

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

EDITORIALE

Una rivista che si rinnova

RICERCHE

*Nuove tecnologie e poteri del datore
tra vecchio diritto e prospettive di riforma
Nuovi bisogni sociali e nuove regole giuridiche*

RELAZIONI INDUSTRIALI

*Privatizzazioni, rappresentanza,
contrattazione collettiva*

DIRITTO COMUNITARIO, INTERNAZIONALE E COMPARATO

*Chiusura di stabilimento ed effetti sui rapporti di lavoro
in USA e Messico*

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Profili evolutivi dell'obbligo di sicurezza

ATTUALITÀ LEGISLATIVA

Il Libro Bianco sul lavoro e la delega del Governo

ATTUALITÀ LEGISLATIVA STRANIERA

La legalizzazione del lavoro interinale in Grecia

Giuffrè Editore

N. 1/XII - 2002

Publicazione Trimestrale - Spedizione in a.p. - 45%
art. 2 comma 20/b legge 662/96 - Filiale di Varese

DIRITTO
delle
RELAZIONI INDUSTRIALI

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

N. 1

XII-2002

Giuffrè Editore Milano

SOMMARIO - n. 1/2002

Editoriale

MARCO BIAGI *Una rivista che si rinnova* 3

Ricerche: Nuove Tecnologie e poteri del datore di lavoro tra vecchio diritto e prospettive di riforma

MARCO BIAGI, TIZIANO TREU *Lavoro e Information Technology: riflessioni sul caso italiano* 5

MARCO BUATIER DE MONGEOT *Le linee guida sul telelavoro* 18

CARLO CARNIELLI *Statuto dei Lavoratori e controlli sui lavoratori: alcuni casi pratici e qualche riflessione* 27

Ricerche: Nuovi bisogni sociali e nuove regole giuridiche

SILVIA BRUZZONE *Privato sociale, cooperazione e articolazione dei bisogni* . . 41

ENRICA MINALE COSTA *Il Testo Unico sui congedi parentali* 63

Relazioni industriali

ROBERTO PEDERSINI *Privatizzazioni, rappresentanza e contrattazione collettiva* 87

Diritto comunitario, internazionale e comparato

MICHELE TIRABOSCHI *Chiusura di stabilimento e rapporti di lavoro negli Stati Uniti* 103

JOSÉ ALFONSO BOUZAZ ORTIZ, MARIO VEGA HUERTA *Cessazione di impresa e rapporti di lavoro in Messico* 109

Rassegne: attualità legislativa

TIZIANO TREU *Il Libro Bianco sul lavoro e la delega del Governo* 115

Rassegne: attualità legislativa straniera

OLGA RYMKEVITCH *La legalizzazione del lavoro interinale in Grecia* 121

Rassegne: giurisprudenza italiana

MASSIMO LANOTTE *Profili evolutivi dell'obbligo di sicurezza nell'elaborazione giurisprudenziale* 125

Una rivista che si rinnova

Con questo fascicolo inizia una nuova serie di *Diritto delle Relazioni Industriali*. Questa rivista è stata fondata da Luciano Spagnuolo Vigorita assieme ad ALAR, un'associazione basata a sua volta sull'alleanza fra Università e mondo delle imprese. ALAR ha svolto un'attività intensa, realizzando pubblicazioni di prestigio, ben oltre la stessa testata di DRI. Già ringraziai una volta Luciano Spagnuolo Vigorita quando, qualche anno fa, mi associò nella direzione della rivista. Oggi ALAR ha concluso il suo ciclo di vita e devo ringraziare ancora una volta Luciano per aver consentito che questa testata continuasse per i tipi di Giuffrè sotto la mia direzione. Inutile dire che sono molto grato altresì all'Editore che ha voluto rinnovarmi la sua fiducia, nella convinzione che DRI occupi pur sempre uno spazio ben consolidato nel mercato della pubblicistica periodica nell'area giuslavoristica.

Dunque DRI prosegue in una rinnovata veste editoriale, nell'ambito delle riviste Giuffrè, in completa autonomia per perseguire un programma molto semplice: contribuire alla modernizzazione del diritto del lavoro e delle relazioni industriali. Anche il Comitato Scientifico, opportunamente allargato, comprende una pluralità di visioni scientifiche e culturali che garantisce l'indipendenza della testata e, soprattutto, la vivacità del dialogo che sarà alla base dei diversi fascicoli. Il programma è in fondo molto semplice: seguire lo sviluppo del diritto del lavoro con speciale enfasi sulle relazioni industriali, particolarmente nella dimensione comparata e comunitaria, prestando attenzione soprattutto alle esperienze più innovative che certamente non mancano anche in questo inizio del nuovo secolo. Cercheremo di mantenere fede alla prospettiva anche interdisciplinare che ha sempre caratterizzato DRI: non si può studiare il profilo giuridico del mondo del lavoro senza aver riguardo anche ad altre materie. Il dialogo con i colleghi sociologi ed economisti è quindi essenziale e ne daremo conto su queste pagine. Cercheremo di continuare sulla strada di una visione non provinciale delle relazioni industriali: non solo perché siamo parte integrante dell'Europa comunitaria ma anche perché su scala planetaria le interconnessioni fra i diversi sistemi sono sempre più evidenti. Cercheremo infine di essere sempre più essenziali senza abdicare al rigore scientifico. I buoni articoli di dottrina giuridica non devono essere necessariamente lunghi ed involuti, con un apparato bibliografico pleonastico. La ricerca giuridica in Italia deve prendere atto che esiste anche nel nostro campo un problema di qualità da affrontarsi con criteri più moderni. Riflettere scientificamente sul *diritto delle relazioni industriali* significa anche individuare esperienze realmente innovative, temi dav-

vero connessi con l'attualità, spunti autenticamente richiesti anche dai pratici: scrivere in modo autoreferenziale non ha davvero più senso.

L'ambizione dunque non ci manca, visto che intendiamo addirittura contribuire alla modernizzazione del diritto del lavoro e delle relazioni industriali. Non solo, ma nella seconda di copertina il lettore troverà un annuncio che spiega il titolo di questo editoriale. Questa rivista verrà realizzata con un metodo nuovo, quello (del resto ben noto a chi legge riviste straniere o di altre discipline scientifiche) che consiste in una formalizzazione del processo selettivo del materiale da pubblicare.

DRI cercherà di essere la rivista in cui un gruppo di studiosi si riconosce collettivamente perché insieme condividerà la responsabilità della selezione del materiale da pubblicare. Ciò significa in pratica che gli articoli pervenuti saranno letti e giudicati da due membri del Comitato Scientifico, oltre che dal Direttore. Una metodologia che certamente comporterà un impiego maggiore di tempo e di energie, ma che — ce lo auguriamo tutti — potrà migliorare la qualità della rivista. Fra qualche tempo faremo un bilancio di questa nuova esperienza.

* * *

Ringrazio quanti mi hanno aiutato in questi anni, spingendomi a rilanciare questa esperienza editoriale. Ne resto ora responsabile unico, anche se ormai Michele Tiraboschi ha raggiunto la maturità scientifica per affiancarmi in un ruolo di coordinamento che rappresenta il riconoscimento formale di un apporto davvero insostituibile. Sono certo che con lui e con gli altri colleghi del Comitato Scientifico e del Comitato redazionale riusciremo a fare una rivista interessante: spero che i lettori ci confermeranno la loro fiducia come hanno fatto in questi anni.

Marco Biagi

*Nuove Tecnologie e poteri del datore di lavoro
tra vecchio diritto e prospettive di riforma*

Lavoro e *Information Technology*: riflessioni sul caso italiano

Marco Biagi - Tiziano Treu

Sommario: **1.** Considerazioni preliminari. Nuove tecnologie e nuova economia: il caso italiano nella prospettiva comunitaria. — **2.** Rivoluzione tecnologica e vicende dell'impresa. — **3.** Il telelavoro tra legge e contrattazione collettiva. — **4.** Potere di controllo e *Information Technology*.

1. Il tema della tecnologia e dei riflessi della rivoluzione informatica sulle relazioni di lavoro impone, per la sua vastità, una delimitazione del campo di indagine. Ma uno studio di questo genere necessita indubbiamente anche di alcune premesse di carattere generale. La informatizzazione dei processi produttivi deve essere osservata anzitutto come fenomeno sociologico ed economico.

Il diritto e, in particolare, la fonte legislativa scontano — come noto — un ritardo strutturale. Un ritardo che è evidente in generale rispetto a tutti i fenomeni sociali, che lo è ancor di più rispetto all'evoluzione dell'economia e delle relazioni di lavoro. Si deve partire allora dalla analisi della realtà economica e dei contesti produttivi di riferimento prima che dal dato giuridico in senso stretto. Per questa ragione l'interprete deve, diversamente da quanto non avvenga in altri campi, guardare ai nuovi meccanismi di produzione normativa. La fonte legale di provenienza statale è poco adatta a regolamentare fenomeni che superano i confini dello stato territoriale, si presentano in forme diverse nei vari settori produttivi e, soprattutto, si modificano con grande rapidità.

Le problematiche accennate, peraltro, emergono molto chiaramente anche da un dato semplicemente statistico: l'assenza di studi significativi che abbiano affrontato la tematica delle regole e dei principi del diritto del lavoro nell'innovazione dei processi informatizzati. La considerazione, facile da rintracciare nel dibattito scientifico su questi temi risalente agli anni '80, non ha perso, oggi, la sua validità e attualità. Gli studi più importanti riguardano aspetti marginali o tematiche settoriali. Si pensi, in particolare, proprio alla tematica della tutela della privacy, letteralmente importata dal diritto civile o alla tematica del telelavoro, sulla quale non mancano approfondimenti di taglio civilistico di un certo spessore.

