'entità della maggiorazione, a leggi speciali ed alla contrattazione collettiva. Veniva perciò dettata una disciplina c.d. minimale, la quale verrà integrata, non solo dalle fonti sopra citate, ma anche dalla giurisprudenza, ferma nell'imporre, sempre al pari del lavoro straordinario, la consensualità della prestazione notturna (Cass. 3 luglio 1992, n. 8129, in *GI*, 1993, I, 1, 566), nonché la nullità di tutte le clausole, anche collettive, intese a disconoscere il diritto alla maggiorazione retributiva (vd. sempre Cass. 3 luglio 1992, n. 8129, *cit.* e Cass. 16 febbraio 1985, n. 1329, in *NGL*, 413); ma, soprattutto, pronta ad intervenire, come si vedrà tra breve, a seguito delle pronunce della Corte di giustizia Europea, relative al lavoro notturno femminile.

Fissato questo *minimum* di disciplina legale, per un nuovo intervento del legislatore, inteso a dettare una disciplina generale, si è dovuto attendere quasi sessant'anni. Lo « stimolo », così come per tutti gli altri aspetti concernenti l'orario di lavoro, giunse dalla Direttiva comunitaria n. 104 del 1993, la quale, improntata ad una *ratio* di tutela della salute e

**Lavoro notturno:
disciplina comunitaria e
disciplina nazionale**
Emanuele Menegatti

dell'integrità fisica del lavoratore, definirà il lavoro notturno, fissandone limiti e garanzie: tutti aspetti, questi, che saranno recepiti ed ampliati dal nostro legislatore. Un ulteriore « stimolo » giunse anche, successivamente, con l'accordo stipulato da Confindustria con CGIL, CISL e UIL e denominato « avviso comune in materia di recepimento della Direttiva 93/104 »; tale accordo rappresenta quel che si può definire un nuovo strumento d'intervento sindacale, inquadrabile come *tertium genus* di contratto collettivo (in aggiunta a quello « normativo » e « gestionale »), ossia il c.d. accordo di recepimento o trasposizione (cfr. Miscione M., 1998 e Renzi T., 1998). A riguardo va comunque precisato che tale accordo, dotato di una un'efficacia soggettiva necessariamente limitata, non può che avere la limitata funzione di inquadrare i criteri generali per una successiva legge di recezione; funzione che è, peraltro, assodata, anche nella cognizione delle stesse parti sociali che lo hanno sottoscritto.

3. *Segue: presenza di limiti particolari.*

Se la regolamentazione in positivo, intesa, cioè, a dettare una disciplina a carattere generale del lavoro notturno, è stata assai scarna, non altrettanto si può affermare per quella in negativo, diretta, al contrario, a porre limitazioni. Divieti di lavoro notturno sono infatti stati introdotti, per i minori, dalla legge n. 977/1967 (per un periodo notturno di almeno 12 ore consecutive) e confermato, come si vedrà oltre, seppur con qualche modifica, dal recente d.lgs. 345/99; per i panificatori, dalla legge n. 105/1908, ora però abrogato dalla legge n. 52/1996; ed infine per le donne, su cui è opportuno soffermarsi un attimo, evidenziando, nel modo più sintetico possibile, il difficile cammino che ha portato all'emanazione dell'art. 17 della già accennata legge c.d. comunitaria.

La prima normativa concernente il lavoro notturno femminile, costituita dal r.d. 653/1934, confermato dalla legge n. 13045/1952 di ratifica della convenzione O.i.l. n. 89/1948, fu assai drastica nello stabilire un divieto di impiegare le donne di qualsiasi età, in qualunque impresa industriale, durante la notte. Tale divieto venne successivamente attenuato dall'art. 5 della legge n. 903/1977, emanata proprio allo scopo di garantire una parità di trattamento tra uomini e donne. Tuttavia, nonostante tali istanze, era ancora sentita l'esigenza di salvaguardare peculiari esigenze delle donne, riferite soprattutto ai loro compiti familiari, i quali si ritenevano inconciliabili con il lavoro notturno. Così la nuova legge manteneva in vita un divieto ricompreso tra le 24 e le 6, dal quale rimanevano però escluse le donne adibite a mansioni direttive o a servizi sanitari aziendali; veniva inoltre fatta salva la possibilità per la contrattazione collettiva, anche di livello aziendale, di rimuovere o ridisciplinare il predetto divieto.

Proprio su quest'ultimo punto si aprì un notevole problema interpretativo, relativamente all'ambito di efficacia da attribuire alla contrattazione collettiva derogatoria; si può brevemente dare atto, considerato che il problema non si pone più alla luce della nuova normativa, che la dottrina maggioritaria era orientata nel riconoscere un'efficacia *erga omnes* alla contrattazione derogatoria, facendo leva più sul buon senso che su argomenti giuridici (Ballestrero M.V., 1980). Al contrario, in giurisprudenza era dato rinvenire pronunce orientate a sostenere che la rimozione del divieto ad opera della contrattazione collettiva, ancorché stipulata dai sindacati maggiormente rappresentativi, non avesse efficacia soggettiva generalizzata e non fosse vincolante « né per le lavoratrici non iscritte al sindacato stipulante né per le lavoratrici iscritte ma dissenzienti, in difetto del consenso delle quali l'accordo medesimo non può disporre del diritto individuale derivante dalle legge, a non lavorare nelle ore notturne » (così Trib. Matera, 14 maggio 1991, in *FI*, 1991, I, 1921; si veda anche Pret. Matera, 20 giugno 1990, in *RIDL*, 1986, II, 256).

Mentre a livello nazionale veniva imposto con la legge n. 903/1977 un seppur derogabile divieto, a livello comunitario, un anno prima, tale divieto scompariva per mezzo della direttiva n. 76/207/Cee, intesa a garantire il principio di parità di trattamento tra uomo e donna in materia di accesso, formazione, promozione professionale e condizioni di lavoro. S'impondeva perciò agli stati membri di sopprimere tutte le disposizioni contrarie al principio di parità di trattamento, fatte salve le garanzie poste a tutela della gravidanza e della maternità. È evidente che il quadro normativo che si venne a creare, mediante questo duplice intervento, si rivelò alquanto contraddittorio, innestandosi all'interno del dibattito inerente al rapporto tra diritto interno e diritto comunitario.

Una svolta decisiva giunse con il nuovo orientamento espresso dalla Corte Costituzionale

secondo il quale il giudice nazionale ha il potere-dovere di disapplicare nelle proprie decisioni le norme interne che contrastino con disposizioni comunitarie immediatamente applicabili (in questo senso Corte Cost., 13 gennaio 1985, n. 113, in *FI*, 1985, I, 1600; Corte Cost., 11 luglio 1989, 389, in *FI*, 1991, I, 1076). Cambiava perciò l'assetto delle fonti, e proprio facendo leva sul crescente peso che acquisiva via via il diritto comunitario, la Corte di giustizia Europea iniziava ad imporre agli Stati membri il recepimento della direttiva n.76/207. La prima condanna giunse, così, nei confronti della Francia (1) nella cui legislazione (art. 213-1 del *code du travail*) era presente un divieto generale di lavoro notturno per le donne, salvo deroghe concordate a livello di contrattazione collettiva ed autorizzate dall'autorità governativa.

L'Italia, con una legislazione del tutto analoga, non poteva rimanere indenne a lungo da una condanna della Corte Europea, tant'è che anche la Corte di Cassazione era ormai ferma nel ribadire il potere-dovere del giudice nazionale di disapplicare le disposizioni che vietavano il lavoro notturno delle donne (Cass. 3 febbraio 1995, n. 1271, in *MGL*, 1995, 196). La condanna giunse con la sentenza emanata dalla Corte di giustizia CE, in data 4 dicembre 1997, nella quale venne addebitato alla Repubblica Italiana di aver violato gli obblighi imposti dal diritto comunitario «avendo mantenuto in vigore nel proprio ordinamento giuridico disposizioni che mantengono il divieto di lavoro notturno per le donne». Sancita perciò definitivamente la contrarietà dell'art. 5 della legge n. 903/1977 alla normativa comunitaria, si apriva il dibattito relativo agli effetti della condanna operata dalla Corte di Giustizia Europea, che vedeva, da un lato, i già visti sostenitori della diretta applicabilità della Direttiva comunitaria (c.d. efficacia orizzontale) e dall'altro, coloro che invece sostenevano la necessità comunque di una normativa interna (2). Senza dilungarsi troppo su un dibattito, che alla luce della legge n. 25/1999 non ha più ragione di esistere, bisogna dare atto che la stessa Corte di Giustizia Europea si schierò a favore della seconda ipotesi precisando che «secondo una costante giurisprudenza, l'incompatibilità di una normativa nazionale con le disposizioni comunitarie, anche se direttamente applicabili, può essere definitivamente eliminata solo tramite disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare» (su tale «spinosa» questione si veda in dottrina Santoro Passarelli G., 1995; Santoni F., 1995; Foglia R., 1995).

4. La legge n. 25/1999 ed il lavoro notturno delle donne.

A porre fine alla diatriba relativa al lavoro notturno delle donne, appena sinteticamente descritta, è, quindi, finalmente intervenuta la legge 5 febbraio 1999, n. 25 contenente «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle comunità europee — legge comunitaria 1998», che all'art. 17 introduce una nuova disciplina diretta a sostituire l'art. 5 della legge 9 dicembre 1977, n. 903.

Il legislatore con la nuova normativa non si è limitato a caducare il divieto generale di lavoro notturno per le donne; ha invece colto l'occasione per ridisciplinare la materia, introducendo un duplice regime derogatorio all'ammissibilità incondizionata del lavoro notturno:

a) Divieto assoluto di lavoro notturno.

Quasi a voler compensare il venir meno di quella che il nostro legislatore aveva per lungo tempo considerato una tutela insopprimibile del sesso femminile, viene prevista una più ampia protezione della maternità relativamente all'aspetto del lavoro notturno. S'impone infatti, con la legge n. 25/1999 un assoluto divieto di svolgimento della prestazione lavorativa nel periodo compreso tra le 24 e le 6 «dall'accertamento dello stato di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino».

Le differenze con la disciplina previgente sono quindi relative, sia al momento iniziale, che al momento finale del periodo di astensione obbligatoria dalla prestazione lavorativa notturna. Per ciò che concerne il primo, non si fa più opportunamente riferimento al momento di «inizio dello stato di gravidanza», il quale risultava logicamente determinabile solo a posteriori, bensì all'«accertamento» di tale stato. Il momento finale viene invece posticipato di ben cinque mesi (prima fissato a sette mesi di età del bambino, ora ad una

**Lavoro notturno:
disciplina comunitaria e
disciplina nazionale**
Emanuele Menegatti

(1) Con la celebre sentenza della Corte di Giustizia CE, 25 luglio 1991, causa C-345/89 (c.d. caso Stoeckel), in *DPL*, 1992, 1003.

(2) Tra i quali va necessariamente annoverato il Ministero del lavoro con la circolare del 20 settembre 1996, n. 25.

**Lavoro notturno:
disciplina comunitaria e
disciplina nazionale**
Emanuele Menegatti

anno); ne deriva perciò un mutamento di *ratio* della disciplina protettiva, poichè non si ha più solo riguardo alla tutela delle condizioni di salute della donna, cosa che avveniva indubbiamente con il riferimento al settimo mese di età del bambino (3), bensì si fa anche riferimento, parallelamente alla disciplina sull'astensione facoltativa, alle esigenze di cura del rapporto tra madre e figlio.

Se da un lato, è sicuramente « nobile » l'intento che ha portato ad una tale disciplina protettiva, dall'altro, si aprono, però, inevitabili dubbi sul fronte del difficile equilibrio tra esigenze di protezione e parità di tutela tra uomo e donna (solleva tali dubbi Mattarolo M.G., 1999). Il nostro legislatore si è, infatti, spinto ben oltre il dettato della disciplina comunitaria che, nella direttiva n. 92 del 1985, relativamente al « miglioramento della sicurezza e della salute sul luogo di lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento », ha delegato gli Stati membri a determinare un periodo in cui tali lavoratrici non siano obbligate a svolgere prestazioni di lavoro notturno, al fin di tutelarne « la sicurezza o la salute ». È evidente come, non solo il legislatore comunitario parli esplicitamente di « non obbligo » (e non di « divieto »), ma non ponga alcun rilievo alle esigenze trascendenti la salute della lavoratrice.

b) *Facoltà di astenersi dal lavoro notturno.*

Accanto al rigido divieto previsto a tutela della maternità, il comma 2 del riformato art. 5, legge n. 903/1977, prevede una triplice serie di ipotesi, per la verità non riservate alle sole madri, nelle quali « il lavoro notturno non deve obbligatoriamente essere prestato ». L'introduzione di una tale disciplina s'inserisce perfettamente nel quadro di una nuova politica di gestione flessibile dell'orario in favore dei lavoratori e, più in particolare, in favore della conciliazione tra tempi di lavoro e responsabilità familiari; tale orientamento è in realtà emerso già da qualche anno in sede comunitaria con la Direttiva n. 34 del 1996, relativa ai congedi parentali, recepita, finalmente, dal nostro ordinamento con legge approvata in data 22 febbraio 2000.

La norma esonera, perciò, dalla prestazione notturna, innanzi tutto « la lavoratrice madre di un figlio di età inferiore a tre anni o alternativamente dal padre convivente con la stessa ». È evidente come il diritto del padre sia solo subordinato ad una eventuale rinuncia di esercitare il proprio diritto da parte della madre, secondo una discutibile ottica di privilegio del rapporto madre-figlio. È anche opportuno sottolineare che nonostante la norma non specifici nulla in tale senso, la sua tutela sia estensibile anche ai genitori adottivi o affidatari, in virtù di un principio già espressamente affermato dalla legge n. 903/1977.

Sono, poi, esonerati dalla prestazione di lavoro notturno la lavoratrice o il lavoratore che siano « l'unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a dodici anni ». Non è qui francamente comprensibile perché la tutela, a differenza del caso precedente, si estenda fino ai dodici anni di età del bambino; il legislatore finisce infatti per regolare diversamente fattispecie sorrette comunque dalla medesima *ratio* di tutela del rapporto madre/padre-figlio.

Un'ultima ipotesi di esonero facoltativo dal lavoro notturno è prevista a favore di chi, sempre, ovviamente, lavoratore o lavoratrice, « abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni ».

5. Il decreto legislativo n. 345/1999 ed il lavoro dei minori.

La normativa relativa ai minori, orientata ad una *ratio* puramente di protezione della salute ed integrità fisica del lavoratore, perciò indenne o quasi da altre preoccupazioni quali, ad esempio, le esigenze occupazionali, ha subito solo lievi aggiustamenti con il decreto legislativo n. 345/99. Anche qui il punto di partenza per un intervento del legislatore è giunto da un intervento comunitario e, più precisamente, dalla Direttiva 94/33 CE.

La nuova legislazione, così come voluto dalla normativa comunitaria, dopo aver introdotto un assai insignificante cambiamento nelle definizioni (« bambino » in luogo di « fanciullo »),

note

(3) Nella disciplina introdotta dalla legge n. 1204/1971 e richiamata anche dall'« Avviso comune », relativa proprio alla « tutela delle lavoratrici madri », si prevede, infatti, che le lavoratrici « durante la gestazione fino a sette mesi dopo il parto, nel caso in cui l'Ispettorato del lavoro accerti che le condizioni di lavoro o ambientali sono pregiudizievoli alla salute della donna » siano adibite ad altre mansioni; è evidente come l'intento protettivo sia rivolto esclusivamente nei confronti della madre, mancando, per altro, un qualsiasi riferimento al figlio.

riscrive l'art. 3 della legge n. 977/1967, fissando l'età minima per l'ammissione al lavoro, non più soltanto al compimento del quindicesimo anno d'età, ma anche alla conclusione del periodo di istruzione obbligatoria.

La definizione di « notte », ora compresa nel nuovo art. 15, riunifica le precedenti diverse disposizioni per fanciulli e adolescenti, in un'unica previsione di un periodo di almeno « 12 ore consecutive comprendente l'intervallo tra le ore 22 e le ore 6, o tra le ore 23 e le ore 7 ». Permane, quindi, il divieto generale di lavoro durante tale periodo per i minori, attenuato da alcune deroghe già presenti nella legislazione previgente e confermate dalla Direttiva comunitaria. Innanzi tutto, sono sottratti dall'applicazione dell'intera legge gli adolescenti addetti a lavori occasionali o comunque di breve durata, relativi a servizi domestici o, comunque, prestati in ambito familiare, nonché alle prestazioni in imprese sempre a conduzione familiare, col limite della loro non pericolosità ed, infine, alle prestazioni di lavoro nautico. Quindi, come già previsto dalla disciplina previgente, è concessa una deroga, non oltre le ore 24 ed a fronte di un riposo compensativo di almeno 14 ore, per le prestazioni lavorative di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario e nel settore dello spettacolo; così come permane la possibilità di adibire al lavoro notturno gli adolescenti con più di 16 anni qualora si verifichi un caso di forza maggiore che ostacoli il normale funzionamento dell'azienda, purché tale lavoro sia temporaneo, non ammetta ritardi, sia indisponibile personale adulto ed entro le tre settimane successive all'evento, il datore di lavoro conceda periodi equivalenti di riposo compensativo.

6. Il decreto legislativo n. 532/1999 ed il nuovo regime generale del lavoro notturno.

Con il decreto legislativo n. 532/1999 ha fatto seguito agli interventi settoriali, una regolamentazione di carattere generale, intesa al recepimento della direttiva n. 104/1993, preannunciato, prima dall'avviso comune concluso tra le parti sociali nel novembre 1997, quindi dalla delega al governo ad emanare un decreto legislativo, contenuta nella legge c.d. comunitaria.

Il nuovo decreto si spinge, tuttavia, ben oltre ai dettami della direttiva del '93, giudicata da più parti di « basso profilo » ed accusata di « minimalismo » nelle scelte (Cfr. Roccella M. e Treu T., 1995; Lai M., 1995; Cester C., 1995). Relativamente al lavoro notturno, la normativa comunitaria si limita infatti a dettare soltanto principi più o meno generali (definizione di « notte » e « lavoratore notturno », previsioni di garanzie ed obblighi di informazione), la cui specificazione è delegata ai singoli stati membri. Sembra, tuttavia, preferibile la teoria di chi sostiene che tale « minimalismo » non sia altro che il frutto di una precisa strategia normativa (Ichino P., 1998). Come del resto risulta dal preambolo, la normativa CE si limita a regolamentare soltanto ciò che concerne la salvaguardia della salute e dell'integrità fisica del lavoratore, evitando di intervenire nell'ambito delle politiche relative all'organizzazione aziendale, opportunamente attribuite alle singole legislazioni nazionali, ma soprattutto alla contrattazione collettiva.

Proprio il ruolo di quest'ultima ha avuto, in materia di orario di lavoro, una netta valorizzazione, oltre che con la stessa direttiva comunitaria, orientata a concederle ampio potere derogatorio, integrativo ed addirittura attuativo, anche con l'avviso comune del novembre '97, nel quale le parti sociali chiedevano al legislatore di limitarsi ad emanare disposizioni applicabili ai soli rapporti individuali in difetto di disciplina collettiva (Ichino P., 1998). Non poteva, quindi, non allinearsi con questo *trend* anche il nuovo decreto legislativo. Qui, come vedremo tra breve, in un ambito che, è bene ricordare, è stato quasi esclusivamente oggetto d'intervento da parte della sola autonomia collettiva, la legge si è limitata a porre alcuni argini entro i quali incanalare la contrattazione; quest'ultima resta infatti libera di stabilire, ad esempio, le norme in base alle quali individuare i « lavoratori notturni », il *quantum* di maggiorazione rispetto al lavoro diurno, o, ancora, di prevedere una particolare distribuzione plurisettimanale della prestazione lavorativa: tutti compiti, questi, di estrema rilevanza.

Ciò premesso, è possibile, ora, considerare nel dettaglio quella che è la nuova disciplina generale del lavoro notturno.

a) Ambito di applicazione.

La disciplina del d.lgs. n. 532/1999 si applica a « tutti i datori di lavoro pubblici o privati » (art. 1). Emerge subito una difformità di definizione rispetto a quella contenuta nell'art. 1, comma 3, della direttiva n. 104/1993, la quale fa un più ampio riferimento « a qualsiasi

**Lavoro notturno:
disciplina comunitaria e
disciplina nazionale**
Emanuele Menegatti

settore di attività pubblico o privato ». Non sembra, quindi, più accettabile l'originale teoria che traeva spunto dalla definizione fornita dalla normativa comunitaria, per affermare un'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina limitativa dell'orario di lavoro (4), al di fuori del tradizionale campo dei rapporti di lavoro subordinato, verso altre forme di lavoro *latu sensu* dipendente, « caratterizzate da una prestazione continuativa, soggetta ad un vincolo contrattuale di estensione e collocazione temporale » (5). Il legislatore nazionale, nel caso in cui una tale volontà estensiva fosse veramente emersa a livello comunitario, non ne ha sicuramente tenuto conto nel decreto in esame.

Alla definizione generale dell'ambito di applicazione, vista sopra, seguono una serie di esclusioni, sempre da tale ambito, previste secondo una « triplice graduazione ». Innanzi tutto, per una serie di attività, il legislatore esclude *in toto* l'applicazione del decreto, considerata la presenza, in tali settori, di una regime particolare dettato « su misura » (così, ad esempio, per il settore aereo, marittimo, stradario). Sono esonerati, invece, dalla sola applicazione del tetto massimo alla prestazione di lavoro notturno determinati soggetti, già esclusi in precedenza dall'applicazione della disciplina del RDL del 1923 (personale dirigente e direttivo, personale addetto ai servizi di collaborazione familiare). Un'ultima applicazione limitata, « tenendo conto delle particolari esigenze connesse al servizio espletato e per la specifica disciplina del rapporto di impiego », si ha nei confronti di tutti i soggetti, ovviamente non appartenenti a corpi militari, incaricati di compiti in materia di ordine e sicurezza pubblica (forze armate, polizia, strutture giudiziarie, ecc...).

b) « Notte » e « Lavoratore notturno ».

Nasce, quindi, con il d.lgs. n. 532/1999 la nuova figura del « lavoratore notturno », prima sconosciuta alla nostra legislazione.

L'art. 2 definisce, innanzi tutto, come « notte » quel « periodo di almeno sette ore consecutive comprendenti l'intervallo fra la mezzanotte e le cinque del mattino » (6). « Lavoratore notturno » ai fini dell'applicazione della nuova normativa legale è quindi, « qualsiasi lavoratore che durante il periodo notturno svolga, in via non eccezionale, almeno tre ore del suo tempo di lavoro giornaliero »; ma anche chi svolga, sempre in via non eccezionale, « almeno una parte del suo orario di lavoro normale, secondo le norme stabilite dal contratto collettivo nazionale » o, in mancanza di disposizioni collettive, chi svolga lavoro nel periodo notturno « per un minimo di ottanta giorni lavorativi all'anno », limite riproponibile in caso di lavoro *part-time*.

È legittimo chiedersi, a questo punto, se le due previsioni siano da considerarsi alternative o concorrenti. Pare preferibile propendere per l'alternatività, in base alla considerazione che il testo dell'art. 2, comma 1, lett. b), fa chiaramente riferimento a due diverse tipologie di lavoratori notturni: nel primo caso si parla, infatti, di soggetti che lavorano abitualmente per almeno tre ore del loro « tempo di lavoro giornaliero », durante la « notte »; la seconda disposizione è, invece, destinata a lavoratori che svolgono solo in « certi periodi » la prestazione di lavoro notturno o, secondo il testo normativo, che svolgono durante il periodo notturno almeno una parte del loro « orario di lavoro normale » (non solo giornaliero, ma anche settimanale, mensile o annuale), secondo quanto sarà definito dalla contrattazione collettiva (o in mancanza di disposizione collettiva quantificato in un periodo minimo di « 80 giorni »). L'ipotesi è perciò diversa e non concorrente alla precedente, in quanto a nulla rileva, ai fini dell'acquisizione dello *status* di lavoratore notturno secondo tale norma, che la prestazione lavorativa sia svolta per almeno tre ore nell'ambito del « periodo notturno ».

Il legislatore comunitario, a cui si è poi adeguato quello nazionale, sembra aver voluto costruire due tipologie di lavoratore notturno, definibili, prendendo in prestito due termini tipici del lavoro *part-time*, come: lavoratore notturno c.d. orizzontale, il quale svolge sempre,

note

(4) È opportuno precisare che tale estensione è operata nei confronti del campo d'intervento delineato dal RDL 692/1923, non essendo stato, infatti, stabilito a livello legislativo nulla con riguardo all'ambito di applicazione della disciplina del lavoro notturno previgente, e non essendo stata apportata nessuna variazione, nemmeno con riguardo al regime generale di orario, con la recente legge n. 196/97.

(5) Propone questa interpretazione Ichino, 1998, secondo il quale dalla disposizione contenuta nell'art. 1 della direttiva n. 104/1993, unitamente a quella contenuta nella precedente direttiva-quadro n. 391/1989 (« qualsiasi persona impiegata da un datore di lavoro »), emergeva l'assenza di riferimenti al vincolo di subordinazione.

(6) In questo senso la contrattazione collettiva già prevedeva, ad esempio, come lavoro notturno quello compreso tra le 21 e le 6, nel Ccn dei metalmeccanici, tra le 24 e le 6, in quello per i pubblici esercizi, tra le 22 e le 6, in quello per i chimici.

solo parte (o anche tutta) della propria prestazione lavorativa nel periodo notturno; lavoratore notturno c.d. verticale, la cui prestazione notturna si concentra invece solo in determinati periodi, che debbono tuttavia, sommati tra loro, essere superiori ad una certa soglia, per poter essere considerato destinatario della disciplina del decreto legislativo n. 553/99.

La determinazione dei casi e delle condizioni di eccezionalità, che escludono la qualificazione di « lavoratore notturno » in entrambe le ipotesi appena viste, viene espressamente demandata dall'art. 2, comma 2, alla contrattazione collettiva.

c) Limiti alla prestazione di lavoro notturno.

La durata della prestazione lavorativa notturna è definita dall'art. 4 mediante una norma assai ambigua, intenta a realizzare un contraddittorio compromesso tra le istanze di flessibilità, da un lato, e la volontà di contenerla in modo rigido, considerata la sua particolare gravosità, dall'altro.

L'attività lavorativa notturna, quindi, « non può superare le otto ore nelle ventiquattro ». Comparando tale definizione con quella contenuta nella Direttiva 93/104, rispetto alla quale non si parla più di « orario di lavoro normale » e di « otto ore in media per un periodo di ventiquattro ore », appare evidente come il legislatore nazionale abbia voluto imporre un termine insuperabile, escludendo, di conseguenza, qualsiasi possibilità di lavoro straordinario.