* *Marco Biagi* è professore ordinario di diritto del lavoro nell'Università di Modena e Reggio Emilia.

Tiziano Treu è professore ordinario di diritto del lavoro nell'Università Cattolica di Milano.

In ragione dell'assestamento continuo della definizione e della regolamentazione giuridica di questi fenomeni, assai spesso si è preferito dare preminenza alla comprensione della strumentazione sindacale in grado di governare mutamenti di questo genere, mentre non si è data la giusta attenzione allo studio dei principi basilari.

Certo, un nuovo fenomeno sociale non sfugge alla qualificazione giuridica e agli effetti normativi che da questa derivano. Ma come per tutti i fatti nuovi rispetto al diritto, anche per quanto concerne il mondo della tecnologia i progressi sono il frutto della utilizzazione di tecniche normative non tradizionali.

Non può dunque sorprendere il fatto che la modernizzazione dei principi del diritto del lavoro provenga dalla normativa comunitaria. In questo campo i passi avanti più evidenti sono stati compiuti specialmente con l'utilizzazione della tecnica normativa definita come *soft-law* e dall'impulso del dialogo sociale europeo.

La *Information Technology*, in conclusione, è un buon punto di osservazione della c.d. *Strategia Europea per l'Occupazione*. In questo quadro il contesto sovranazionale è indispensabile per avere una panoramica sufficientemente definita dei problemi che si presentano nello studio dell'impatto della rivoluzione tecnologica sui rapporti di lavoro nella prospettiva italiana¹.

L'ultimo Rapporto dell'ILO (il World Employment Report 2001), che si è indirizzato proprio agli aspetti dell'impatto della *Information and Communication Technology* sulle condizioni di lavoro e sugli sviluppi del mercato lavoro a livello globale, è molto interessante sotto questo aspetto. Il Rapporto evidenzia chiaramente la situazione di difficoltà crescente dell'occupazione a livello globale, ma enfatizza in modo particolare il numero di persone che sono in cerca di impiego e la grave situazione di carenza sotto il profilo della tecnologia, necessaria per assicurare la produttività. Allo stesso tempo il Rapporto si concentra sulla crescente mobilità dei lavoratori, che specie rispetto al settore della ICT, può rivelarsi un punto di forza nello sviluppo economico dei prossimi anni.

A livello Europeo le potenzialità dell'impatto della Società dell'Informazione sul mondo del lavoro sono state già messe in luce qualche anno fa, al « Job Summit » del novembre 1997, quando la Commissione Europea ha avanzato la

¹ I profili evolutivi della *Information Technology* possono essere osservati partendo dalla vasta produzione « documentale » internazionale e comunitaria. Oltre al World Employment Report 2001, ILO, Ginevra, intitolato *Life at Work in the New Economy* e dalle *Presidency Conclusions of the Stockholm European Council*, del 23 e 24 Marzo 2001, cfr. per esempio la Comunicazione della Commissione Europea (1998) 582, *Modernising the organization of Work, A positive approach to change*, alla Comunicazione (2000) 48, *Strategies for Jobs in the Information Society*, e ancora la Comunicazione della Commissione al Consiglio (2001), *New European Labour Markets, Open to All, with Access to All*, alla Comunicazione della Commissione (2000) 318, *E-learning*. Per quanto attiene al dibattito scientifico v., nella prospettiva italiana del diritto civile recentemente Alpa, *New Economy e libere professioni: il diritto privato e l'attività forense nell'era della rivoluzione digitale*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2000, 1175 ss; e in quella sovranazionale, Fahlbeck, *Towards a Revolutionised Working Life. The Information Society and the Transformation of the Workplace*, in *IJCLLR*, 1998, 247 ss.

proposta di una azione specifica in questo campo. Di lì, nel contesto della European Employment Strategy, il nostro Piano Nazionale per l'Occupazione per il 1999 e quelli successivi hanno cominciato ad occuparsi del fenomeno della Società dell'Informazione.

Che tali processi siano in costante ritardo rispetto alle speranze di molti, probabilmente, è fuor di dubbio ². Ma non possiamo che guardare con ottimismo ad alcuni episodi di vita istituzionale europea, come ad esempio al fatto che anche le « Conclusioni della Presidenza » del Consiglio Europeo di Stoccolma (23 e 24 Marzo 2001) abbiano sostanzialmente confermato tutti le responsabilità che l'Unione si era assunta su questo tema negli anni precedenti ³. Riferendosi ai cambiamenti repentini di una economia basata sulla conoscenza (*knowledge-driven economy*), si è sottolineata ancora una volta l'intenzione dell'Unione di perseguire gli obiettivi strategici già espressi al Consiglio Europeo di Lisbona (23 e 24 Marzo 2000) per « *set a strategic goal and agree a challenging programme for building knowledge infrastructures, enhancing innovation and economic reform, and modernising social welfare and education system* ».

Il rischio dell'esclusione sociale è molto forte, specie se si considera che, spostandosi verso una *knowledge-based economy*, molti degli obiettivi di crescita economica possono apparire ai più come obiettivi assolutamente prioritari. « *The success of the knowledge society — parafrasando le Conclusioni della Presidenza al vertice di Stoccolma — depends on high levels of digital literacy and on creating conditions in such areas as network security and data protection and privacy, in which people have confidence in using new services* ».

È chiaro, peraltro, che dietro a questi tentativi di modernizzazione del mercato del lavoro c'è l'idea, che traspare chiaramente dalle indicazioni di provenienza comunitaria, che le parti sociali debbano giocare un ruolo di primo piano. Rafforzano questa conclusione. I contenuti delle *European Employment Guidelines* per il 2001. La seconda parte della nuova Guide Line 13, chiarisce proprio questo punto, sottolineando che le parti sociali sono invitate nel contesto del Processo di Lussemburgo a evidenziare ogni anno gli aspetti della modernizzazione del rapporto e dell'organizzazione del lavoro che sono stati oggetto di accordi e di scambio negoziali e conseguentemente l'impatto sulla modernizzazione del mercato del lavoro e sul suo funzionamento.

L'invito è multidirezionale, e accoglie una concezione della contrattazione

² Come noto l'impatto della rivoluzione tecnologica sul mondo del lavoro ha avuto in Italia una sua emersione già una ventina di anni fa. Per una interessante rilettura di queste tematiche si può vedere ora Kumar, *Le nuove tecnologie del mondo contemporaneo, Dalla società post-industriale alla società post-moderna*, Einaudi, Torino, 2000.

³ Il tema della European Employment Strategy rispetto alla New Economy è approfondito recentemente da Marleau, *Job creation Strategy, Employment Policy and the Role of Labour Law: lessons from a comparative analysis of US and EU Employment Strategies*, in Biagi (ed.), *Job Creation and Labour Law, From Protection towards Proaction*, Kluwer Law, 2000, 21 ss specialmente 28-29, e anche, se pure rispetto ad una tematica più settoriale, da Colucci, *The European Social Charter and the Right to Information and Consultation of Workers: Its Implementation in the European Union and Italy*, in *Bullettin of Comparative Labour Relations*, n. 39, 2001, 87 ss.

collettiva ampia e moderna, sicuramente meno angusta di quella del nostro sistema di relazioni industriali, ancora oggi cristallizzata del Protocollo di luglio 1993. « *In order to promote the modernisation of work organisation and forms of work, a strong partnership should be developed at all appropriate levels (European, national, sectoral, local and enterprise levels)* », si premurano di ribadire le istituzioni comunitarie.

Tutto questo significa, semplicemente, sulla linea di quanto evidenziato dalla Guide Line 13, che le parti sociali sono invitate a negoziare e ad implementare ai vari livelli accordi che consentano una effettiva modernizzazione dell'organizzazione del lavoro, ivi compresi accordi sulla flessibilità, che rendano le imprese più produttive e competitive, bilanciando con equilibrio *flexibility* e *security*, incrementando altresì la *qualità* del lavoro. Oggetto di contrattazione dovranno essere per esempio l'introduzione di nuove tecnologie sul luogo di lavoro, nuove forme di lavoro e sistemi di regolazione dell'orario realmente innovativi (*in primis* con l'incremento del part-time).

Anche la Guide Line 14 prevede che gli Stati membri si attivino per una collaborazione proficua con le parti sociali: « *member States will, where appropriate in partnership with the social partners or drawing upon agreements negotiated by the social partners, review the existing regulatory framework... at the same time ... examine the possibility of incorporating into national law more flexible types of contract* ».

Ancor di più, il mondo datoriale e quello sindacale sono invitati ad intraprendere azioni di supporto alla adattabilità all'interno delle imprese, nella sue connessioni con gli strumenti di formazione permanente. La Guide Line 15 invita proprio a concludere accordi, nelle sedi appropriate, « *on lifelong learning to facilitate adaptability and innovation, particularly in the field of information and communication technologies* ».

2. In Italia la progressiva informatizzazione della attività lavorativa ha avuto già da alcuni anni una ricaduta di un certo rilievo sul dibattito scientifico.

Alcune elaborazioni concettuali collegate all'impianto normativo del codice civile del 1942 e al modo di produzione tayloristico-fordista sono stati abbandonate completamente. Gli studi sistematici in materia — come detto — non sono molti. Ma l'impatto della rivoluzione informatica sul diritto e sulle relazioni di lavoro sembra destinato ad aumentare. L'osservatore si trova pertanto di fronte ad una serie di problematiche differenti. Da un lato, tutte le vicende legate alla applicazione e alla utilizzazione di strumenti informatici per l'esecuzione della prestazione lavorativa oggetto del contratto di lavoro; ma, sotto altro aspetto, le questioni che hanno dato occasione per un tentativo di inquadramento sistematico della rivoluzione tecnologica nel suo impatto sul diritto del lavoro.