Tuttavia, come già si accennava sopra, non si poteva certo non concedere una certa flessibilità anche nella gestione della durata della prestazione notturna, in considerazione, non solo della volontà del legislatore comunitario, ma soprattutto delle normative contrattuali che, sulla base del disposto del Pacchetto Treu, già prevedevano la possibilità di utilizzare regimi d'orario multiperiodale. È proprio per questo che, a far da contrappeso alla previsione rigida fornita in apertura dall'art. 4, si è concesso, qualora in una determinata impresa sia già applicato un contratto collettivo nazionale o aziendale che preveda un orario plurisettimanale, di individuare, sempre per mezzo della stessa contrattazione collettiva, un periodo di riferimento più ampio delle ventiquattro ore nell'ambito del quale calcolare come media il limite delle otto ore.

Sembra confermare siffatta interpretazione la circolare ministeriale 13/2000, la quale, nell'identificare le condizioni per derogare al limite rigido delle otto ore nelle previsioni contrattuali di « un'articolazione oraria su base plurisettimanale » e di « un periodo di riferimento più ampio delle ventiquattro ore », le intende già realizzate dai contratti collettivi nazionali che prevedano una ripartizione oraria multiperiodale.

Il limite delle otto ore torna ad essere « rigido » nel caso di lavorazioni comportanti « rischi particolari o rilevanti tensioni fisiche o mentali », che dovranno essere stabilite con decreto del Ministro del lavoro, « previa consultazione delle organizzazioni sindacali nazionali di categoria comparativamente più rappresentative e delle organizzazioni nazionali dei datori di lavoro ».

Il legislatore pone di nuovo un limite massimo insuperabile che esclude qualsiasi ricorso al lavoro straordinario, salvo che la contrattazione collettiva non stabilisca un limite giornaliero inferiore; ipotesi assai probabile, vista, oltretutto, la previsione, dell'art. 7, comma 1: « la contrattazione collettiva stabilisce la riduzione dell'orario di lavoro normale settimanale e mensile nei confronti dei lavoratori notturni ». In tale ipotesi è dunque rimessa alla contrattazione stessa la qualificazione dell'orario prestato, come normale estensione della prestazione lavorativa ovvero lavoro supplementare o straordinario (7).

Il giudizio complessivo che può attribuirsi alla norma, anche a voler prescindere dal non chiarissimo tenore letterale, non è sicuramente positivo. Riemerge, infatti, il pericolo, già segnalato per il lavoratore diurno, di andare incontro all'ammissibilità, per assurdo, di periodi lavorativi anche di 24 ore consecutive, non essendo presente nessuna disposizione che garantisca un periodo minimo di riposo e non essendo utile, a questo fine, nemmeno il limite settimanale di 40 ore, previsto solo come « limite medio nel multiperiodo » (8). Una simile ipotesi, si ripete, è configurabile solo per « assurdo », in quanto il rispetto della salute

**Lavoro notturno:
disciplina comunitaria e
disciplina nazionale**
Emanuele Menegatti

(7) L'orientamento giurisprudenziale è infatti nel senso di considerare l'esclusiva competenza della contrattazione collettiva nel qualificare o meno come lavoro straordinario il lavoro eccedente la soglia contrattuale d'orario. Vd. Cass. 21 maggio 1983, n. 3551, in *MGL*, 1983; Cass. 5 dicembre 1984, n. 6388, in *RGL*, 1985, II, 102; Cass. 11 dicembre 1987, n. 9199, in *RGL*, 1988, II, 41; Cass. 20 agosto 1991, n. 8966, in *DPL*, 1991, 2863.

(8) Esprime tale preoccupazione Lai, *Op. cit.*, 2719.

**Lavoro notturno:
disciplina comunitaria e
disciplina nazionale**
Emanuele Menegatti

dei lavoratori, imposto dall'art. 32 Cost., coniugato con la previsione dell'art. 36, comma 2, Cost. (« La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge ») costituisce un sicuro argine contro possibili abusi, anche se non in grado di evitare orari comunque logoranti.

d) Obblighi ed adempimenti del datore di lavoro.

Il d.lgs. n. 533/1999, partendo dalla considerazione che la facoltà di chiedere lo svolgimento di lavoro notturno rientri pienamente nell'ambito del potere direttivo del datore di lavoro e non sia condizionata, perciò, al verificarsi di particolari esigenze o condizioni, impone, a volte in attuazione della direttiva comunitaria, altre volte spingendosi addirittura oltre a questa, tutta una serie di obblighi ed adempimenti in capo al datore. L'intento è quello di garantire quantomeno un confronto con i sindacati sulle modalità di svolgimento della prestazione notturna, assicurando, contemporaneamente, una costante informazione, nonché condizioni di sicurezza adatte alla particolare natura della prestazione notturna.

La prima misura che viene in rilievo, in tal senso, è quella prevista dall'art. 8, relativo ad un obbligo di consultazione preventivo all'introduzione del lavoro notturno in azienda, « delle rappresentanze sindacali unitarie, ovvero delle rappresentanze sindacali aziendali e, in mancanza, delle associazioni territoriali di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative »; la consultazione dovrà svolgersi in tempi brevi, essendo richiesto dall'ultima parte dell'art. 8 che sia « effettuata e conclusa entro sette giorni a decorrere dalla comunicazione del datore di lavoro ». Non è dato capire quale sia la conseguenza della violazione di siffatto obbligo, dal momento che il legislatore tace a riguardo. L'ipotesi più plausibile è, comunque, il concretarsi di una condotta antisindacale, contrastabile perciò *ex art. 28 Stat. Lav.*

All'appena vista consultazione, fa seguito un dovere d'informazione, sempre ovviamente in capo al datore e sempre preventivo all'inizio dello svolgimento del lavoro notturno, a favore dei lavoratori e del rappresentante della sicurezza « sui maggiori rischi derivanti dallo svolgimento del lavoro notturno, ove presenti » (art. 9, comma 1); l'imprenditore dovrà, inoltre, garantire una costante « informazione sui servizi per la prevenzione e la sicurezza », accompagnata dalla consultazione dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, ovvero degli stessi soggetti sindacali destinatari della vista sopra « previa consultazione » (art. 9, comma 2).

La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori non si arresta però soltanto a tali obblighi di consultazione e informazione. Innanzi tutto, viene data la precedenza, nella scelta dei lavoratori da adibire al lavoro notturno, a coloro che ne facciano espressa richiesta, col solo limite della compatibilità alle esigenze aziendali. L'art. 11 prevede, poi, la messa a disposizione dei servizi e mezzi di prevenzione e protezione, « adeguati alle caratteristiche del lavoro notturno » e ad un livello « equivalente a quello previsto per il turno diurno »; particolari misure dovranno essere adottate per quelle attività definite pericolose *ex art. 4, comma 2* e per particolari categorie di soggetti (tossicodipendenti e sieropositivi). L'art. 5 prevede, invece, a cura ed a spese del datore, una serie di accertamenti sanitari, ad opera del medico competente *ex art. 17 d.lgs. 626/1994*, a favore dei lavoratori da adibire o adibiti al lavoro notturno: preventivi, « volti a constatare l'assenza di controindicazioni al lavoro notturno a cui sono adibiti »; periodici (almeno ogni due anni), per tenere sotto controllo il loro stato di salute; infine, ogni qualvolta si evidenzino condizioni di salute incompatibili con il lavoro notturno. Nel caso in cui tale incompatibilità venga accertata, deve essere garantita al lavoratore, secondo quanto verrà stabilito dalla contrattazione collettiva, « l'assegnazione ad altre mansioni o altri ruoli diurni » (art. 6).

Vi è infine un ulteriore obbligo, sempre in capo al datore, anche questo espressamente voluto dalla direttiva Ce, ossia quello concernente un'informazione annuale, per iscritto, alla direzione provinciale del lavoro (settore ispezione del lavoro) e alle organizzazioni sindacali di cui all'art. 8, qualora il lavoro notturno venga eseguito in modo continuativo o compreso in regolari turni periodici e non sia previsto dal contratto collettivo.

e) Maggiorazione retributiva.

Un ulteriore aspetto che occorre prendere in considerazione, è quello relativo alla previsione della maggiorazione retributiva dovuta per le prestazioni notturne. Il compito è attribuito, dal già visto art. 7, comma 1, a differenza della disciplina legale previgente, alla sola contrattazione collettiva.

È bene ricordare, infatti, che proprio questo era uno dei pochi aspetti del lavoro notturno che veniva preso in considerazione dalla legge. In particolare, l'art. 2108, comma 2, cod. civ.,

stabiliva che « il lavoro notturno non compreso in regolari turni periodici deve essere parimenti retribuito [il riferimento è al lavoro straordinario] con una maggiorazione rispetto al lavoro diurno », rinviando quindi alle legge o alle norme corporative per la determinazione della misura di maggiorazione. La norma diede luogo ad una notevole diatriba giurisprudenziale, intesa a negare o ad ammettere tale maggiorazione, giocando sui concetti di « maggiore penosità », « anormalità » e « straordinarietà » o meno della prestazione notturna rispetto a quella diurna.

Tale diatriba, tuttavia, può dirsi ormai definitivamente risolta. Innanzi tutto, dalla contrattazione collettiva antecedente al nuovo decreto, la quale, nella maggior parte dei casi, ha previsto tale maggiorazione, diversificando spesso tra tipologie di prestazioni. Quindi, dalla Corte di Cassazione, la quale, disconoscendo l'indirizzo prevalente nella giurisprudenza di merito, ha affermato sussistente l'obbligo di maggiorazione qualora « il lavoro sia comunque prestato in ore notturne, senza che sia necessario che esso abbia carattere di anormalità e senza che rilevi — ai fini dell'eventuale esclusione della penosità della situazione — la circostanza della volontarietà della prestazione lavorativa » (Cass. 7 agosto 1998, n. 7770, in *DPL*, 1998, 266. In questo senso anche Cass. 28 settembre 1995, n. 10250, in *GC*, 1996, I, 1373; Cass. 25 febbraio 1995, n. 2211, in *LG*, 1995, 8, 788). Infine con lo stesso decreto n. 532, dal momento che, come visto sopra, la contrattazione collettiva viene vincolata a stabilire tale maggiorazione, che sarà per di più oggetto anche di verifica periodica, almeno annuale, da parte del Ministro del lavoro e della previdenza sociale.

Non si può, quindi, non concludere che in ogni caso in cui la prestazione lavorativa venga svolta nel « periodo notturno », da un « lavoratore notturno », è dovuta necessariamente una maggiorazione, nella quantità stabilita, come visto, dalla contrattazione collettiva.

Bibliografia

Ballestrero M.V. (1980), *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, Bologna, 262.

Cester C. (1995), *Lavoro e tempo libero nell'esperienza giuridica*, in *QL*, n. 17, 19.

Foglia R. (1995), *Efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento italiano e parità di trattamento fra uomini e donne*, in *DL*, I, 35 e ss.

Ichino P. (1998), *Il tempo di lavoro nell'unione europea*, *RIDL*, I, 159.

Lai M. (1995), *La normativa internazionale e comunitaria dell'orario di lavoro*, in *QL*, n. 17, 253.

Mattarolo M.G. (1999), *La « legge comunitaria » sul lavoro notturno*, in *DPL*, 305.

Miscione M. (1998), *La rivoluzione prospettata dell'orario di lavoro*, in *DPL*, Inserto al n. 34, IV.

Renzi T. (1998), *Il tempo di lavoro*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario. Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di Cester C., Utet, Torino, 930.

Rocella M. e Treu T. (1995), *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padova, 579 e ss.

Santoni F. (1995), *La Corte di Cassazione e il divieto di lavoro notturno femminile nel diritto comunitario*, in *DL*, I, 21 e ss.;

Santoro Passarelli G. (1995), *L'applicabilità e l'efficacia diretta nell'ordinamento italiano delle norme comunitarie in materia di lavoro*, in *ADL*, 37 e ss.

Il *mobbing* nella prima ricostruzione giurisprudenziale

Vittorio Matto

Sommario

A. Il caso. Tribunale di Torino, 16 novembre 1999 (massima). **B. Il commento.** **1.** Premessa: svolgimento del processo. **2.** Inquadramento giuridico delle condotte prevaricatorie e della responsabilità per i danni all'integrità psico-fisica del lavoratore nella fattispecie dell'art. 2087 c.c.

A. Il caso. Tribunale di Torino, 16 novembre 1999 (massima).

Tribunale di Torino, 16 novembre 1999 - Ciocchetti Giud - Erriquez c. Ergon Materie Plastiche s.p.a.

Condotta prevaricatoria e incivile di un preposto nei confronti di una lavoratrice - Responsabilità del datore di lavoro per le conseguenze dannose all'integrità psicofisica.

Il datore di lavoro risponde ex art. 2087 c.c. per i danni psicologici subiti dai propri dipendenti e dovuti ai trattamenti incivili e ingiuriosi posti in essere da un suo preposto (fattispecie relativa ad un'impiegata costretta a svolgere le sue mansioni in uno spazio angusto, isolato dai colleghi di lavoro e adibito a deposito, e ripetutamente insultata dal capo reparto per le lamentele relative a tale trattamento) (1).