Ci sono, ad esempio, alcuni interventi significativi della nostra magistratura. Si pensi che la nostra Cassazione si è recentemente pronunciata proprio sulla fattispecie del licenziamento dovuto all'incapacità del lavoratore di adeguarsi al processo di informatizzazione e innovazione tecnologica adottato dal datore di lavoro rispetto al suo contesto aziendale (Cass., 6 aprile 1999, n. 3311). La

Corte ha ritenuto pienamente giustificato il licenziamento del dipendente che si sia dimostrato incapace di adeguarsi alle nuove procedure informatiche ed ha esteso per analogia il principio anche al caso analogo del prestatore che si sia rifiutato di aumentare la propria formazione informatica per adeguarsi ai cambiamenti avvenuti in azienda. Peraltro anche sul versante collettivo, sotto l'aspetto delle ristrutturazioni aziendali, la giurisprudenza ha ormai da tempo affinato la nozione di licenziamento « tecnologico » ed è ferma nel ritenere che per aversi riduzione del personale idonea a giustificare un licenziamento collettivo, da attuare con le previste modalità, non occorre che vi sia un'effettiva contrazione dell'attività produttiva ma sia sufficiente una trasformazione effettiva e non contingente della struttura aziendale, senza che il giudice possa sindacare la esattezza in termini economici delle valutazioni aziendali al riguardo, e può anche aversi ridimensionamento aziendale che corrisponda addirittura ad un potenziamento dell'azienda, per la adozione di nuove tecnologie.

3. Rispetto alla utilizzazione di strumenti informatici per l'esecuzione della prestazione lavorativa oggetto del contratto di lavoro, uno degli snodi concettuali più dibattuti rimane senza dubbio però quello legato all'emersione che si è avuta in tempi recenti, se pure non recentissimi, di una nuova categoria giuridica, o meglio, di un nuovo modo di rendere la prestazione lavorativa, e cioè il c.d. telelavoro.

Come noto, in Italia manca ancora oggi una disciplina legislativa specifica per il settore del lavoro privato. La mancanza di una normativa proveniente dall'ordinamento statale la base regolativa di questa particolare forma di lavoro « a distanza » è rappresentata ad oggi dalla autonomia collettiva. Ma recentemente è stata proprio la tecnica della *soft-law* (nella forma della *Guide-Lines*) a livello comunitario a dare nuovo impulso anche nel nostro Paese alla regolamentazione giuridica del telelavoro. Una tecnica raccomandata a più riprese, anche con specifico riferimento alle *Guide-Lines* europee, dal *Libro Bianco* sul mercato del lavoro del Governo Italiano.

Le Linee Guida per il telelavoro in Europa (del 7 febbraio 2001) provengono dal Comitato Settoriale per il Dialogo Sociale Europeo relativo alle telecomunicazioni. Esse sottolineano il fatto che il telelavoro rappresenta una forma di organizzazione del lavoro la cui utilizzazione crescente costituisce un chiaro indicatore del passaggio ad un luogo di lavoro maggiormente mobile e flessibile. Le Linee Guida sono certamente un esempio di buon funzionamento del c.d. « dialogo sociale Europeo di settore », e dimostrano che il processo di cooperazione tra le parti sociali a livello europeo dovrebbe svilupparsi in una pluralità di direzioni. Il campo di applicazione è circoscritto a coloro ai quali i principi che seguono si riferiscono, ossia ai lavoratori che, usando le tecnologie informatiche e della comunicazione, svolgono interamente il proprio lavoro da casa, o svolgono regolarmente una parte del loro lavoro da casa, mentre la parte rimanente viene svolta presso la sede dell'impresa.

Nell'ambito delle Linee Guida, sono codificati alcuni fondamentali principi. Primo fra tutti, quello secondo il quale « l'introduzione del telelavoro sarà

volontaria per entrambe le parti ». In ogni caso dovrebbero essere raggiunti accordi collettivi ad un livello adeguato (i.e. di categoria, aziendale), al fine di costituire un'adeguata regolamentazione di cornice per la stipula di accordi individuali di telelavoro. I telelavoratori godranno di un trattamento del tutto corrispondente a quello dei lavoratori impiegati nell'impresa, e saranno assegnati ad una determinata unità produttiva. È poi previsto che i telelavoratori avranno accesso alle opportunità di formazione, miglioramento ed avanzamento di carriera, cui hanno accesso i lavoratori impiegati all'interno dell'impresa. I telelavoratori devono essere informati di ogni modalità adottata per operare un controllo sul loro lavoro. Per quanto possibile, il controllo deve riguardare i risultati, piuttosto che l'attività. Ogni intervento di controllo sulla prestazione deve essere corrispondente, sia pur con riguardo alle specifiche caratteristiche tipiche del telelavoro, alle modalità di controllo utilizzate nei confronti dei lavoratori occupati all'interno dell'azienda. I telelavoratori possono essere visitati a casa dai manager e dai lavoratori dell'impresa soltanto previo accordo e fissazione di appuntamento. Per quanto concerne i diritti sindacali, è importante sottolineare che i telelavoratori sono titolari dei medesimi diritti degli altri lavoratori impiegati all'interno dell'impresa, inclusi i diritti di comunicazione con i comitati aziendali e i rappresentanti sindacali. Rispetto al caso italiano comunque, come noto, il problema del telelavoro è stato principalmente un problema di definizione e qualificazione della fattispecie. Gli studiosi hanno cominciato ad affrontare la tematica del telelavoro tentando di comprendere quale fosse esattamente la qualificazione giuridica di un tale rapporto, nel senso di scegliere tra la qualificazione in termini di lavoro autonomo e quella in termini di lavoro subordinato. Se è vero che si ha telelavoro quando la tecnologia della comunicazione a distanza si combina con la tecnologia dell'informazione, perché da un lato il lavoro si svolge in una sede diversa da quella abituale dell'impresa, dall'altro il lavoro si serve di strumenti informatici « in rete »; è vero anche che solo nel caso in cui il telelavoratore si inserisca virtualmente nell'organizzazione del proprio datore di lavoro è possibile ricondurre una tale tipologia di lavoro all'interno della categoria del lavoro subordinato di cui all'articolo 2094 del nostro codice civile. Il ruolo di supplenza svolto dalla contrattazione collettiva nell'ambito della ricostruzione della disciplina riferibile alle diverse ipotesi di telelavoro nel settore privato non ha reso superflua la applicazione al telelavoro di una normativa legale minimale, che — rispetto ai rapporti subordinati — è stata quella della legge n. 877/1973 dedicata al lavoro a domicilio. Non è facile stabilire se una disciplina ideata dal nostro legislatore per il settore manifatturiero possa essere presa ed esportata in un settore come quello della *Communication and Information Technology* dove il prestatore non è normalmente impegnato nella produzione di un bene materiale in senso stretto. Certo è però che, in linea teorica, alcune norme della legge n. 877/1973 non trovano alcun ostacolo applicativo. Ai rapporti di telelavoro è naturalmente l'articolo 2087 c.c. ove si prevede, in via generale, che « *l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono*

necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro ». Una norma, questa, che la nostra giurisprudenza ha più volte ritenuto direttamente azionabile in giudizio dal lavoratore anche qualora non esista una normativa specifica e di dettaglio che ne concretizzi le previsioni generali adattandole ai casi particolari e questo addirittura a prescindere dal fatto che si tratti di telelavoro domiciliare in senso proprio ⁴. Il telelavoratore gode poi di una tutela pressoché completa per quanto attiene alla normativa in materia di salute e sicurezza dettata dal decreto legislativo n. 626/1994. Tali norme si applicano a tutti i prestatori che si trovino alle dipendenze di un datore di lavoro quale che sia la concreta modalità di svolgimento delle loro prestazioni. L'attenzione deve esser posta soprattutto sugli articoli 3, 4 e 5 del D.lgs. n. 626/1994 ove sono previsti una serie di obblighi di carattere generale che possono certamente essere imputati al datore di lavoro che occupi alle proprie dipendenze telelavoratori. Il datore dovrà cioè in ogni caso valutare i rischi connessi allo svolgimento della prestazione lavorativa ed eliminarli o ridurli al minimo, ridurre i rischi alla fonte, sostituire ciò che è pericoloso con ciò che non lo è, rispettare i principi ergonomici nella concezione dei posti di lavoro e nella scelta delle attrezzature, informare, formare e istruire adeguatamente i lavoratori sulle questioni riguardanti la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro. Tutto quanto attiene alle misure relative alla sicurezza, all'igiene e alla salute sul lavoro non deve peraltro in nessun caso comportare oneri finanziari per i lavoratori (articolo 3 ultimo comma del D.lgs. n. 626/1994). Ciò comporta che il telelavoratore — ma in generale il principio è valido per tutti coloro i quali prestino la propria attività in azienda o al proprio domicilio per il tramite di un apparecchio informatico — non potrà vedersi accresciuti i costi di gestione delle attrezzature utili allo svolgimento della prestazione lavorativa. Questi costi peraltro nella maggior parte dei casi la contrattazione collettiva italiana li ha accollati totalmente ai datori di lavoro.

Qualche rilievo problematico — soprattutto di carattere interpretativo ed esegetico — nel quadro della tutela della salute e sicurezza per i telelavoratori può suscitare poi la parte del D.lgs. n. 626/1994 dedicata all'*Uso di attrezzature munite di videoterminali* ⁵. *Le norme che vanno dall'articolo 50 all'articolo 59 del D.lgs. n. 626/1994 non contengono infatti riferimenti espliciti al « lavoro a domicilio ».* *Da questo si potrebbe dedurre che il telelavoro domiciliare sia in tutto e per tutto sfornito delle tutele e delle garanzie prevenzionali e protettive previste dalla legge a dimostrazione di uno sfavore del legislatore verso le forme di decentramento informatico attuate per il tramite del lavoro a domicilio in senso stretto. Tale esclusione costituirebbe una conferma della norma di divieto generale contenuta nell'articolo 2, comma 1, della legge n. 833/1973 in base a cui risultano inammissibili le ipotesi di « lavoro a domicilio per attività le quali*

⁴ Vedi in proposito quanto ragionevolmente sostenuto da Esposito, *Salute e Sicurezza*, in Gaeta, Pascucci, *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, Torino, 1998, 128. Ma così anche Nogler, *Art. 2128, Lavoro a domicilio*, *Commentario* diretto da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2000, 565.