B. Il commento.

1. Premessa: svolgimento del processo.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale di Torino è stato chiamato a decidere della responsabilità risarcitoria del datore di lavoro per il caso in cui un lavoratore subisca un danno biologico — nella fattispecie psicologico — in seguito ai trattamenti incivili e arroganti posti in essere nei suoi riguardi da parte di un preposto del datore di lavoro stesso. In particolare, la lavoratrice in questione lamentava, da un lato, di essere stata stabilmente, costantemente e ingiustificatamente sacrificata e costretta a svolgere la sua prestazione adibita al funzionamento di un macchinario grafico posto in uno spazio angusto, ristretto e isolato dai compagni di lavoro, del tutto circondata da altre macchine e da cassoni di lavorazione ivi in deposito; dall'altro oltre a questo, la lavoratrice si doleva di essere stata fatta oggetto di continui atteggiamenti ingiuriosi e insultanti da parte del capo reparto, soprattutto nei casi in cui, doverosamente, segnalava i guasti del macchinario cui era adibita o quando si lamentava delle condizioni di lavoro eccessivamente onerose.

(1) Massima a cura della Redazione.

Il mobbing nella prima ricostruzione giurisprudenziale
Vittorio Matto

D'altro canto nessun ascolto avevano avuto le ripetute rimostranze, formulate personalmente dalla dipendente, nonché dai rappresentanti sindacali, al capo reparto. In seguito alle suddette condotte, la lavoratrice si assentò lungamente per malattia, contrasse quindi una grave forma di crisi depressiva e si dimise infine dal posto di lavoro. Il datore di lavoro aveva negato in giudizio che la lavoratrice fosse mai stata vittima di comportamenti persecutori addebitati al capo reparto, comunque respingendo ogni sua diretta responsabilità. Aggiunse inoltre come, da un lato, non sarebbero sussistiti gli estremi della colpa a suo carico e della prevedibilità del danno, negando di aver mai ricevuto segnalazioni e contestazioni da parte della dipendente; dall'altro infine la dinamica della vicenda in esame avrebbe evidenziato una particolare « labilità emotiva » della lavoratrice tale da escludere il nesso di causalità fra eventuali condotte di terzi e il malessere della vittima in quanto configurante una precedente causa efficiente autonoma. Il giudice ha accolto le istanze della lavoratrice e ha liquidato il danno biologico da questa sofferto in via equitativa.

2. Inquadramento giuridico delle condotte prevaricatorie e della responsabilità per i danni all'integrità psico-fisica del lavoratore nella fattispecie dell'art. 2087 c.c.

Posto che già in precedenza si è svolta una più ampia trattazione degli aspetti giuridici generali connessi al fenomeno mobbing e ai molteplici strumenti di tutela che il nostro attuale ordinamento giuridico offre per rispondere a tale fenomeno e che si rinvia quindi a quanto già in precedenza esposto dallo scrivente (in *q. Rivista*, 1999, n. 4, 491.), vengono qui presi in considerazione quei profili caratteristici che emergono dalla specificità del caso concreto.

In particolare, si tratta di valutare l'iter logico-giuridico che ha portato l'organo giudicante ad applicare il disposto di cui all'art. 2087 c.c. con la conseguente imputazione del danno biologico sofferto dal lavoratore alla responsabilità del datore di lavoro.

Il primo aspetto di rilievo è rappresentato da quella che il giudice definisce « una doverosa premessa, assolutamente indispensabile al fine di inquadrare correttamente le problematiche di causa nel contesto lavorativo e nel sistema di relazioni endoaziendali attualmente esistenti », inerente specificamente al significato e al contenuto fattuale del « mobbing » così come definito dalle scienze mediche e sociali, del quale il giudice stesso richiama alcuni elementi del suo contenuto tipico. Un fenomeno costituito, fra l'altro, da « soprusi da parte dei superiori » nonché da « pratiche dirette ad isolare il dipendente dall'ambiente di lavoro e nei casi più gravi ad espellerlo; pratiche il cui effetto è di intaccare gravemente l'equilibrio psichico del prestatore, menomandone la capacità lavorativa e la fiducia in sé stesso ».

Ciò premesso, e inquadrato espressamente il caso concreto nel suddetto fenomeno, il giudice ha rivolto conseguentemente la sua attenzione verso due direttrici di indagine: da un lato ha sviluppato l'accertamento del nesso di causalità fra le ripetute irrispettose condotte del caporeparto e la patologia oggettivamente insorta nella lavoratrice; dall'altro ha proceduto all'inquadramento dei fatti illeciti e dei danni accertati nell'ambito della responsabilità del datore di lavoro.

Per quanto riguarda il primo profilo, la verifica riguardava soprattutto il necessario assolvimento da parte della lavoratrice di un rigoroso onere probatorio avente ad oggetto, da un lato, la sussistenza del danno subito e dall'altro il nesso di causalità fra questo e il luogo di lavoro (cfr. *Cass.*, 3 aprile 1999, n. 3234, in *Mass.* 1999; *Cass.*, 21 dicembre 1998, n. 12763, *Mass.* 1998; *Cass. civ.* 16 ottobre 1998 n. 9247, *RIDL*, 1999, II, 61; *Cass.*, 18 aprile 1996 n. 3686, *RGL*, 1996, II, 33; *Cass.*, 13 agosto 1991 n. 8835, *RIDL*, 1992, II, 954). A tal fine sono state considerate esaurienti le prove testimoniali e la documentazione medica prodotta dalla dipendente 'attrice', che hanno portato ad appurare l'effettiva sussistenza di « atti di persecuzione del diretto superiore » ai danni della dipendente stessa e attraverso le quali il giudice ha considerato « fornita la prova del nesso di causalità fra la patologia insorta improvvisamente nella lavoratrice e l'ambiente di lavoro ».

Per quanto riguarda, in secondo luogo, i profili inerenti la responsabilità del datore di lavoro, è stato a questo punto automatico e consequenziale l'impiego dell'art. 2087 c.c. in funzione di una più ampia tutela della personalità del lavoratore, considerato anche come « l'estensione della tutela anche alla salute psichica non si deduce solo dall'esigenza di garantire compiutamente la sfera della personalità morale del lavoratore ex art. 2087 c.c., ma dall'ovvia constatazione che la stessa nozione di integrità fisica non può essere restrittivamente interpretata, con esclusione di quella psichica, quasi fosse possibile una separata

e distinta valutazione » (Montuschi, 1987, 3). Pertanto, essendo il datore di lavoro « tenuto a garantire l'integrità fisio-psichica dei propri dipendenti e quindi ad impedire e scoraggiare con efficacia contegni aggressivi o vessatori da parte di preposti e responsabili nei confronti dei rispettosi sottoposti », il datore stesso deve essere dunque ritenuto responsabile di eventuali danni cagionati a questi ultimi, qualora tali danni abbiano, ovviamente, ripercussioni dal punto di vista strettamente fisico, o anche solamente psichico, della vittima.

Seguendo questa impostazione il giudice non ha stravolto la logica dell'articolo 2087 c.c. per adattarne forzatamente la sua finalità al fatto in contestazione, il quale articolo, anzi, nella sua ampia funzione di norma sanzionatoria, imponendo al datore di lavoro l'obbligo di garantire la sicurezza delle condizioni lavorative aziendali e rendendolo così responsabile in senso lato dei danni che si siano verificati alla salute dei dipendenti in azienda, ricomprende, implicitamente, il principio della responsabilità di controllo sui preposti e i responsabili. Dunque, disattendendo conseguentemente le osservazioni difensive proposte dal datore di lavoro, è stata accollata a quest'ultimo la responsabilità dei comportamenti del suo capo reparto, quale preposto del datore di lavoro stesso e il soggetto al quale dovevano essere presentate — come in effetti concretamente e ripetutamente avvenne era avvenuto nel corso degli anni anche ad opera dei rappresentanti sindacali — lamenti e segnalazioni inerenti le condizioni di lavoro.

Delle quali lamenti e segnalazioni il preposto avrebbe dovuto informare il datore di lavoro, nei confronti del quale è stato così ritenuto adempiuto l'onere di informazione posto a carico della lavoratrice al fine di attivarne la dovuta attività di controllo e di renderlo conseguentemente responsabile di eventuali danni derivanti dalla sua inerzia.

In particolare, il giudice ha ritenuto il datore di lavoro responsabile dei danni provocati da un suo preposto poichè, non avendo mai esercitato alcun controllo sulla sua attività e sulle sue capacità di dirigere le prestazioni dei sottoposti, non potrebbe poi allegare proprio questo disinteresse ed omissione colpevole quale elemento di esonero dalle proprie responsabilità. Si è trattato in sostanza dell'applicazione di una presunzione di responsabilità per colpa, per respingere la quale sarebbe stato onere del datore di lavoro dimostrare di aver adottato la diligenza e l'attenzione dovuta e imposta dalle circostanze del caso.

Il giudice quindi non ha ricostruito la posizione del datore di lavoro in termini di responsabilità oggettiva, ma è rimasto nell'ambito di una consolidata interpretazione dell'art. 2087 c.c., per la quale la responsabilità del datore medesimo per violazione dell'obbligo previsto dall'art. 2087 c.c. nel caso in cui si sia verificato un infortunio, è necessariamente connessa ad un suo comportamento colposo (cfr. *Cass.*, 3 aprile 1999 n. 3234, in *Mass.* 1999; *Cass.*, 21 dicembre 1998 n. 12763, in *Mass.* 1998; Pret. Torino, 14 giugno 1996, in *GPiem.*, 1997, 229; Pret. Milano, 27 maggio 1996, in *RCDL*, 97, 157). E nel nostro caso l'evento dannoso si può imputare a colpa del datore di lavoro nella misura in cui questi avrebbe ragionevolmente potuto e dovuto attivarsi per evitare che si creasse, o quantomeno per eliminare o ridurre, la situazione di pericolo.

Nel caso di specie non è stato dato infine maggior peso all'obiezione sollevata dal datore di lavoro inerente una asserita labilità emotiva della vittima perché è stato accertato che questa mai soffrì in precedenza di simili stati depressivi (per analoghi tentativi cfr. T.Mi 21.4.98, *RCDL*, 99, 946), ma ciò non esclude, peraltro, che sia pur sempre presente l'alea di veder negata, alle vittime di questi comportamenti persecutori, la sussistenza del nesso di causalità materiale a causa di eventuali precedenti manifestazioni patologiche, le quali possono essere considerate cause esclusive o almeno concorrenti nel predisporre particolarmente un certo soggetto a subire instabilità emotive e crolli psicologici (cfr. *Cass.*, 20 dicembre 1986 n. 7801, in *RIDL*, 87, II, 578; *Cass.*, 3 luglio 1981 n. 4325, in *RIMP*, 82, 22).

Comunque, è forse il caso di sottolineare come il profilo di maggior rilievo della sentenza commentata non sembra risiedere tanto nell'aspetto meramente formale del riconoscimento giurisprudenziale dell'esistenza del fenomeno del mobbing nei rapporti endoaziendali, quanto, soprattutto, in una nuova forma di attenzione giuridica in virtù della quale, qualora anche il caso in oggetto non fosse stato esplicitamente ricondotto nell'ambito del mobbing, che ricomprende — a certe condizioni — le persecuzioni dei colleghi di lavoro, sarebbero in ogni modo rimaste invariate le possibilità di vederlo inquadrato come rientrante nella fattispecie descritta nell'art. 2087 c.c. e di veder pertanto sanzionate le condotte antigiusuridiche denunciate. Ciò che pare, peraltro, più razionale della ventilata iniziativa legislativa su tali « nuove » condotte illecite, in quanto sarebbe, piuttosto, necessario acquisire una nuova consapevolezza e coscienza dell'estensione dei diritti dei lavoratori e delle già esistenti possibilità di tutela delle relative posizioni soggettive.

**Il mobbing nella prima
ricostruzione
giurisprudenziale**
Vittorio Matto

**Il mobbing nella prima
ricostruzione
giurisprudenziale**

Vittorio Matto

La coscienza dell'estensione delle tutele già esistenti da un lato potrebbe essere già sufficiente ad incoraggiare l'emersione di un maggior numero di casi sinora latenti di sopraffazione nonché a favorire l'adozione di adeguate contromisure già in sede aziendale, dall'altro sarebbe, soprattutto un incentivo a superare definitivamente « quell'atteggiamento di distratta e marginale valutazione delle causali ambientali e comportamentali inducenti, nei luoghi di lavoro, danni alla salute psichica » (Meucci, 1987, 592).

Bibliografia

Meucci, *Sistematico disconoscimento datoriale di diritti e meriti e danni alla salute psichica del lavoratore*, in *RIDL*, 1987, II, 578.

Montuschi, *Ambiente di lavoro e tutela della malattia psichica*, in *RIDL*, 1987, I, 3.

Danno da « superlavoro » e responsabilità del datore

Emanuele Veronesi

Sommario

A. I casi. Cassazione 1 settembre 1997, n. 8267 e Cassazione 5 febbraio 2000, n. 1307 (massime). **B.** Il commento. **1.** La Cassazione conferma la responsabilità contrattuale del datore per il danno biologico da « superlavoro ». **1.1.** Premessa. **1.2.** L'art. 2087 c.c. **1.3.** La fattispecie.

A I casi. Cassazione 1 settembre 1997, n. 8267 e Cassazione 5 febbraio 2000, n. 1307 (massime).

Corte di Cassazione - Sezione lavoro - 1° settembre 1997, n. 8267 - Pres. Panzarani - Est. Guglielmucci - P.M. Fedeli (conc.diff.) - Lavenuta (Avv. Macri) c. Ente autonomo Fiera del Levante di Bari (Avv. Pelà, Laforgia, Cermignani) e Cassa Trib. di Bari 12 maggio 1994.

Lavoro - Lavoro subordinato - Diritti ed obblighi del datore e del prestatore di lavoro - Tutela delle condizioni di lavoro - Adozione delle misure idonee a tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore - Mancato adeguamento dell'organico - Determinante eccessivo carico di lavoro - Violazione dell'art. 2087 cod. civ. - Configurabilità - Accettazione del superlavoro da parte del dipendente - Irrilevanza.