⁵ Vedi infatti la diversa impostazione di Esposito, *op. cit.*, 132 ss. e Nogler, *op. cit.*, 554 e ss.

comportino l'impiego di sostanze o materiali nocivi o pericolosi per la salute o l'incolumità del lavoratore o dei suoi familiari». Una norma quest'ultima applicabile direttamente anche ai rapporti di telelavoro una volta assunta (ma non dimostrata) la pericolosità per la salute di tali prestazioni. È invece preferibile ritenere che tutta la normativa dedicata all'uso di attrezzature munite di videoterminali si adatti perfettamente alle peculiarità che caratterizzano il telelavoro. E infatti è certamente corretto immaginare che il datore sia, in ogni caso, ogniqualvolta decida di ricorrere al telelavoro domiciliare, obbligato *ex lege* a valutare i rischi specifici relativi alla vista e agli occhi, ai problemi legati alla postura ed all'affaticamento fisico e mentale, alle condizioni ergonomiche di igiene ambientale, adottando le misure *appropriate* per evitare i rischi (articolo 52).

Per ricostruire la disciplina applicabile ai rapporti di telelavoro la normativa legislativa dedicata al lavoro a domicilio deve essere comunque integrata dalle numerose previsioni contenute nei contratti collettivi che si sono occupati, negli anni più recenti, di fornire al telelavoro una significativa tutela minimale. Uno degli aspetti più significativi, su cui però il dibattito scientifico ha avuto un avvio stentato, è quello relativo ai poteri del datore di lavoro. Il problema attiene in definitiva ai caratteri che distinguono il prestatore di telelavoro autonomo da quello subordinato. Non è facile stabilire se il luogo di lavoro — che certamente fuoriesce dal controllo diretto del datore — fuoriesca effettivamente dall'ambito del potere organizzativo del datore di lavoro stesso. Tanto più che, come è stato più volte sottolineato ⁶, nella prassi in Italia non esistono esempi di telelavoro puro, in cui il telelavoratore presti la propria attività a favore del datore esclusivamente dal proprio domicilio. In realtà la contrattazione collettiva (specie quella di secondo livello) ha previsto nella maggior parte dei casi ipotesi di telelavoro alternato, poiché si prevedono rientri periodici in azienda, a volte anche su iniziativa unilaterale del datore di lavoro. Un elemento indiziario di questa forma contrattuale è certamente anche quello della previsione di una durata predefinita della giornata lavorativa, che viene parametrata su quella degli altri lavoratori presenti all'interno dell'azienda. Una forma particolare di eterodirezione e controllo sulla attività del prestatore adattata alle peculiarità del rapporto è invece quella di prevedere esplicitamente nel contratto l'obbligo di partecipazione a riunioni programmate per aggiornamenti tecnico-organizzativi, oppure una sorta di obbligo di reperibilità del lavoratore in una determinata fascia oraria della giornata, secondo uno schema abbastanza collaudato nell'esperienza italiana. La legislatura appena conclusa non ha approvato il progetto di telelavoro discusso in seno alla Commissione lavoro del Senato della Repubblica (approvato in questa sede il 22 giugno 1999). Ma nel progetto ai telelavoratori venivano riconosciuti un numero piuttosto consistente di « diritti fondamentali » come la facoltà di inviare e ricevere messaggi inerenti — anche non inerenti — alla prestazione lavorativa tramite un collegamento con l'azienda del datore di lavoro, il diritto

⁶ Nogler, *Art. 2128, Lavoro a domicilio*, *Commentario* diretto da Schlesinger, cit., e qui 537 e ss.

alla riservatezza e una serie di limiti al potere di controllo del datore di lavoro, la libertà sindacale e il diritto del telelavoratore all'informazione essenziale.

4. Il modo migliore per valutare i progressi compiuti dall'ordinamento del lavoro rispetto alla rivoluzione informatica è però quello di osservare i limiti posti in capo al datore di lavoro rispetto al potere di controllo che egli esercita nei confronti dei lavoratori a distanza e dei lavoratori che comunque fanno uso di strumenti informatici. La legislazione italiana non ha, in ogni caso, né norme dedicate specificamente alla utilizzazione dei supporti informatici da parte dei lavoratori all'interno e all'esterno delle imprese, né una legislazione specifica sugli strumenti adottabili dal datore di lavoro per il governo degli aspetti dello svolgimento integrato di prestazioni di lavoro eseguite a mezzo computer.

In Italia esiste però una normativa di carattere generale in materia di tutela della *privacy*, che è tra quelle di maggior effettività dell'esperienza degli ultimi anni. La legge n. 675 del 1996 ha infatti codificato per la prima volta una serie di principi fondamentali anche nel campo del diritto del lavoro. Si tratta di una serie di principi che si sono progressivamente evoluti negli ultimi anni. Questa evoluzione ha sancito in via definitiva il passaggio dalla concezione statica del diritto borghese alla *privacy*, intesa come diritto alla segretezza di quanto relativo alla propria persona, ad una concezione più moderna e dinamica, legata proprio alle sollecitazioni della *Information and Communication Technology*, della riservatezza come diritto a mantenere il controllo sulle proprie informazioni, per impedire che altri ne facciano usi impropri⁷. Rispetto al contratto di lavoro la legislazione italiana sulla *privacy* costituisce una proceduralizzazione dei poteri dell'imprenditore. Questa proceduralizzazione ha tuttavia riflessi più significativi sul piano del rapporto individuale di lavoro che non sul piano dei rapporti collettivi con le organizzazioni sindacali. L'applicazione ai rapporti di lavoro della legge n. 675 del 1996 sulla protezione dei dati personali consente di superare una serie di lacune riguardanti i poteri di controllo del datore di lavoro che si realizzano con l'utilizzazione delle tecnologie informatiche.

È noto che la norma cui fare riferimento per inquadrare i limiti posti al potere di controllo informatico del datore di lavoro è ancora quella contenuta nell'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori. Il primo comma dell'articolo in questione prevede che sia vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dei lavoratori. Gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richieste da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza sul lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l'Ispettorato del lavoro, dettando ove occorra le modalità per l'uso di tali impianti. Le telecamere (e ivi

⁷ Su questi aspetti vedi per tutti Rodotà, *Privacy e costruzione della sfera privata*, in *PD*, 1991, 521 ss.

sono certo ricomprese le moderne *webcam* installate ad un terminale) non possono quindi riprendere in modo stabile i lavoratori, di qualsiasi lavoratori si tratti. In nessun modo comunque, in applicazione dell'articolo 9 della legge n. 675/199 le immagini visionate per finalità organizzative potranno essere utilizzate per controlli, anche indiretti sulla attività dei dipendenti. Relativamente all'uso da parte del datore di lavoro delle tecnologie informatiche la legge n. 675 impedisce al datore di lavoro di compiere più che altro operazioni di trattamento (come la elaborazione, l'organizzazione, la selezione, il raffronto, l'incrocio, o l'interconnessione dei dati) incompatibili con gli scopi per i quali sono stati raccolti i dati dei dipendenti. Rispetto alla particolare ipotesi del telelavoro la forma di controllo principale per il datore di lavoro è quella sui risultati del lavoro verificabili con le scadenze tecnicamente necessarie.

Numerosi altri problemi — a volte vere e proprie minuzie — si pongono, poi, relativamente alla utilizzazione da parte dei dipendenti di apparecchiature elettroniche. In questi casi il problema è principalmente quello della compatibilità tra la libertà dei prestatori e i poteri di controllo dei datori di lavoro. Oltre che naturalmente il problema di una ripartizione delle responsabilità tra datore e prestatore. Come ovvio infatti la progressiva diffusione di nuove tecnologie informatiche può esporre il lavoratore e ancor più l'azienda ai rischi di un coinvolgimento patrimoniale e penale, creando per i datori di lavoro anche problemi di sicurezza e immagine. Spesso queste vicende non trovano nella legislazione soluzioni specifiche e, per questo, costringono l'interprete ad argomentare e ricavare soluzioni ai problemi della prassi utilizzando i principi generali oppure norme dettate per casi analoghi e solo in parte assimilabili. Non esiste comunque ad oggi nemmeno una casistica giurisprudenziale cui fare riferimento. Nella prassi dei rapporti di lavoro tuttavia si assiste ad una sempre maggiore attenzione per queste problematiche all'interno delle aziende. Si può pensare ad esempio alla utilizzazione di un apparecchio portatile, a quella della posta elettronica da parte dei dipendenti o all'accesso alla navigazione in Internet. Assai spesso nelle aziende questi servizi sono indispensabili all'adempimento della prestazione lavorativa. Il punto sta nel comprendere se si tratti di servizi personali o privati dei dipendenti, o invece di servizi aziendali sui quali il datore di lavoro può esercitare il suo potere di controllo. Per risolvere questioni connesse alla utilizzazione di apparecchiature tecnologiche recentemente la Confindustria ha elaborato a questo proposito un documento (il documento definito « *Linee Guida per l'utilizzo dei sistemi informatici aziendali* » è stato redatto dal Gruppo di lavoro « *Tutela della privacy e Statuto dei Lavoratori* » il 5 luglio 2001) molto interessante, che contiene una sorta di modello generale di regolamento di impresa, che potrà essere in futuro adottato dalle aziende dei diversi settori produttivi. Con l'evidente corollario che le specificazioni dei comportamenti che devono essere tenuti dai dipendenti dell'utilizzazione delle apparecchiature informatiche e tecnologiche potranno poi costituire il punto di partenza per l'individuazione degli inadempimenti contrattuali sanzionabili attraverso la strumentazione prevista dall'articolo 7 dello Statuto dei Lavoratori e quindi, nei casi di particolare gravità, portare anche al licenziamento del lavoratore. In linea di principio si

potrebbe sostenere, ad esempio, che il dipendente possa utilizzare anche a fini personali il computer aziendale che eventualmente abbia in uso (al pari di una qualsiasi penna aziendale). Naturalmente un tale uso potrebbe ritenersi legittimo soltanto a patto che l'uso personale avvenga fuori dall'orario di lavoro e che l'utilizzo personale non presupponga l'installazione di un software che impedisca o diminuisca le capacità del computer ai fini squisitamente lavorativi. Rispetto a questa situazione il regolamento aziendale proposto da Confindustria parte invece da un punto di vista quasi opposto: il personal computer e i relativi programmi affidati al dipendente sono soltanto strumenti di lavoro e quindi possono essere utilizzati soltanto a fini professionali e non anche per scopi personali. In ragione di ciò prevede espressamente una serie di limitazioni ad opera della direzione aziendale sull'uso del computer (impossibilità per il dipendente di modificare le configurazioni impostate sul proprio computer, impossibilità di ascoltare programmi e *files* audio o musicali, impossibilità di utilizzare programmi non distribuiti ufficialmente, impossibilità di scaricare *files* contenuti in supporti magnetici o ottici che non abbiano diretta attinenza con la prestazione lavorativa) e controlli (obbligatorietà della comunicazione alla direzione aziendale per l'installazione di programmi provenienti dall'esterno, autorizzazione all'utilizzo dei *files* di provenienza esterna da parte della direzione aziendale). Problemi analoghi si pongono anche rispetto alla posta elettronica aziendale. La dottrina e la giurisprudenza hanno oramai assimilato la posta elettronica a quella cartacea, con l'estensione alla prima di tutte le garanzie poste a tutela della seconda. In Italia esiste prima di tutto l'articolo 15 della Costituzione che prevede che la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione siano inviolabili e la loro limitazione possa avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge. Non si dimentichi poi che il datore di lavoro nell'esercitare il controllo sull'uso della posta elettronica può venire a conoscenza di ulteriori informazioni sul lavoratore, che possono essere attinenti alle sue opinioni o comunque alla sua sfera personale. I dati possono cioè essere anche dati « sensibili » e di fronte a questi il datore di lavoro incontra il duplice limite che deriva dall'articolo 8 dello Statuto dei Lavoratori (il datore non può effettuare indagini sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore) e dai principi generali della legge n. 675/1996 (limiti nel trattamento dei dati e necessità di un procedimento notificatorio/autorizzatorio per il tramite Garante della Privacy, obbligo di informativa nei confronti dell'interessato).

Il datore di lavoro non ha dunque la possibilità di un controllo interno dei contenuti della posta elettronica dei dipendenti ma ha comunque la possibilità di un controllo dei contenuti e non del controllo dei *flussi* di messaggi. Ciò significa in sostanza che il datore sarà libero di limitare l'utilizzo della posta elettronica ai soli motivi connessi all'esercizio delle mansioni assegnate (così infatti si propone nel documento di Confindustria del 5 luglio 2001).

Un discorso in parte analogo può essere fatto anche per l'accesso ad *Internet*. Ci sono aziende che per il sistema informatico adottato sono in grado di

accedere facilmente ai dati registrati nel sistema generale, riferirli al personal computer da cui è partito il comando e quindi individuare il lavoratore è assegnatario del computer controllato. L'analisi dei dati rischia però di comportare una violazione da parte del datore di lavoro dell'articolo 4 e dell'articolo 8 dello Statuto dei Lavoratori. I dati che scaturiscono da un'apparecchiatura elettronica sono infatti utilizzati in via diretta per controllare il rendimento del lavoratore. Dall'esame dei siti concretamente visitati da un determinato dipendente, il datore di lavoro potrebbe acquisire informazioni sulle opinioni di quest'ultimo, così incorrendo nel divieto di cui all'articolo 8 dello Statuto di compiere indagini sulle opinioni del prestatore (si pensi al caso in cui un lavoratore subordinato visitasse più volte al giorno il sito di un sindacato o di un partito politico).

Il documento di Confindustria propone, a questo proposito, l'adozione di un regolamento aziendale in cui sia comunque vietata la navigazione in siti non attinenti allo svolgimento della prestazione lavorativa soprattutto in quelli che possano rivelare le opinioni politiche, religiose o sindacali del dipendente, nonché sia vietata l'effettuazione da parte del dipendente di ogni genere di transazione finanziaria e lo scarico di software se non espressamente autorizzato dalla direzione aziendale.

Ciò che può essere fatto comunque senza problemi dal datore di lavoro è bloccare l'accesso a determinati siti a contenuto estraneo all'attività dell'azienda attraverso delle barriere informatiche realizzate mediante l'adozione di specifici software.

In Italia manca comunque una disciplina specifica (sul modello di quella esistente per il traffico telefonico e contenuta nel D.lgs. n. 171/1998) che imponga al datore l'obbligo di utilizzazione di programmi o sistemi di limitazione dell'accesso e non gli consenta ad esempio di leggere il contenuto dei messaggi di posta elettronica o di conoscere i siti *Internet* visitati dal proprio dipendente, limitando in tal modo il controllo del datore di lavoro al piano quantitativo (al numero dei messaggi ricevuti o inviati ovvero al tempo di navigazione in *Internet*).

Manca inoltre qualsiasi regolamentazione relativa alla responsabilità (anche di tipo economico) nell'uso illegittimo delle tecnologie informatiche da parte del lavoratore come privi di regolamentazione sono anche i profili relativi alla eventuale protezione del lavoratore dipendente che veicoli all'esterno notizie circa l'utilizzo illegale di apparecchiature informatiche da parte del datore di lavoro.

Rispetto alla utilizzazione delle tecnologie informatiche e in particolare del personal computer si pone poi anche un problema di tutela del lavoratore dalle interferenze e dalle intrusioni di soggetti terzi, anche colleghi di lavoro. L'unico strumento a tutela del singolo prestatore è quello della utilizzazione di sistemi informatici di protezione (*pass-word*) che impediscano l'accesso a terzi. Tale password può essere modificata dal dipendente in maniera del tutto autonoma rispetto alle indicazioni ricevute dal datore di lavoro. (Cfr. *Newsletter* del Garante per la Protezione dei Dati Personali del 19-25 febbraio 2001). Ciò in ragione del fatto che la parola chiave per l'accesso a dati considerati sensibili

deve essere fornita al personale incaricato del trattamento ogniqualvolta esso sia effettuato per il tramite di strumenti elettronici. Il dipendente deve quindi essere in grado di procedere autonomamente alla sostituzione della parola chiave, previa comunicazione ai soggetti preposti alla custodia delle password. Comunicazione quest'ultima che deve essere effettuata con modalità tali da non consentire la facile conoscibilità delle *password*, pur rendendola in casi particolari accessibile da parte del datore di lavoro.

Notevole sviluppo, più che altro in una prospettiva *de iure condendo*, riveste infine la tematica relativa alla partecipazione sindacale nell'impresa attuata mediante gli strumenti dell'elettronica e dell'informatica. Le rappresentanze sindacali aziendali possono infatti essere messe nella condizione di utilizzare la rete informatica aziendale per comunicare con i lavoratori. In un noto caso giudiziario alle rappresentanze sindacali presenti in azienda è stato riconosciuto il diritto di utilizzare, per le comunicazioni di carattere sindacale una sorta di « bacheca informatica » (Pret. Milano 3 aprile 1995). Ciò in quanto lo Statuto dei Lavoratori prevede all'articolo 25 che i rappresentanti sindacali possano utilizzare appositi spazi dove affiggere tutte le comunicazioni. Tale diritto si concretizza, di regola, mediante la predisposizione di una bacheca che deve essere collocata in una posizione accessibile a tutti i lavoratori.

Le linee guida sul telelavoro

Marco Buatier de Mongeot

Sommario: **1.** Premessa. — **2.** Il dialogo sociale settoriale. — **3.** Il dialogo sociale nelle TLC. — **4.** Il processo di elaborazione delle linee guida. — **5.** I contenuti. — **6.** Conclusioni. — **7.** Allegato. Linee guida per il telelavoro in Europa.

1. Le « Linee Guida per il telelavoro in Europa » sono state emanate dal Comitato del Dialogo Sociale Settoriale per le Telecomunicazioni (di seguito CDS), dopo essere state elaborate da un gruppo di lavoro paritetico interno al Comitato. Come membro del CDS ho coordinato la componente datoriale del gruppo di lavoro: sono quindi in grado di fornire una interpretazione « autentica », se pur necessariamente di parte, delle Linee Guida, ma soprattutto una testimonianza diretta del processo che ha portato alla loro adozione. Questo processo ha evidenziato una serie di criticità che andranno risolte per consentire al dialogo sociale settoriale di sviluppare appieno le proprie potenzialità. Salvo un breve cenno introduttivo, mi atterrò strettamente al tema delle Linee Guida. Per una trattazione esaustiva del dialogo sociale di settore in generale rinvio senz'altro all'articolo di Marco Cilento apparso nel numero 1/2001 di questa stessa rivista.

2. Un certo numero di comitati paritetici di settore ha operato fin dagli anni Sessanta per favorire il confronto fra le parti e per assistere la Commissione nell'elaborazione delle politiche sociali.