L'attività di collaborazione cui l'imprenditore è tenuto nei confronti dei lavoratori a norma dell'art. 2087 cod. civ. non si esaurisce nella predisposizione di misure tassativamente imposte dalla legge, ma si estende all'adozione di tutte le misure che si rivelino idonee a tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore. Ne consegue che anche il mancato adeguamento dell'organico aziendale (in quanto e se determinante un eccessivo carico di lavoro), nonché il mancato impedimento di un superlavoro eccedente — secondo le regole di comune esperienza — la normale tollerabilità, con conseguenti danni alla salute del lavoratore, costituisce violazione degli artt. 41, 2° comma, Cost. e 2087 cod. civ., e ciò anche quando l'eccessivo impegno sia frutto di una scelta del lavoratore (estrinsecantesi nell'accettazione di straordinario continuativo — ancorché contenuto nel c.d. monte ore massimo contrattuale — o nella rinuncia a periodi di ferie), atteso che il comportamento del lavoratore non esime il datore dall'adottare tutte le misure idonee alla tutela dell'integrità psico-fisica dei dipendenti, comprese quelle intese ad evitare l'eccessività di impegno di soggetti in condizioni di subordinazione socio-economica.

Corte di Cassazione - Sezione lavoro - 5 febbraio 2000, n. 1307 - Pres. Sommella - Est. Capitanio - P.M. Cinque (conf.) - Ente autonomo Fiera del Levante di Bari (Avv. Pessi, Gentile, Piacciaredda) c. Lavenuta (Avv. Pietrofonte). Conferma Trib. di Foggia 12 dicembre 1998.

Lavoro - Lavoro subordinato - Diritti ed obblighi del datore e del prestatore di lavoro - Responsabilità del datore di lavoro per il danno biologico subito dal lavoratore - Responsabilità contrattuale - Regime probatorio.

**Danno da
« superlavoro » e
responsabilità del
datore**
Emanuele Veronesi

La responsabilità del datore di lavoro — che è tenuto alla predisposizione e all'adozione di tutte le misure idonee a tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore — ha natura contrattuale, con la conseguenza che, al fine della risarcibilità del danno biologico — inteso come danno all'integrità psico-fisica della persona in sé considerato (danno che può consistere in un eccessivo carico di lavoro estrinsecantesi nell'accettazione di lavoro straordinario continuativo o nella rinuncia a periodi di ferie), grava sul lavoratore l'onere di provare l'inadempimento del datore di lavoro all'obbligo di adottare le suddette misure di protezione. Una volta assolto tale onere, non occorre invece che il lavoratore dimostri anche la sussistenza della colpa del datore di lavoro inadempiente, gravando su quest'ultimo il diverso onere di provare che l'evento lesivo sia dipeso da un fatto a lui non imputabile. Inoltre il lavoratore deve provare sia la lesione all'integrità psico-fisica, sia il nesso di causalità tra tale evento dannoso e l'espletamento della prestazione lavorativa.

B. Il commento. 1. La Cassazione conferma la responsabilità contrattuale del datore per il danno biologico da « superlavoro ».

1.1. Premessa.

Con la sentenza 5 febbraio 2000, n. 1307 (le motivazioni possono essere lette su *Guida al lavoro de Il Sole-24 Ore*, n. 11 del 21 marzo 2000, con nota di commento di G. Ricci, 22 e ss.; e su DG, n. 5 del 12 febbraio 2000, con nota di A. Cia., 6 e ss.) la S.C. conferma ed ulteriormente specifica gli importanti principi di diritto già espressi con la sentenza 1 settembre 1997 n. 8267 (in *Mass. giur. Lav.*, 1997, p. 818 e ss. con nota di Gragnoli, *Responsabilità datoriale per infarto del dipendente e potere organizzativo; Resp. civ. prev.*, 1998, 407 ss. con nota di M. Mangioni, *Il danno alla salute nel rapporto di lavoro e il potere organizzativo dell'impresa; Giur. it.*, 1998, p. 1822 e ss., con nota di F. Giammaria, *Lavoro straordinario, ferie non godute e danno biologico: la Cassazione si pronuncia ma resta una perplessità*).

Sembra corretto, quindi, ritenere le due pronunce come momenti distinti di uno stesso indirizzo interpretativo, che ha condotto la Cassazione ad indicare « direttive precise per l'esercizio del potere organizzativo dell'impresa, con una estensione dell'impegno dovuto ai sensi dell'art. 2087 cod. civ. » (Gragnoli, *cit.*, 820). Si è, infatti, rinvenuta una responsabilità di natura contrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento del danno alla salute arrecato nella fattispecie, per il datore di lavoro che, non avendo provveduto ad un adeguamento dell'organico, abbia nel contempo determinato o non impedito un eccessivo impegno lavorativo del dipendente, violando di conseguenza il limite imposto nell'esercizio dell'impresa dall'art. 41, 2° comma, Cost. e non rispettando l'obbligo di tutela prescritto dall'art. 2087 cod. civ.

1.2. L'art. 2087 c.c.

Entrambe le sentenze confermano il principio che in ambito giuslavoristico il danno alla salute (ovvero danno biologico) sia riconducibile alla sfera di applicazione dell'art. 2087 cod. civ., all'interno quindi della responsabilità contrattuale. All'evidenza, ciò comporta una netta differenza dagli altri campi del diritto civile, nei quali la tutela dell'integrità psico-fisica della persona in sé considerata ricade nell'ambito della responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 cod. civ., come reinterpretato alla luce dell'art. 32 Cost. (sulla complessa vicenda giurisprudenziale che ha portato a tale rilettura si rimanda a G. Alpa, *Il danno biologico*, Padova, 1993, 9 e ss.; C. Castronovo, *Danno biologico: un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, 7 e ss.; ID., « *Danno biologico* » senza miti, 1988, I, 2 e ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 5. *La responsabilità*, Milano, 1994, 531 e ss.).

Come ricorda la sentenza 1307, è stata la giurisprudenza (a partire da Cass., 26 novembre 1984, n. 6134, in RGL, II, 694), seguita dalla prevalente dottrina (cfr. N. Poletti, *La dimensione contrattuale del danno alla salute*, in RGL, 1986, II, 195 e ss.; A. Vallebona, *Il danno biologico nel sistema delle tutele del lavoratore*, DL, 1994, I, 413 e ss.; M. Lanotte, *Danno biologico: natura giuridica e sua risarcibilità al prestatore di lavoro*, MGL, 1995, 259 e ss.), che nella ricerca di una più adeguata tutela dei lavoratori ha commutato la risarcibilità del danno alla salute nel nuovo ambito; peraltro, in quest'ultimo si trattava di rinvenire uno specifico obbligo di tutela del lavoratore, che fosse riconducibile sia al diritto alla salute

riconosciuto ad ogni individuo dall'art. 32 Cost., sia alle altre norme costituzionali specificamente volte alla tutela dell'integrità psico-fisica dei lavoratori, quali gli artt. 36, 37 e 41 Cost.

La fonte di tale obbligo nell'ambito del rapporto di lavoro dipendente è stata rinvenuta nell'art. 2087 cod. civ., che palesa l'intenzione del legislatore di inibire i possibili rischi cui può andare incontro il lavoratore nell'adempimento delle sue prestazioni; a tal riguardo si è posta in capo al datore di lavoro un'autonoma obbligazione contrattuale, che ha trasposto nella materia giuslavoristica il generale principio del *neminem laedere* (cfr. L. Montuschi, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, 1994, I, 322; R. Scognamiglio, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, V, 1997, 1 ss; E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 1996, 156). A tal fine la giurisprudenza (tra le altre Cass., 6 luglio 1990, n. 1701; Cass., 29 marzo 1995, n. 3738, in *Not. giur. lav.*, 1995, 405; Cass., 12 luglio 1995, n. 7619, *ibid.*, 592) e la migliore dottrina non richiedono solo il rispetto delle misure di tutela « tipiche » previste *ex lege* (cfr. D.P.R. 27 aprile 1955, n. 547 e D.P.R. 19 marzo 1956, n. 303), ma anche la predisposizione di ogni misura « atipica », dettata, come esplicitamente prevede la norma codicistica, dalla particolarità del lavoro, dall'esperienza e dalla tecnica, per tutelare l'integrità del lavoratore. Tra queste ultime ora — alla luce delle sentenze in commento — sembrano da annoverare anche l'adeguamento dell'organico ed in ogni caso l'inibizione del superlavoro.

È opportuno, comunque, ricordare che un orientamento della giurisprudenza (cfr. Cass. 8 aprile 1994, n. 4078, in *NGL*, 1995, p. 885; da ultimo Cass., 21 dicembre 1998, n. 12763, *ibid.*, 1999, p. 184) ritiene possibile il concorso ed il cumulo delle due forme di responsabilità. Come ricorda attenta dottrina, si tratta di « una tipica costruzione giurisprudenziale, ispirata all'intento di conseguire la massima tutela possibile per il danneggiato, indipendentemente dal fatto generatore della responsabilità, specie quando entri in questione la lesione di un diritto assoluto relativo alla persona dando luogo al fenomeno della c.d. contrattualizzazione dei danni alla persona che rende in pratica possibile l'applicazione di tutte le regole a tutela dei danneggiati » (v. F. Miani Canevari, *Nuovi confini dell'obbligo di sicurezza e danno biologico*, in *DL*, 1994, I, 402; peraltro, in ordine a tale impostazione si vedano le osservazioni critiche di Montuschi, *cit.*, 324).

1.3. La fattispecie.

Venendo ad analizzare la fattispecie cui si riferiscono le due sentenze in commento, si evidenzia che la prima è stata originata dal ricorso presentato avverso la pronuncia del Tribunale di Bari, che in appello aveva confermato la decisione della locale Pretura sul ricorso proposto da un dipendente dell'Ente autonomo Fiera del Levante di Bari.

L'interessato, con qualifica di quadro, aveva svolto per circa sette anni mansioni di capufficio addetto all'organizzazione dell'esposizione fieristica.

Nel 1987, dopo essere stato colpito l'anno precedente da infarto cardiaco, chiese al Pretore di Bari la condanna dell'Ente al risarcimento del danno biologico subito, rinvenendone la causa nell'estenuante attività lavorativa cui negli anni era stato sottoposto, attività che lo aveva portato ad un impegno medio settimanale di circa 60 ore oltre alla rinuncia a periodi di riposo ed alle ferie, e tutto questo a causa sia della palese inadeguatezza dell'organico dell'Ente Fiera, sia della gran mole del carico di lavoro assegnatogli.

Peraltro i giudici di merito, sia in primo che in secondo grado, ritennero non accoglibile la domanda sul presupposto che « il datore di lavoro, nell'ambito della sua libertà di iniziativa economica, è libero di determinare, insindacabilmente, la dimensione dell'organico aziendale necessario per conseguire determinati obiettivi produttivi. Se gli stessi siano raggiunti — allorché rispetto ad essi l'organico sia inadeguato — con un apporto dei propri dipendenti che ecceda l'impegno proprio di una normale prestazione — trasformandosi in lavoro stressante — ciò è frutto di un'iniziativa del lavoratore che ad esso si assoggetti: senza che in ordine a tale opzione sia ravvisabile alcuna responsabilità del datore di lavoro ».

Tale principio è stato ritenuto dalla Cassazione, con la sentenza n. 8267/97, « non coerente con i principi di diritto di tutela del lavoro esistenti nel vigente ordinamento giuridico ».

La questione è stata dunque rimessa al Tribunale di Foggia che, alla luce dei principi enunciati nella sentenza di rinvio, ha riconosciuto fondata la richiesta di risarcimento ed ha conseguentemente liquidato il danno biologico in £ 300.000.000, oltre svalutazione monetaria ed interessi quantificati nel 4% sulla somma rivalutata dal giorno dell'evento dannoso

**Danno da
« super lavoro » e
responsabilità del
datore**
Emanuele Veronesi

**Danno da
« superlavoro » e
responsabilità del
datore**
Emanuele Veronesi

sino al saldo (liquidazione ritenuta corretta dalla S.C. nella decisione del febbraio 2000 alla luce di quanto disposto da Cass. Sezioni Unite, 17 febbraio 1995, n. 1712, questa può essere rinvenuta su FI, 1995, I, 1470, con note di G. De Marzo, *Debiti di valore e « overcompensation »*, e di G. Valcavi, *A proposito della teoria dei crediti di valore, della rivalutazione e degli interessi monetari nel risarcimento del danno*; CG, 1995, 462, con nota di A. Di Majo, *Interessi e debiti di valore*).

Avverso l'ultima pronuncia di merito, l'Ente Fiera ha proposto ricorso in Cassazione, permettendo così alla S.C., con l'articolata sentenza n. 1307, di confermare e approfondire gli indirizzi già delineati nella precedente decisione, con la conseguenza che i principi di diritto affermati nella fattispecie sembrano ormai da ritenere giurisprudenza consolidata. Particolare significato assume al riguardo l'affermazione secondo cui, ai sensi dell'art. 41 1° e 2° comma della Cost., la libertà di iniziativa economica trova un limite invalicabile « nell'obbligo di non arrecare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e ... in relazione all'art. 32 Cost. ed all'art. 2087 cod. civ., nell'obbligo del datore di lavoro, costituzionalmente imposto, di adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità fisico-psichica del lavoratore », tra le quali viene espressamente iscritto l'apprestamento di un organico adeguato. Viene altresì rilevato che il datore non è esente da responsabilità qualora sussista l'eventuale spontanea accettazione da parte del lavoratore di un carico di lavoro particolarmente gravoso, atteso che fra le misure di tutela devono farsi rientrare anche « quelle intese ad evitare eccessività di impegno di un soggetto che è in condizioni di subordinazione socio-economica ».