La Commissione, con Decisione del 20/5/98, ha formalizzato l'istituzione dei « Comitati di Dialogo Settoriale per promuovere il dialogo fra le parti sociali a livello europeo », con le potenzialità per accedere alla procedura della sussidiarietà orizzontale (artt. 138 e 139 TCE).

I Comitati vengono istituiti su richiesta congiunta delle organizzazioni europee datoriali e sindacali di settore.

Sviluppano il dialogo sociale a livello di settore e vengono consultati sulle iniziative comunitarie aventi implicazioni sociali.

Sono costituiti da un massimo di 20 rappresentanti per ciascuna delle due parti e si riuniscono almeno una volta l'anno.

* *Marco Buatier de Mongeot è addetto alla contrattualistica e delle attività sociali di Telecom Italia SpA.*

Sostituiscono i Comitati Paritetici esistenti.

Dalla Decisione della Commissione sono stati costituiti venticinque comitati, che hanno intrapreso una vasta gamma di iniziative quali progetti formativi, convegni, studi, posizioni congiunte e veri e propri accordi collettivi.

3. Il comitato paritetico per le Telecomunicazioni è stato istituito nel 1990 con Decisione della Commissione 90/450/CEE. I suoi componenti sono nominati dalla Commissione e durano in carica 4 anni.

Dopo l'istituzione del Dialogo Sociale Settoriale, nel '98, il passaggio dal comitato paritetico al Comitato di Dialogo Sociale Settoriale delle Telecomunicazioni è avvenuta solo nel 2000 ed è stata abbastanza controversa.

Il principale ostacolo è stata la rappresentatività della componente datoriale. Infatti, mentre nel Comitato paritetico le singole imprese di telecomunicazioni erano presenti a titolo individuale, nel CDS le due parti devono essere organizzazioni di rappresentanza.

Le principali imprese europee di telecomunicazioni sono associate all'ETNO (European Telecommunications Network Operators' Association). ETNO rappresenta 45 aziende europee (anche extra UE), quasi tutte ex monopoliste, e non ha legami istituzionali con UNICE o CEEP. Ha pertanto incontrato difficoltà nel conciliare la propria funzione istituzionale, che non prevede alcun ruolo « sindacale », con la rappresentanza delle imprese nel CDS. Dopo quasi due anni di discussione l'ETNO ha sciolto le proprie riserve, prendendo atto di essere l'unica organizzazione credibile come « parte sociale » di settore, sia pure con piena coscienza dei propri limiti di rappresentanza e di mandato.

La componente sindacale nel Comitato è Union Network International, in particolare UNI-Europa Telecom, il sindacato europeo dei lavoratori delle telecomunicazioni.

Il Comitato ha adottato il proprio Regolamento. È interessante osservare che gli scopi ivi indicati sono soltanto lo scambio di informazioni, pareri, progetti comuni e studi, escludendo implicitamente ogni attività negoziale. Contemporaneamente si afferma che fra gli obiettivi del comitato ci sono lo sviluppo e la promozione del Dialogo Sociale nel settore TLC.

Il meccanismo di decisione previsto è l'unanimità (accordo di entrambe le componenti il Comitato).

Il Comitato in sessione plenaria (20 componenti per parte) si riunisce una volta l'anno, affidando ad un gruppo di pilotaggio il coordinamento delle attività decise in quella sede. Queste possono essere affidate a gruppi di lavoro.

Ad oggi esistono 4 gruppi, in corrispondenza delle aree di attività in cui il CDS si è impegnato nei suoi primi due anni di vita:

- Salute e sicurezza: sono stati predisposti « Principi europei per la creazione di un ambiente di lavoro adeguato nel settore delle telecomunicazioni » (la loro adozione è prevista nella sessione plenaria del 19 dicembre 2001).

- Formazione e qualificazione professionale: è stata pubblicata una ricerca su « Employment and Skills in Growing Business Areas of the Telecommunication Service Sector ». A giugno 2001, a Bruxelles, si è tenuta la conferenza « Connecting with Your Future: Delivering Skills for the IT Sector ».

- Paesi candidati all'ingresso nella UE: a settembre 2001 si è tenuto a Bala-tonkenese (Ungheria) un seminario sugli effetti sociali della privatizzazione e della liberalizzazione delle telecomunicazioni.

- Nuova organizzazione del lavoro: elaborazione di linee guida sul telelavoro, secondo quanto concordato nella Dichiarazione Congiunta di Lisbona.

In occasione del Consiglio Europeo di Lisbona (marzo 2000) è stata infatti elaborata una dichiarazione congiunta su: « Nuova organizzazione del lavoro e competenze per la modernizzazione, la crescita e la competitività nella Società dell'Informazione ». La dichiarazione è firmata da UNI-Europa Telecom e dalle 15 maggiori aziende europee di TLC ed impegna datori di lavoro e sindacati del settore a collaborare, col supporto dei governi nazionali e delle istituzioni comunitarie, perché:

— « prima della fine del 2001, tutti i dipendenti delle nostre aziende possano migliorare la propria conoscenza delle tecnologie dell'informazione e ricevere una formazione ICT essenziale;

— le competenze IT siano sviluppate e rese portabili mediante meccanismi di certificazione che siano riconosciuti in Europa;

— venga sviluppata una strategia europea per utilizzare nel settore una formazione ICT basata su Internet, che porti a qualifiche professionali certificate e portabili per tutti i dipendenti;

— durante il corrente anno e nel prossimo (2000-2001) sviluppino un insieme di linee guida volontarie per il telelavoro in Europa ».

4. Sulla base della dichiarazione di Lisbona il CDS ha affidato al gruppo « Nuova organizzazione del lavoro » il compito di predisporre il testo delle Linee Guida, da sottoporre all'esame del gruppo di pilotaggio e successivamente all'approvazione del CDS.

Formalmente il gruppo di lavoro è composto da 5 membri per ciascuna delle due parti.

Di fatto per parte sindacale il processo (o, volendo chiamare le cose col loro nome, il negoziato) è stato seguito con continuità dal Segretario di UNI responsabile delle TLC e da un sindacalista di British Telecom con funzioni di coordinatore e di portavoce.

Io ho svolto le stesse funzioni per la componente datoriale, che ha visto la presenza, più o meno costante, dei rappresentanti nel CDS di OTE (Grecia), British Telecom, Deutsche Telekom, Telenor (Norvegia) e Sonera (Finlandia). Già dalla composizione si evincono l'elevata informalità del modo di procedere (delegazioni ad assetto variabile), l'asimmetria tra la parte sindacale, riconducibile ad un soggetto negoziale unitario (UNI) e quella datoriale, composta da una pluralità di aziende, all'interno della parte datoriale, la presenza di culture di relazioni industriali profondamente diverse. Sempre per quanto riguarda le imprese va aggiunto che i negoziatori erano di varia provenienza professionale, in alcuni casi del tutto estranea alle relazioni industriali; e che, per quanto mi risulta, solo Telecom Italia ha sentito l'esigenza di raccordarsi con la propria associazione nazionale. Ricordo che nello stesso periodo Confindustria era coinvolta sia nelle audizioni parlamentari sul progetto di legge sul telelavoro,

sia, tramite UNICE, nella consultazione avviata dalla Commissione in vista di una possibile iniziativa comunitaria sullo stesso argomento.

Il processo negoziale è stato relativamente breve: tre incontri a Bruxelles, fra novembre 2000 e gennaio 2001, in presenza di un funzionario della Commissione, oltre alla sessione plenaria per la firma ufficiale, a febbraio, alla presenza della Commissaria Diamantopoulou. Il grosso dell'attività si è svolto, in coerenza con l'oggetto delle Linee Guida, mediante lo scambio di testi e la circolazione di pareri per posta elettronica.

La base di partenza sono stati due documenti, ovviamente generici, che le parti si sono scambiate preliminarmente all'inizio del negoziato e che hanno successivamente emendato, nella logica dell'avvicinamento fra le reciproche posizioni. All'inizio lo spirito prevalente è stato la collaborazione per un obiettivo comune. In qualche caso messaggi di posta elettronica riservati, nelle intenzioni, alla delegazione datoriale, sono stati candidamente fatti circolare fra tutti i componenti del gruppo (a onore delle mie controparti, devo ammettere che il contrario non è mai avvenuto).

È stato solo dopo il secondo incontro, quando si è deciso di lavorare per emendamenti sul testo di parte sindacale, che si è avviato un processo negoziale vero e proprio, telematico ma niente affatto virtuale. Anche a causa delle barriere culturali e linguistiche, si sono verificati incomprensioni ed incidenti diplomatici che, a un certo punto, hanno rischiato seriamente di far saltare l'accordo.

Al di là della condivisione di alcuni principi generali, infatti, al momento di trovare un'intesa sui testi si è riscontrato che si confrontavano due impostazioni radicalmente diverse.

Le imprese volevano un testo snello, che indicasse i principi cui doveva attenersi la contrattazione collettiva nelle diverse realtà nazionali e che fosse valido per tutti i telelavoratori dipendenti, a prescindere dal fatto che avessero o meno, in precedenza, lavorato in locali di pertinenza aziendale.

Il sindacato chiedeva un testo più strutturato, che indicasse soluzioni precise per l'attuazione dei principi concordati e prevedesse il mantenimento dei diritti per i telelavoratori che avessero precedentemente lavorato in azienda. Il caso di lavoratori assunti in funzione del telelavoro non doveva essere previsto neanche implicitamente: questo, paradossalmente, è stato il nodo più difficile da sciogliere. Era inoltre richiesto un processo di verifica puntuale dei risultati raggiunti. Ritengo corretto dire che il testo finale accoglie l'impostazione datoriale « principi, non soluzioni » e la non discriminazione fra chi telelavora essendo assunto appositamente e chi invece già lavorava nei locali aziendali; la struttura delle linee guida e i meccanismi di verifica sono sostanzialmente quelli proposti dal sindacato.