Il datore andrebbe esente da responsabilità solo nel caso in cui la prestazione presentasse « i caratteri dell'abnormità, dell'inopinabilità e dell'esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo e alle direttive ricevute ».

In questa linea interpretativa assume parimenti rilievo l'affermazione della sentenza del 1997 che rinveniva una responsabilità di natura contrattuale, per violazione dell'art. 41 Cost. e del 2087 cod. civ., per il mancato adeguamento dell'organico dell'Ente Fiera che aveva determinato un eccessivo impegno di lavoro da parte del lavoratore, ovvero il mancato impedimento di un superlavoro eccedente — secondo regole di esperienza — la normale tollerabilità, con conseguente danno per la salute del lavoratore.

La giurisprudenza in commento ha inoltre precisato che, vertendosi in materia di responsabilità contrattuale, il dipendente debba dimostrare l'inadempimento del datore rispetto all'obbligo di sicurezza prima delineato (a tal proposito si ricorda che Cass., 21 dicembre 1998, n. 12763, *cit.*, ha espressamente escluso trattarsi di una responsabilità oggettiva); il lavoratore non è d'altra parte tenuto a dimostrare la colpa del datore, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ. Grava infatti su quest'ultimo l'onere di provare che l'evento lesivo dipenda da un fatto a lui non imputabile, vale a dire da un fatto che presenti i caratteri dell'abnormità, dell'inopinabilità e dell'esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo e alle direttive impartite.

Il lavoratore è poi tenuto a dimostrare il danno subito, nonché l'esistenza di « un nesso eziologico tra l'attività lavorativa prestata ... in condizione di subordinazione socio-economica e il danno alla salute denunciato ... (fornendo) idonea prova » sottoposta all'insindacabile valutazione del giudice di merito, che nella fattispecie ha ritenuto provato il superlavoro denunciato e conseguentemente condannato l'Ente Fiera.

Parimenti il giudice del rinvio — con valutazione poi confermata dalla Cassazione — ha ritenuto che eventuali concause dell'infarto cardiaco (quali l'ipertensione genetica, il fumo quotidiano di una quindicina di sigarette, la vita sedentaria) non rilevassero ai fini di una riduzione del risarcimento del danno biologico, attesa la ritenuta estraneità delle medesime all'evento e che comunque esse fossero sprovviste di preponderante rilievo causale.

È infine significativa l'affermazione della recente sentenza della S.C., la quale nega rilievo alla circostanza (dedotta dall'Ente Fiera) che il lavoratore si fosse « a proprio piacimento » sobbarcato a lavoro feriale e festivo e che fra l'altro la mancata fruizione delle ferie non fosse ascrivibile a direttive fornite dall'Ente. In effetti, la Cassazione osserva che il lavoratore — come già precisato — aveva qualifica di quadro, assimilata quindi dall'art. 2, 3° comma, della L. n. 190/85 agli impiegati per quanto attiene alla disciplina del rapporto di lavoro, con la conseguenza che il dipendente « non aveva la facoltà, riservata ai soli dirigenti, di scegliere autonomamente il metodo di lavoro e la fruizione delle ferie ».

A conclusione di queste brevi notazioni, si può osservare che le predette sentenze (le quali come detto configurano una giurisprudenza ormai consolidata) si inseriscono nella significativa tendenza della S.C. ad ampliare la tutela dell'integrità psico-fisica dei lavoratori dipendenti, con l'affermazione espressa che i datori devono astenersi da comportamenti (sia commissivi che omissivi) comunque idonei ad arrecare danno a tale integrità.

**Danno da
« super lavoro » e
responsabilità del
datore**
Emanuele Veronesi

Il *Conseil Constitutionnel* francese si pronuncia sulle 35 ore

Clara Enrico Lucifredi

Sommario

A. Il caso. *Conseil Constitutionnel*, decisione 99-423 DC del 13 gennaio 2000 (la massima). **B.** Il commento.

A Il caso. *Conseil Constitutionnel*, decisione 99-423 DC del 13 gennaio 2000 (la massima) (1).

Conseil Constitutionnel, decisione 99-423 DC del 13 gennaio 2000 sulla legge relativa alla riduzione contrattata del tempo di lavoro.

Ordinanza di remissione da parte di un folto gruppo di deputati e senatori per contrarietà con: 1) l'art. 34 Cost.; 2) l'art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789; 3) per la violazione del principio d'uguaglianza.

*Sub 1) Il reclamo viene respinto, essendo la legge in questione sempre (art. 34 Costituzione: competenze del legislatore) rispettosa, pur nell'affidare tanto compito alla contrattazione, della prevalenza e del controllo degli organi costituzionalmente a ciò deputati, tanto più stabilendo il rinvio ad un decreto del *Conseil d'Etat* per fissare le condizioni applicative dei principi della legge.*

Sub 2) Sul principio di libertà dell'art. 4, Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 (inteso nelle accezioni della libertà imprenditoriale, della libertà personale dei lavoratori e della libertà contrattuale). Per la libertà imprenditoriale il ricorso è respinto, sia per la possibilità data dalla Costituzione alla legge di adottare effettivamente misure di restrizione di tale libertà se l'interesse generale lo richieda, sia per l'incapacità delle norme in esame a colpire la libertà di impresa. Per la libertà personale dei lavoratori, a causa della supposta ingerenza della legge nell'adottare una scelta arbitraria, al posto dei lavoratori, su maggior tempo libero e minori retribuzioni, non v'è per il Consiglio motivo di incostituzionalità, visto che la legge non ha ad oggetto, né comporta effetti che colpiscano, la libertà personale del lavoratore. In ciò che attiene alla libertà contrattuale, invece, il Consiglio Costituzionale fissa una serie di contrarietà alla Costituzione, sul principio base della regolamentazione economica delle ore di straordinario effettuate oltre le 35 ore settimanali, con incentivazioni maggiori o minori a seconda delle imprese che contrattualmente pongono a meno di 35 ore (o al massimo a 35 ore) l'orario settimanale o delle altre imprese: una tale differenza è per il Consiglio Costituzionale una pressione esercitata indebitamente dal legislatore sull'imprenditore per farlo giungere all'accordo sulle 35 ore.

Sub 3) Non c'è violazione del principio d'uguaglianza, da parte del legislatore, nel fissare regole diverse per i dirigenti, data la specificità di attività di questa categoria di lavoratori.

(1) Il testo integrale è reperibile all'indirizzo elettronico: <http://www.lex.juct.it/dml%2Douline/defaultok.htm>

Il Conseil Constitutionnel francese sulle 35 ore

Clara Enrico Lucifredi

B. Il commento.

Dopo più di due anni di « braccio di ferro » fra governo da un lato, e sindacati e associazioni datoriali dall'altro, è entrata in vigore il 1° febbraio 2000 la riforma dell'orario di lavoro in Francia, promessa nella campagna elettorale dalla sinistra, ma di assai difficile attuazione, nella contestazione o addirittura nel rifiuto delle parti sociali.

La legge — in realtà le due leggi n. 98-461 del 13 giugno 1998 d'orientamento e incitamento alla riduzione del tempo di lavoro; e n. 2000-37 del 19 gennaio 2000 sulla riduzione negoziata del tempo di lavoro — prevede sostanzialmente la durata massima settimanale del lavoro per tutte le categorie dei lavoratori subordinati a 35 ore (dalle 39 prima stabilite dalla legge) per le imprese che occupino più di 20 dipendenti a partire dal 1° febbraio 2000; per le altre imprese l'obbligo scatterà a partire dal 1° gennaio 2000. Il metodo è quello contrattuale, con la libertà di previsione di variazione della durata settimanale del lavoro durante l'anno, purchè essa non ecceda in media le 35 ore di ogni settimana di lavoro e non superi comunque, nel corso dell'anno, le 1600 ore in totale. L'agevolazione verso gli accordi è data da incentivi costituiti da sgravi contributivi istituiti dalla legge per garantire un finanziamento equilibrato del passaggio all'orario ridotto e per ridurre il costo del lavoro sulle retribuzioni medio-basse.

La regolamentazione delle ore di lavoro straordinario è naturalmente uno dei punti cardine di sprone o di resistenza all'applicazione della legge; ma le obiezioni alla normativa sono più generali e, benchè questa tenga conto dei recenti appunti mossi dal Conseil Constitutionnel nella sua decisione 99-423 DC del 13 gennaio, qui sopra sommariamente riassunta, sono obiezioni che ancora fanno vibrare le parti sociali in proteste assai ampie (è del 14 gennaio l'annuncio della Confederazione Generale dei Dirigenti (2) di un ricorso davanti alla Corte europea per i diritti dell'uomo), pur considerate dal combattivo ministro del lavoro proponente, Martine Aubry, del tutto fisiologiche rispetto alla portata della legge — e che inducono a qualche riflessione, sia seguendo le direzioni indicate dallo stesso Conseil Constitutionnel nella sua lunga e articolata decisione, sia considerando la vicenda italiana corrispondente, che ha relegato il progetto in un limbo senza presumibile durata, facendolo sparire dal calendario politico, e anche dalla discussione pubblica, ma a volte traducendolo in accordi anche più avanzati della tormentata legge francese.

Ed iniziamo un commento proprio da qui, dalla situazione attuale dell'orario di lavoro. Diciamo subito che lo sviluppo storico del limite massimo di esso non induce a scandali sulla sua riduzione a 35 ore nemmeno in Italia. Se agli albori del secolo si lavorava « dall'alba al tramonto », già nel 1923 la legge imponeva il massimo di 8 ore giornaliere o 48 ore settimanali; se appena 16 anni più tardi la legge (poi sospesa nella sua efficacia a causa della necessità belliche) portava a 40 ore il monte ore settimanale, è evidente che oggi — considerati i 60 anni trascorsi dall'ultimo provvedimento, nonché gli evidenti alleggerimenti recati al lavoro da macchine e tecnologie — ne basterebbero anche meno di 35 per sopperire alle necessità industriali.

I « ma » sono almeno due, ed entrambi rilevanti, a mio parere.

Il primo è il difetto d'origine delle due leggi, e cioè il costituire esse la necessaria realizzazione di una promessa elettorale, sventolata come una bandiera dalla sinistra, e dunque divenuta un'obbligazione di buona fede, una volta vinte le elezioni. La conseguenza è stata che la Francia è stato l'unico Paese ad imporre per legge la diminuzione dell'orario massimo a 35 ore, senza riuscire a trascinare con sé altre legislazioni, che — il caso italiano è emblematico — hanno magari discusso il problema, ma hanno finito per abbandonarlo al libero gioco della contrattazione collettiva, a secondo delle situazioni, a seconda dei settori lavorativi ed anche delle capacità contrattuali delle parti sociali.

Così il mercato europeo e il mercato mondiale hanno evitato regole imposte dall'altro in materia, pur avendo, in singole contrattazioni, raggiunto lo stesso livello: non è negativa in sé la normativa, infatti, ma la sua rigidità. La stessa Unione Europea ha dichiarato la sua

note

(2) I « Cadres » francesi, in effetti, comprendono — ma è semplificativo identificarli — il personale dirigente che, in Italia, può appartenere sia alla categoria dei dirigenti, sia a quelli dei quadri di alto profilo.

contrarietà a modelli impositivi sull'orario di lavoro (3) tanto che la Direttiva 93/104 prevede solo l'orario settimanale globale — compreso lo straordinario — di 48 ore. Per la Francia, in particolare, il caso è ancora più singolare, se si considera che l'orario massimo legale era già, prima di questa normativa, il più ridotto dell'intera Europa: 39 ore a partire dal 1982.

La seconda obiezione alla legge francese è costituita dall'impiego di un metodo impositivo anche in relazione al finanziamento della legge stessa: se gli accordi si fanno, se « la ministre Aubry » nelle dichiarazioni alla stampa manifesta il suo orgoglio per l'ampia applicazione della legge (sarebbero 175.028 i posti di lavoro creati o salvati dalla legge sulle 35 ore fra il 13 giugno 1998 e l'8 marzo 2000, secondo il Ministero del lavoro, con 26.618 accordi), è indubbiamente a causa degli sgravi contributivi, « *la manne publique* », secondo, un critico (4), da parte degli imprenditori; e, da parte dei lavoratori, del vantaggio apportato dalle maggiorazioni per il lavoro subordinato fra le 35 e le 39 ore che le norme garantiscono. Ma che sia imposto, anche questo per legge, che il finanziamento gravi sui fondi sociali, organismi gestiti pariteticamente da imprenditori e sindacati, è stato un madornale errore che ha fatto coalizzare le parti sociali contro tale disposizione.

Si è giunti così alla recente (gennaio 2000) plateale decisione del Medef, la Confindustria francese (*Mouvement des entreprises de France*), di abbandonare entro l'anno in corso i vari organismi paritetici, che gestiscono una pluralità di fondi (che ammontano a parecchie decine di migliaia di miliardi di lire), fra cui quello che garantisce sussidi per la disoccupazione e quello che provvede a talune pensioni integrative. La pariteticità della gestione è dovuta al fatto che i fondi sono frutto di contributi imprenditoriali e di trattenute sulle retribuzioni: l'intenzione del governo Jospin di ricorrere alle casse sociali per finanziare (con 40 miliardi di franchi) la costosa legge sulle 35 ore ha non soltanto portato al ritiro unilaterale, dagli organismi paritetici, del Medef, ma ha anche trovato l'opposizione dei sindacati dei lavoratori che intendono rilanciare il dialogo sociale, del quale sempre ha costituito un'espressione di notevole rilevanza l'esistenza della gestione paritetica delle casse sociali. Non ne è ultima ragione il fatto che i sindacati dei lavoratori hanno in Francia una bassissima rappresentatività (stimata fra il 5 e il 6% dei lavoratori) e necessitano, anziché di una protezione statale incombente, di un'azione di svolta per rivendicare una posizione autonoma rispetto alla pesante ingerenza dello Stato, che spesso si sostituisce all'azione sindacale in tutto il campo del lavoro. Ne è prova il fatto che essi abbiano accettato di instaurare con l'associazione imprenditoriale una serie di incontri, a partire da febbraio e da concludersi entro il 2000, per formulare una piattaforma di ridefinizione delle regole di conduzione dei vari organismi gestiti pariteticamente.

Su questa situazione di estremo disagio per il governo, e di inconsueta coalizione delle associazioni dei lavoratori e degli imprenditori è intervenuta la decisione del Consiglio Costituzionale, riassunta al principio, che, se ha mantenuto valore al « nocciolo della legge », come ha detto il ministro Aubry, ha però indubbiamente inferto un colpo non lieve dal punto di vista del finanziamento della riduzione dell'orario di lavoro, impedendo in concreto — per contrarietà al principio della libertà contrattuale — di applicare alle imprese non ancora passate all'orario di 35 ore l'imposizione del pagamento del 10% sugli straordinari in più, rispetto alle imprese già con orario ridotto, pagamento finalizzato a coprire in parte non esigua i costi della riduzione d'orario ed « *escamotage* » governativo per supplire al denegato finanziamento attraverso le casse sociali. Tale soluzione, è stato dichiarato dal Consiglio Costituzionale, costituisce una indebita pressione esercitata dal legislatore sugli imprenditori per indurli a giungere ad accordi sulle 35 ore, e come tale contraria alla Costituzione.

Se dal punto di vista della libertà sindacale il centralismo della legge ha impedito uno sviluppo contrattuale che nulla induceva a ritenere difficile, purchè basato sulla libera transazione, i problemi sono tutt'altro che risolvibili sul piano della volontà individuale; o, per dirla in modo più semplice: il singolo lavoratore è tenuto ad accettare il contratto collettivo con la riduzione dell'orario settimanale a 35 ore, se il suo contratto di lavoro

Il Conseil Constitutionnel francese sulle 35 ore
Clara Enrico Lucifredi

note

(3) Nell'ottobre 1997 il Parlamento europeo ha respinto la proposta francese di invitare gli Stati membri a ridurre al massimo a 35 ore l'orario settimanale, mediante incentivi: il che ha effettivamente isolato il caso francese rispetto al resto d'Europa. L'imposizione per legge dell'orario massimo di lavoro trova fortemente contrario anche il Fondo monetario internazionale, che ritiene necessario lasciare la materia alla « libera contrattazione tra le parti sociali ».

(4) Ray, *Droit du travail - droit vivant*, Paris, 98, 95. Gli sgravi contributivi sono decrescenti a partire dal secondo semestre del 1999, il che ha indotto molte aziende ad una rapida conclusione degli accordi.

Il Conseil Constitutionnel francese sulle 35 ore

Clara Enrico Lucifredi

prevedeva il limite delle 39 ore? La Cour de Cassation ha detto di no, in una sentenza del 14 maggio 1998: « Un accordo collettivo non può modificare, senza il consenso del lavoratore interessato, i diritti che gli derivano dal contratto di lavoro ». Quindi la legge sulla riduzione dell'orario di lavoro è destinata a concorrere a moltiplicare le ipotesi di conflitto tra la volontà collettiva e la volontà individuale dei singoli lavoratori, nonostante l'efficacia generale del contratto collettivo nel sistema francese.

L'art. 2 della legge invita le parti sociali a negoziare — entro i termini previsti del 2000 (1° gennaio, poi 1° febbraio) per le imprese con più di 20 lavoratori; e del 2002 (1° gennaio) per le imprese minori — le modalità di riduzione della durata collettiva del lavoro più adatte per ogni singola situazione aziendale o di settore.

Certo, è l'impresa il livello naturale di soluzioni adatte, nell'ambito dell'organizzazione del lavoro; e in effetti, è dall'esame dei contratti aziendali che si comprendono le vie seguite dalle imprese francesi per la riorganizzazione del lavoro in seguito alla riduzione d'orario: le modalità sono diverse nei vari contratti aziendali, e riguardano orari variabili, ristrutturazioni delle competenze, aumento del lavoro per squadre, cambiamenti di procedure gestionali, informatizzazione, sviluppo delle attività formative ed altre ancora.

Il contratto di settore, al riguardo, può stabilire, invece, regole comuni per tutto il tipo di attività o anche determinare modalità di attuazione in settori omogenei, che raggruppano, in maggioranza, piccole imprese, per consentire anche a queste l'accesso a strumenti creati dalla stessa legge.

È ai negoziatori dei vari livelli, concretamente, che viene deferita l'effettività della riduzione dell'orario nonché la riorganizzazione del lavoro, che ne deriva, e dunque la soluzione sulla possibilità reale di creare nuovo lavoro. Niente di strano, in ciò, e niente di necessariamente negativo nei risultati: ma appare a dir poco trionfalistico da parte del governo ritenere collegato a questo singolo tipo di flessibilità (se si può usare questo termine, data la rigidità dell'imposizione legale) un risultato, che i francesi definirebbero « éclatant », cioè clamoroso, quale quello dei nuovi posti di lavoro creatisi, in pochi mesi, nell'applicazione della legge sulla riduzione d'orario.

C'è però da rilevare, a merito della legge (o, quanto meno, a comprensione degli obiettivi raggiunti), che gli sgravi degli oneri sociali da essa accordati hanno contribuito a ridurre altre forme di lavoro precario, favorendo il passaggio dal lavoro stagionale, o temporaneo (« intérimaire », secondo la dizione francese), o a termine finale a contratti a tempo indeterminato, per rientrare nelle vantaggiose ipotesi legali. Altro possibile beneficio è dato dal fatto che la legge costituisce, in talune ipotesi, un'alternativa o un rinvio all'imminenza di licenziamenti collettivi: ma le statistiche, qui, non sono davvero possibili.

L'unica forma di lavoro flessibile che viene salvata, ed anzi esaltata dalla legge, è il lavoro a tempo parziale (« scelto, e non subito », secondo l'entusiastica espressione del ministero degli affari sociali), accessibile a tutti, con garanzia dell'imprenditore di accettarlo; e a questo, in molti accordi, si è aggiunta la garanzia opposta di far tornare a tempo pieno chi fosse prima a tempo parziale e intenda cambiare.

C'è infine da ricordare, a favore della legge RTT (riduzione del tempo di lavoro, letteralmente, ormai divenuta sigla conosciutissima in Francia), che l'orario a 35 ore è stato ben accetto alle lavoratrici, che ne hanno tratto un buon cambiamento dei ritmi di vita personale, ottenendo in taluni casi (come nell'accordo delle *Eaux Minérales d'Evian*) un'opzione di scelta delle 32 ore settimanali (ma con una decurtazione della retribuzione fra le 35 e le 32 ore). Altri accordi hanno abbassato ulteriormente l'orario, come l'accordo *Photo Service*, passato dalle 39 alle 33 ore settimanali, con una lieve flessione della retribuzione.

La RTT ha sortito i suoi effetti anche nelle imprese a capitale estero: hanno stipulato accordi fra le altre la *Coca Cola* e la *Samsonite* americane, la *Toyota* giapponese, *Bosch*, *Benckiser*, *Wurth France* tedesche, il che è facilmente spiegabile con i benefici accordati dalla legge.

Tutto ciò detto, e per fornire qualche argomento per una meditazione sulle problematiche analoghe in Italia, avviate sulla via francese, ma interrotte ed accantonate di fronte ad altri provvedimenti, ritenuti di maggior urgenza, è innanzitutto da ricordare ancora una volta come le politiche legislative in materia di lavoro vivano in tutto il mondo il dilemma di trovare una via intermedia tra flessibilità e sicurezza, fra libertà contrattuale e protezione. Per le istituzioni pubbliche è ovvio che l'obiettivo essenziale deve essere la creazione del lavoro, cioè la politica dell'occupazione: problema che nasce da questioni economiche, dalla difficoltà di gestire o guidare il mercato del lavoro verso un futuro ancora poco chiaro, che in ogni caso sembra sempre richiedere la regola economica di riduzione del costo del lavoro

(sarà solo sul come attuare questo obiettivo che ogni Stato potrà cimentare le sue idee politico-sociali).

Per i lavoratori e i loro sindacati e per le imprese si tratta invece di occuparsi delle politiche del lavoro; ma certo queste non possono essere lasciate *in toto* alle forze sociali, con scarso controllo, poiché c'è il rischio non indifferente di scoraggiare l'occupazione regolare e spingere invece verso il lavoro sommerso se non c'è struttura legale e, quindi, regole fondamentali di protezione.

In questo prolungato dissidio fra i bisogni economici e la necessità di tutela si inserisce un fattore nuovo: ed è che proprio i lavoratori della flessibilità hanno bisogno di una protezione maggiore, rispetto ai lavoratori tradizionali: e perciò le istituzioni provvedono a fornire regole, non necessariamente omogenee, per i vari tipi di lavori flessibili.

Ed è qui, mi pare, che occorre fare un appunto alla politica legislativa francese sulla riduzione dell'orario di lavoro: aver fatto l'errore, cioè, di cambiare regole di politica occupazionale, di sua competenza, con la politica lavoristica di creazione di consenso sociale su forme, tempi, modi di lavoro, che deve prendere sì campo e confini minimali dalla legislazione, ma abbisogna di libertà di contrattazione collettiva per ricevere l'avallo delle parti ed adempiere con successo ai problemi odierni della competitività sul mercato e insieme del miglioramento delle condizioni lavorative e di un maggior equilibrio tra vita professionale e vita privata.

L'aver centrato tutta la politica del lavoro su questa legge — con benefici il cui finanziamento però incide anche su fondi sociali, senza una spontanea adesione — ha creato certo dei risultati positivi, ma anche tensioni sociali notevoli (5); per non parlare poi della posizione di assoluto rifiuto dei dirigenti, la cui associazione sindacale CGC, come si è detto, ha depositato in aprile un ricorso davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo; e del totale rifiuto del Medef, la confederazione degli imprenditori, che tiene a mettere in luce la varietà e l'articolazione di mezzi di flessibilità adottati in tutti i Paesi europei ad eccezione della Francia per riassorbire la disoccupazione, nonché la ben più estesa libertà di contrattazione degli altri Paesi, che proprio in quella varietà ed articolazione hanno potuto scegliere gli strumenti più adatti per condizioni territoriali o di settore. E in effetti questa sembra essere l'osservazione finale, al momento, sulla RTT: senza dubbio essa ha sortito e ancora sortirà effetti positivi, finché verranno concessi i benefici ivi previsti: ma deteriora fortemente il clima della relazioni industriali, poiché, essendo le 35 ore d'orario settimanale divenute un diritto, i sindacati dei lavoratori sono molto poco inclini ad accettare le regole transattive che sono alla base di qualsiasi accordo sindacale; in modo un po' melodrammatico, ma parzialmente vero, è stato detto che « la loi Aubry a tué la négociation », dettando un modello uniforme nell'orario di imprese che, fino ad ora, e ovviamente a seconda dell'organizzazione del lavoro, della collocazione territoriale e del settore di attività, avevano fra 100 e 150 orari differenti (in ciò diversificate anche dall'impiego, a partire dal 1982, dei contratti di solidarietà).

In definitiva, nessun modello di politica del lavoro può essere considerato il migliore, o utilizzabile per sempre: l'approccio francese, come e forse più di altri, ha tentato la concentrazione di tutto il sistema sulla riduzione dell'orario; presumibilmente peccando di superbia, ha impedito ad imprese e lavoratori di cercare strade più adatte con strumenti molteplici a seconda della specificità del contesto, inducendoli ad una uniformità, che non pare garantire un equilibrio tra protezione e flessibilità.

Il Consiglio Costituzionale ha voluto in questa sua decisione salvare il fulcro della legge, sottoponendola solo a critiche formali, principalmente sulla regola introdotta dalla legge per l'applicazione della riduzione degli oneri sociali, collegata alla esistenza di un accordo collettivo sulle 35 ore. Di qui l'incostituzionalità dichiarata solo nei confronti della libertà di contrarre: decisione deludente, nei primi giudizi francesi, soprattutto a proposito di una legge che è tutt'altro che piana, e potrà essere fonte di contenzioso.

Tuttavia, in questa legge — e per la verità con risultati, pur parziali, non insoddisfacenti — si realizza l'avanzamento nelle politiche dell'occupazione in Francia nei tempi recenti: nessun Paese ha una formula magica, nessuna normativa sul lavoro dà garanzie di conservare un valore nel tempo; al di là della sfavorevole impressione di un decisionismo che

Il Conseil Constitutionnel francese sulle 35 ore
Clara Enrico Lucifredi

note

(5) V. Le Monde, 15 febbraio 2000, con notizie di tensioni sociali alla *Renault France Automobile*; in data 9 febbraio 2000, la notizia dello sciopero, già da 20 giorni, alla *Schneider Electric* contro le 35 ore; in data 1° febbraio 2000 i conflitti nel settore dei trasporti; in data 6 marzo 2000 le proteste degli insegnanti; in data 29 marzo lo sciopero della *Dassault Aviation*, da un mese, come al gruppo *Aluminium Pechiney*, (Le Figaro, 10 marzo 2000).