5. Commento ora brevemente alcuni punti delle Linee Guida.

Premessa

Da notare che, a differenza che nella dichiarazione di Lisbona, le Linee Guida si qualificano come un prodotto del Comitato settoriale di dialogo sociale per

il settore delle TLC. Per altro, anch'esse sono state firmate da UNI e da 15 aziende individualmente, sia pure nell'ambito di una sessione plenaria del CDS.

Va poi sottolineato che il CDS propone l'adozione delle Linee Guida « alle aziende di telecomunicazioni in Europa, su base volontaria e in conformità delle leggi e delle prassi in materia di contrattazione collettiva di ciascun paese ». Siamo quindi di fronte ad un invito a negoziare sull'argomento e ad alcune indicazioni di massima, non vincolanti per i destinatari. Le aziende firmatarie, nella generalità dei casi, hanno già in essere accordi sul telelavoro conformi ai contenuti delle Linee Guida.

Ambito di applicazione

Le parti si sono accordate quasi immediatamente sull'ambito di applicazione: si parla solo di lavoratori dipendenti e solo di telelavoro domiciliare o alternato casa-azienda. Sono quindi escluse forme di « lavoro mobile », lavoro in « centri satellite », ecc.

Principi

Sono le vere e proprie indicazioni per la contrattazione collettiva. Ne commento alcuni.

Al punto 1. si sancisce che l'accordo individuale (indispensabile, trattandosi di telelavoro domiciliare) deve trovare un quadro di riferimento nella contrattazione collettiva.

Il punto 2. sancisce il principio della parità di trattamento, con esplicita indicazione della tutela nel caso di passaggio dal lavoro nei locali aziendali al telelavoro. L'assegnazione ad un'unità produttiva è essenziale in riferimento, ad esempio, all'eventuale coinvolgimento del lavoratore in procedure di licenziamenti collettivi.

Al punto 4. la formulazione, particolarmente sfumata, sui costi accessori, tiene conto delle esigenze di alcuni paesi (soprattutto scandinavi), nei quali il telelavoro è molto diffuso ma scarsamente regolamentato ed il problema dei costi accessori è ricondotto nell'ambito della complessiva convenienza, per il lavoratore, di prestare la propria opera a domicilio.

Al punto 5. le politiche di valutazione non riguardano solo prestazioni e potenziale del dipendente, ma includono anche i colloqui fra il lavoratore ed il proprio responsabile che, in molte aziende, vengono utilizzati per un esame periodico complessivo della situazione di lavoro.

Al punto 6. si è voluto considerare il rischio che, ad esempio a seguito di uno sfratto, il telelavoratore non disponga più di un locale idoneo, senza però prevedere il diritto al « ritorno » nei locali aziendali (impossibile per definizione nel caso di chi sia stato assunto per telelavorare).

Il punto 12. è la soluzione individuata per soddisfare la richiesta sindacale di garantire la comunicazione (processo a due vie, a differenza della semplice informazione) fra i sindacati o i consigli aziendali (a seconda dei paesi), mediante il sistema informativo aziendale.

Come si può vedere, i principi si possono sintetizzare in un invito ad una

contrattazione collettiva che sancisca il principio di non discriminazione: i telelavoratori devono godere degli stessi diritti degli altri dipendenti. Qualora la loro particolare condizione lavorativa rischi di creare delle disparità, occorre intervenire per rimuoverle. Parimenti, l'azienda deve poter esercitare pienamente le proprie prerogative, nel rispetto della *privacy* di un dipendente che opera al proprio domicilio.

Sviluppi futuri

Nel 2002, se la Commissione Europea garantirà il sostegno necessario, il gruppo di lavoro che ha negoziato le linee guida provvederà ad un monitoraggio della contrattazione in materia di telelavoro sviluppatasi nelle aziende europee di TLC.

6. Nel *Libro Bianco sul Mercato del Lavoro in Italia*, presentato dal Governo nell'ottobre 2001, « Il Governo esprime grande interesse nei confronti della recente intesa intercategoriale sul telelavoro a livello comunitario sulla base di linee-guida od orientamenti ».

Si osserva che « poiché non si tratta di un accordo quadro non sarà necessario un intervento del Consiglio per rendere l'intesa vincolante tramite l'adozione di una direttiva che a sua volta dovrebbe essere trasposta. L'accordo resterà in un ambito strettamente privatistico e la sua attuazione su scala nazionale rimarrà del tutto nelle mani delle parti sociali ».

Le Linee Guida sono anche state valutate positivamente da UNICE in riferimento alla trattativa sul telelavoro che la stessa avvierà con il sindacato europeo il 12/10/01. E' auspicabile che il negoziato possa avere conclusioni analoghe a quelle ottenute nel CDS delle Telecomunicazioni. Eventuali linee guida concordate in quella sede, per altro, avrebbero indubbiamente una valenza ben più significativa di quelle concordate per le TLC: non solo per l'ambito di riferimento più ampio, ma anche per il diverso grado di rappresentatività degli attori coinvolti.

Il vasto consenso ottenuto dalle Linee Guida per il telelavoro deriva proprio dalla loro natura di *soft laws*. Queste, secondo il *Libro Bianco* « mirano ad orientare l'attività dei soggetti destinatari, senza per altro costringerli ad uno specifico comportamento, vincolandoli tuttavia al conseguimento di un determinato obiettivo ».

Da questa definizione appare immediatamente che l'efficacia delle *soft laws* dipende dalla loro vincolatività rispetto all'obiettivo da raggiungere, ovvero dall'esistenza di meccanismi sanzionatori, sia pure *soft* (per es. *peer pressure*), e in ultima analisi dalla legittimazione/rappresentatività dei soggetti che le emanano.

Credo che il dialogo sociale di settore, da questo punto di vista, abbia ancora molta strada da percorrere, almeno per quanto riguarda le telecomunicazioni. Ho cercato di evidenziare i limiti di rappresentatività delle parti coinvolte, le ambiguità del processo di ratifica delle decisioni prese congiuntamente, l'evanescenza dei meccanismi sanzionatori. In questo contesto è inevitabile che il processo (para-) negoziale sconti attriti ed ingenuità.

Con tutti i loro limiti, le Linee Guida hanno incontrato un vasto successo di critica e di pubblico. Spero che questo incentivi i protagonisti del dialogo sociale nelle telecomunicazioni a dare compiutezza formale ai propri processi negoziali.

Col tempo si svilupperà un'efficace rete di relazioni e si consolideranno le competenze necessarie.

7. Allegato. Linee Guida per il telelavoro in Europa

Il Comitato settoriale di dialogo sociale (CDS) per il settore delle telecomunicazioni è del parere che la modernizzazione dei mercati del lavoro sia un aspetto cruciale per lo sviluppo economico futuro dell'Europa.

I rapidi mutamenti nello scenario competitivo, unitamente allo sviluppo delle nuove tecnologie, rendono necessario modernizzare l'organizzazione del lavoro. Le nuove tecnologie, la concorrenza su scala planetaria e la velocità e il volume crescenti dell'informazione richiedono un'organizzazione e rapporti di lavoro flessibili e adattabili.

Fra i vari modelli organizzativi, il crescente ricorso al telelavoro è un chiaro segno della tendenza in atto verso un posto di lavoro più flessibile e mobile. Il telelavoro è di particolare rilevanza per le aziende di telecomunicazioni, dal momento che rappresenta un utile campo di applicazione per i loro prodotti e servizi. In questo contesto, il Comitato settoriale di dialogo sociale per il settore delle telecomunicazioni ritiene che principi di valenza europea sul telelavoro siano un significativo fattore di sviluppo per un'organizzazione del lavoro flessibile in tutte le aziende europee di telecomunicazioni. Pertanto esso ha adottato queste Linee Guida per il telelavoro, di cui propone l'adozione alle aziende di telecomunicazioni in Europa, su base volontaria e in conformità delle leggi e delle prassi in materia di contrattazione collettiva di ciascun paese. In tal modo, il CDS adempie all'impegno indicato nella dichiarazione congiunta per il Vertice di Lisbona.

Obiettivi

Il Comitato ritiene che il telelavoro, organizzato e introdotto come metodo di lavoro umano e socialmente significativo, possa risultare utile nel perseguimento dei seguenti obiettivi:

- flessibilità nell'organizzazione del lavoro;
- opportunità di lavoro per le regioni strutturalmente deboli e per le persone con disabilità;
- maggiore responsabilità per i singoli lavoratori nella programmazione ed esecuzione del lavoro;
- umanizzazione del lavoro;
- miglioramento dell'equilibrio tra vita professionale e personale;
- miglioramento della qualità e produttività del lavoro;
- più soddisfazione nella vita professionale;
- avvicinamento del lavoro alla persona.

Ambito di applicazione

In considerazione delle specificità del telelavoro a domicilio, il CDS sottolinea che i principi sotto indicati si riferiscono ai lavoratori dipendenti che, servendosi delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, svolgono le proprie funzioni interamente nel proprio domicilio, o prestano regolarmente nel proprio domicilio parte del proprio lavoro, mentre la parte restante viene svolta nei locali dell'azienda.