Il Conseil Constitutionnel francese sulle 35 ore

Clara Enrico Lucifredi

spinge le parti sociali in un cammino obbligato, tutti i Paesi, Francia compresa, sono « in prova », percorrono cioè strade comunque malsicure e certo finora poco conosciute, avendo degli obiettivi, ma nessun tracciato dal risultato ottimale per raggiungerli. Le critiche sono doverose, ma il giudizio definitivo deve attendere.

Bibliografia

Béliet, *Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination*, in *DS* 1998, 530 e ss.

Boulin, *Le temps de travail en Europe: une mutation générale*, in *La réglementation du temps de travail dans l'Union européenne*, Paris 1999, 109.

Ichino, *Il tempo di lavoro nell'Unione Europea*, in *RIDL* 1998, I, 171.

Le temps après la loi Aubry II, numero speciale di *DS*, n., 3, 2000.

Prétot, *Le Conseil constitutionnel et les trente-cinq heures*, in *DS* 2000, 257 e ss.

Ray, *Droit du travail – droit vivant*, *Rueil-Malmaison* 1998, 86 e ss.

Ricci, *L'orario di lavoro nell'ordinamento comunitario*, in *LD* 1998, 81.

Schoettl, *L'examen par le Conseil constitutionnel de la loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, in *Les Petites Affiches* del 19 gennaio 2000.

Abbreviazioni

| | | | |
|------------------------|---|----------------------|--|
| <i>AC</i> | Archivio civile | <i>DML</i> | Il diritto del mercato del lavoro |
| <i>ADL</i> | Argomenti di diritto del lavoro | <i>DO</i> | Droit Ouvrier |
| <i>AJA</i> | Actualidad Juridica Aranzadi | <i>DPL</i> | Diritto e pratica del lavoro |
| <i>AL</i> | Actualidad laboral | <i>DPLoro</i> | Diritto e pratica del lavoro, serie oro |
| <i>All E.R.</i> | All England Report | <i>DRI</i> | Diritto delle relazioni industriali |
| <i>AppNDI</i> | Appendice al Novissimo Digesto Italiano | <i>DS</i> | Droit Social |
| <i>AP</i> | Archivio penale | <i>DT</i> | Derecho del Trabajo |
| <i>AR</i> | Arbeitsrecht | <i>ECR</i> | European Cases Report |
| <i>AS</i> | Le assicurazioni sociali | <i>EER</i> | European Economic Review |
| <i>Asoc</i> | Aranzadi Social | <i>EG</i> | Employment Gazette |
| <i>AsS</i> | L'assistenza sociale | <i>EIRR</i> | European Industrial Relations Review |
| <i>AuA</i> | Arbeit und Arbeitsrecht | <i>EJIR</i> | European Journal of Industrial Relations |
| <i>AuR</i> | Arbeit und Recht | <i>EL</i> | Economia e lavoro |
| <i>BBTC</i> | Banca, borsa e titoli di credito | <i>ELR</i> | European Labour Review |
| <i>Bull Civ</i> | Bulletin Civil | <i>Enc dir</i> | Enciclopedia del diritto |
| <i>BCLR</i> | Bulletin of Comparative Labour Relations | <i>Enc giur Trec</i> | Enciclopedia giuridica Treccani |
| <i>B&L</i> | Banca e lavoro | <i>FA</i> | Foro amministrativo |
| <i>CA</i> | Corriere Amministrativo | <i>FI</i> | Foro italiano |
| <i>CahSocBarrParis</i> | Cahiers sociaux du barreau de Paris | <i>FP</i> | Foro padano |
| <i>CG</i> | Corriere Giudiziario | <i>GC</i> | Giustizia civile |
| <i>CI</i> | Contratto e impresa | <i>GCCC</i> | Giurisprudenza completa della Casazione civile |
| <i>CJE</i> | Cambridge Journal of Economics | <i>GComm</i> | Giurisprudenza commerciale |
| <i>CLLJ</i> | Comparative Labour Law Journal | <i>GCost</i> | Giurisprudenza costituzionale |
| <i>CMLR</i> | Common Market Law Review | <i>GI</i> | Giurisprudenza italiana |
| <i>DCInt</i> | Diritto commerciale internazionale | <i>GLav</i> | Guida al lavoro |
| <i>DCSInt</i> | Diritto comunitario degli scambi internazionali | <i>GM</i> | Giurisprudenza di merito |
| <i>DD</i> | Democrazia e diritto | <i>GPiem</i> | Giurisprudenza piemontese |
| <i>DE</i> | Diritto dell'economia | <i>GTosc</i> | Giurisprudenza toscana |
| <i>DO</i> | Droit ouvrier | <i>GU</i> | Gazzetta ufficiale |
| <i>D&L</i> | Diritto e Lavoro - Rivista critica del diritto del lavoro | <i>HRMJ</i> | Human Resource Management Journal |
| <i>DFall</i> | Diritto fallimentare | <i>ICR</i> | Industrial Cases Reports |
| <i>DG</i> | Diritto e giurisprudenza | <i>ILJ</i> | Industrial Law Journal |
| <i>DH</i> | Dalloz Hebdomadaire | <i>ILP</i> | Impresa lavoro e previdenza |
| <i>DL</i> | Il diritto del lavoro | <i>ILRR</i> | Industrial and Labor Relations Review |
| <i>DLab</i> | Derecho laboral | <i>IJCLLIR</i> | The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations |
| <i>DocLab</i> | Documentación laboral | | |
| <i>DL Marche</i> | Diritto e lavoro nelle Marche | | |
| <i>DLRI</i> | Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali | | |

| | | | |
|----------------------|--|-----------------------|--|
| <i>IJHRM</i> | International Journal of Human Resource Management | <i>QL</i> | Quaderni di Diritto del lavoro |
| <i>Il progetto</i> | Il progetto | <i>QRIDL</i> | Quaderni della Rivista italiana di diritto del lavoro |
| <i>IP</i> | Informatore Pirola | <i>QRS</i> | Quaderni di rassegna sindacale |
| <i>IPrev</i> | Informazione previdenziale | <i>QISFOL</i> | Quaderni ISFOL |
| <i>IR</i> | Industrial Relations | <i>Quarantacinque</i> | Quarantacinque |
| <i>IRJ</i> | Industrial Relations Journal | <i>RA</i> | Recht der Arbeit |
| <i>IRLJ</i> | Industrial Relations Law Journal | <i>RAmmRI</i> | Rivista amministrativa della Repubblica italiana |
| <i>IRLR</i> | Industrial Relations Law Reports | <i>RAE</i> | Revue affaire européenne |
| <i>IS</i> | Industria e sindacato | <i>RassDC</i> | Rassegna di diritto civile |
| <i>I&S</i> | Impresa & Stato | <i>RassDP</i> | Rassegna di diritto pubblico |
| <i>JIRS</i> | Japanese Industrial Relations Series | <i>RCDL</i> | Rivista critica del diritto del lavoro |
| <i>JLB</i> | Japan Labor Bulletin | <i>RCDP</i> | Rivista critica del diritto privato |
| <i>LD</i> | Lavoro e diritto | <i>RCoop</i> | Rivista della cooperazione |
| <i>L'impresa</i> | L'impresa | <i>RDC</i> | Rivista di diritto civile |
| <i>LG</i> | Il lavoro della giurisprudenza | <i>RDCComm</i> | Rivista di diritto commerciale |
| <i>LI</i> | Lavoro informazione | <i>RDEur</i> | Rivista di diritto europeo |
| <i>LPO</i> | Lavoro e previdenza oggi | <i>RDICL</i> | Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro |
| <i>LR</i> | Le Regioni | <i>RDImpr</i> | Rivista di diritto dell'impresa |
| <i>LRI</i> | Lavoro e relazioni industriali | <i>RDL</i> | Rivista di diritto del lavoro |
| <i>LS</i> | Le società | <i>RDP</i> | Rivista del diritto processuale |
| <i>L&S</i> | Labour and Society | <i>REDT</i> | Revista Española de Derecho del Trabajo |
| <i>LSS</i> | Lavoro e sicurezza sociale | <i>RFI</i> | Repertorio del Foro italiano |
| <i>L80</i> | Lavoro '80 | <i>RGC</i> | Repertorio della Giustizia civile |
| <i>Lias Soc</i> | Liaisons sociales | <i>RGI</i> | Repertorio della Giurisprudenza italiana |
| <i>MAC</i> | Massimario annotato della Cassazione | <i>RGL</i> | Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale |
| <i>MFI</i> | Massimario del Foro italiano | <i>RI</i> | Relazioni industriali |
| <i>MGC</i> | Massimario di Giustizia civile | <i>RIDC</i> | Revue Internationale de Droit Comparé |
| <i>MGI</i> | Massimario della Giurisprudenza italiana | <i>RIDL</i> | Rivista italiana di diritto del lavoro |
| <i>MGL</i> | Massimario giurisprudenza del lavoro | <i>RIDP</i> | Rivista italiana di diritto pubblico |
| <i>MLR</i> | Monthly Labor Review | <i>RIMP</i> | Rivista degli infortuni e malattie professionali |
| <i>MO</i> | Mondoperaio | <i>RIPS</i> | Rivista italiana di previdenza sociale |
| <i>Mod. Law Rev.</i> | Modern Law Review | <i>RISS</i> | Rivista italiana di scienze sociali |
| <i>MSCG</i> | Materiali per una storia della cultura giuridica | <i>RJS</i> | Revue de jurisprudence social |
| <i>NDI</i> | Novissimo Digesto italiano | <i>RIT</i> | Revue international du travail |
| <i>NDL</i> | Note di diritto del lavoro | <i>RL</i> | Relaciones Laborales |
| <i>NGCC</i> | Nuova giurisprudenza civile commentata | <i>RSoc</i> | Rivista delle società |
| <i>NGL</i> | Notiziario della giurisprudenza del lavoro | <i>RTDE</i> | Revue trimestrale droit Européen |
| <i>NGiurL</i> | Notiziario giuridico del lavoro | <i>RTDP</i> | Rivista trimestrale di diritto pubblico |
| <i>NLCC</i> | Le nuove leggi civili commentate | <i>RTDPC</i> | Rivista trimestrale di diritto e procedura civile |
| <i>NRS</i> | Nuova Rassegna Sindacale | <i>Sem Soc Lamy</i> | Semaine social Lamy |
| <i>OGL</i> | Orientamenti della giurisprudenza del lavoro | <i>SImp</i> | Spazio impresa |
| <i>PD</i> | Politica del diritto | <i>SL</i> | Sociologia del lavoro |
| <i>PE</i> | Politica e economia | <i>SOrg</i> | Studi organizzativi |
| <i>PL</i> | Personale e lavoro | <i>SM</i> | Stato e mercato |
| <i>PM</i> | Personal Management | <i>SS</i> | Sicurezza sociale |
| <i>PS</i> | Prospettiva sindacale | <i>ST</i> | Sociologie du Travail |
| <i>PSoc</i> | Previdenza sociale | <i>SyS</i> | Syndacalisie e société |
| <i>QADL</i> | Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro | <i>Temi</i> | Temi |
| <i>QDLRI</i> | Quaderni di Dir. del lavoro e delle rel. industriali | <i>TE</i> | Travail et emploi |
| <i>QDRI</i> | Quaderni di Diritto delle rel. industriali | <i>TL</i> | La tutela del lavoro |
| <i>QIS</i> | Quaderni di Industria e sindacato | <i>TLG</i> | Toscana lavoro giurisprudenza |
| | | <i>TR</i> | Temi romani |
| | | <i>WES</i> | Work, Employment and Society |

Notizie sugli autori

Bacchiaga F. è Collaboratore alla cattedra di Diritto del Lavoro nell'Università di Modena e Reggio Emilia (Facoltà di Economia)

Bertola G. è Professore Ordinario di Economia Politica nell'Università di Torino.

Biagi M. è Professore Ordinario nell'Università di Modena e Reggio Emilia

Boeri T. è Professore Associato di Economia del lavoro nell'Università Bocconi di Milano e Direttore della Fondazione Rodolfo Debenedetti

Bonanni R. è Segretario Confederale CISL

Del Punta R. è Professore Straordinario di Diritto del Lavoro nell'Università di Firenze

Enrico Lucifredi C. è Professore Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università di Genova

Fadda R. è Vice Direttore Generale di Confindustria, Responsabile per le relazioni industriali

Ichino P. è Professore Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università Statale di Milano

Liebmann S. è Professore Associato di Diritto del Lavoro nell'Università Bocconi di Milano

Lopez A. è Collaboratrice alla Cattedra di Diritto del Lavoro dell'Università di Modena e Reggio Emilia (Facoltà di Economia)

Mariani Castelli G. è Ricercatrice presso il Centro Studi Giuridici La Nostra Famiglia-IRCCS E. Medea

Matto V. è Collaboratore alla cattedra di Diritto del Lavoro nell'Università Statale di Milano (Facoltà di Giurisprudenza)

Menegatti E. è Collaboratore alla Cattedra di diritto del lavoro dell'Università di Bologna (Facoltà di Giurisprudenza)

Pezzoni M.T. è Dottoranda in Diritto del Lavoro nell'Università di Pavia

Salomone R. è Dottorando di ricerca in Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali nell'Università di Bologna

Salvemini S. è Professore Ordinario di Organizzazione del Lavoro nell'Università Bocconi di Milano

Treu T. è Professore Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università Cattolica di Milano

Veronesi E. è collaboratore alla cattedra di Diritto del Lavoro nell'Università di Modena e Reggio Emilia (Facoltà di Economia)