Principi

1. L'introduzione del telelavoro dev'essere effettuata di comune accordo fra le parti. Dovrebbero essere raggiunti accordi collettivi al livello appropriato (per es. aziendale o di settore) in modo da offrire un quadro di riferimento per la stipula di accordi individuali in materia di telelavoro. L'avvio del telelavoro avverrà sulla base dell'idoneità della persona, delle mansioni e dell'ambiente di lavoro.
2. I telelavoratori sono soggetti allo stesso trattamento previsto per chi lavora nei locali dell'azienda e sono assegnati ad una unità produttiva. Pertanto, il passaggio di un dipendente al telelavoro non ne compromette lo status e le condizioni di lavoro.
3. L'azienda provvede alla fornitura, all'installazione e alla manutenzione dell'attrezzatura necessaria, che dev'essere restituita al momento in cui cessa, per qualunque motivo, l'attività di telelavoro.
4. Il datore di lavoro dovrebbe prendere in considerazione la possibilità di farsi carico dei costi aggiuntivi dovuti al telelavoro.
5. I telelavoratori hanno diritto alle stesse possibilità di formazione e carriera di cui godono gli altri dipendenti dell'azienda e devono essere coinvolti nelle stesse politiche di valutazione adottate per gli altri dipendenti.
6. Qualora l'abitazione non sia più disponibile per il telelavoro, il datore di lavoro deve compiere tutti gli sforzi necessari per trovare all'interessato un posto alternativo, in conformità delle disposizioni della contrattazione collettiva e della legge.
7. Le normative sulla salute e la sicurezza applicate in azienda sulla base delle leggi e dei contratti collettivi si applicano, quando pertinenti, anche al domicilio dei telelavoratori.
8. Devono essere istituiti meccanismi atti a impedire che i telelavoratori vengano a trovarsi in una situazione di emarginazione e isolamento, se possibile anche prevedendo incontri regolari con gli altri colleghi e l'accesso alle informazioni interne.
9. I telelavoratori devono garantire la riservatezza e la sicurezza di tutte le attrezzature, i dati e le informazioni, in conformità della politica aziendale in materia di sicurezza e protezione dei dati.
10. I telelavoratori devono essere informati dei sistemi di verifica dell'efficienza introdotti per controllarne il lavoro. Nella misura del possibile, il controllo deve riguardare il risultato del lavoro anziché l'attività del lavoratore.

I sistemi di verifica devono essere in linea con quelli adottati per gli altri dipendenti, tenuto conto delle specificità del telelavoro.

11. Le visite dei dirigenti aziendali e dei colleghi al domicilio del telelavoratore devono essere concordate in anticipo con l'interessato.

12. I telelavoratori godono degli stessi diritti collettivi degli altri dipendenti, compreso il diritto alla comunicazione col consiglio d'azienda e i rappresentanti sindacali.

Sviluppi futuri

Il CDS raccomanda l'adozione di queste Linee Guida entro la fine del 2001, su base volontaria e in conformità delle leggi e delle prassi in materia di contrattazione collettiva di ciascun paese.

Il Comitato inoltre è disponibile a verificare l'adozione delle Linee Guida nel 2002.

Statuto dei Lavoratori e controlli sui lavoratori: alcuni casi pratici e qualche riflessione

Carlo Carnielli

Sommario: **I.** I casi. — **II.** Il commento. — **1.** Le fattispecie. — **2.** I controlli *ex artt.* 2 e 3 dello Statuto dei Lavoratori. — **3.** Evoluzione giurisprudenziale. — **4.** Qualche riflessione. — **5.** I controlli leciti: limiti esterni e modalità. — **6.** Attività investigative e raccolta di dati personali: lesione della privacy?

I. I casi

Cass. 5 Maggio 2000, n. 5629 - Pres. Trezza - Rel. Spanò - P.M. Nardi - Petrongari c. Banca Popolare di Rieti S.p.A.;

Cass. 3 Novembre 2000, n. 14383 - Pres. Amirante - Rel. Prestipino - P.M. Buonajuto - Micantonio c. Banca Popolare di Rieti.

Lavoro subordinato - Controlli sui lavoratori *ex art.* 3 dello Statuto dei Lavoratori - Controlli occulti - Utilizzo di agenti investigativi privati - Legittimità -

Sono giustificati, in deroga all'art. 3 dello Statuto dei lavoratori, controlli occulti a mezzo di agenti investigativi sulle attività illecite compiute dal dipendente, durante l'orario di lavoro, che esulano dalla normale attività lavorativa.

Garante per la Privacy - 13 Gennaio 2001 - Pres. Rodotà - Rel. De Siervo.

Attività investigative di controllo dei lavoratori - Trattamento dei dati personali in violazione della Legge 675 /1996 - Esclusione -

Non violano la cd. legge di tutela della privacy, n. 675 del 1996, le indagini eseguite da un investigatore privato, incaricato dal datore di lavoro di accertare l'insussistenza della patologia addotta dal dipendente per giustificare i periodi di assenza dal lavoro.

II. Il commento

1. Con le due sentenze in epigrafe, la Suprema Corte si è occupata di due casi assolutamente analoghi, riguardanti due dipendenti del settore bancario, svolgenti le mansioni (cd. promotore finanziario o sviluppatore) di reperimento di

* Carlo Carnielli è collaboratore alla Cattedra di diritto del lavoro nell'Università di Ferrara.

clienti disposti ad acquisire i servizi finanziari dell'istituto di credito datore di lavoro. Sarà sufficiente illustrare brevemente la vicenda che ha riguardato l'impiegato P., oggetto della prima delle sentenze in commento.

P., con le mansioni di promotore finanziario, ha l'incarico specifico di visitare i clienti della banca per proporre loro i servizi finanziari della stessa durante le ore della mattina; e di intrattenersi nel pomeriggio in ufficio per mantenere le relazioni con i clienti.

A causa della scarsa produttività del dipendente, l'istituto di credito opera i primi controlli, dai quali emerge che il dipendente non prende in realtà contatto con le persone che indica poi nei rapportini di servizio. E durante le ore pomeridiane, in ufficio, compie solamente qualche sporadica telefonata all'indirizzo dei clienti.

Viene perciò deciso di intensificare i controlli, in special modo per verificare la condotta del dipendente quand'egli si trova all'esterno. Questi vengono eseguiti avvalendosi di dipendenti della banca stessa e di un investigatore privato, appositamente incaricato di sorvegliare il P.

Grazie agli ulteriori controlli, si scopre che quest'ultimo trascorre le mattinate oziando nella propria autovettura, che sposta di tanto in tanto per trovare una più comoda sistemazione all'ombra. Quando non fa questo, si reca nei bar, nei supermercati, si intrattiene a guardare le vetrine dei negozi.

La legittimità del licenziamento conseguentemente irrogato, viene confermata in data 26 marzo 1998 dal Pretore di Rieti; dal Tribunale di Rieti, presso il quale il P. aveva interposto appello con la sentenza n. 8/99; dalla Corte di Cassazione con la sentenza in commento.

La terza pronuncia, insolita per le rassegne giurisprudenziali tradizionali, ma assai conferente per l'oggetto qui trattato, è del Garante della Privacy, adottata in seguito ad una segnalazione-quesito proposta da un lavoratore che, vittima di controlli a mezzo di agenti investigativi, ha lamentato all'Authority la lesione della propria privacy.

2. L'orientamento espresso dalla massima è ormai consolidato per la giurisprudenza di legittimità. La Corte, infatti, in ambedue le sentenze, si appella, in motivazione, ai propri precedenti: in particolare la sentenza della Sezione lavoro n. 2813 del 1989, nella quale si afferma che è consentita la verifica (il controllo), in modo occulto, circa l'eventuale realizzazione di comportamenti illeciti del lavoratore, in quanto questi sono esulanti dalla normale attività lavorativa; la sentenza n. 10313 del 1998, nella quale si ricorda come (più volte), il giudice di legittimità ha ribadito che per compiere tale controllo non è vietato il ricorso alla collaborazione di investigatori privati, in considerazione della libertà della difesa privata ed in mancanza di espliciti divieti al riguardo; la sentenza n. 1455 del 1997 che ha specificato altresì che non è vietato all'imprenditore di verificare, in maniera occulta, il corretto adempimento delle prestazioni lavorative, al fine di accertare mancanze specifiche dei dipendenti già commesse o in corso di esecuzione, anche servendosi di determinate categorie di prestatori d'opera adibiti a mansioni di vigilanza.

L'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale che ha portato all'orientamento

descritto, merita di prendere le mosse dalla disamina degli artt. 2 e 3 dello Statuto dei Lavoratori, ai quali limitiamo la nostra indagine in questa sede; seppur essi non esauriscano la tematica dei controlli, rientrandovi nell'accezione comune anche quelli eseguiti per mezzo di apparecchiature *ex art.* 4 dello Statuto, i controlli sanitari e le visite personali di controllo a norma degli artt. 5 e 6, finanche le indagini sulle opinioni, vietate dall'articolo 8.

Nondimeno verrà in considerazione, in questa rassegna, anche la generale attività di controllo, distinta e non contemplata dalle suddette norme, che il datore di lavoro può esercitare, si ritiene, quale corollario del potere gerarchico riconosciutogli dagli artt. 2086 e 2104 del Codice Civile. Riguardo a questo tipo di controlli, operati direttamente dal datore di lavoro o dai superiori gerarchici del dipendente, come vedremo, non si individuano pressoché limiti di sorta: almeno secondo la nostra giurisprudenza, che ampiamente ritiene legittimi i controlli più incisivi, ora svolti in maniera clandestina, ora occulta. In ordine a questo profilo, esponiamo per inciso, prima di proseguire, quello che a nostro avviso costituisce l'interrogativo di fondo, nonché tema principale di questa indagine: lo Statuto dei Lavoratori detta un generale principio di divieto dei controlli occulti? O è possibile compiere qualunque attività di vigilanza, con le sole eccezioni contemplate dai suddetti articoli della legge n. 300 del 1970?

Così come la giurisprudenza non sembra porsi affatto tale quesito, anche la dottrina, nonostante le apparenze, per lo più glissa sul tema. Gli studiosi sottolineano unanimemente le finalità dello Statuto di privare la vigilanza sull'attività lavorativa di quegli aspetti polizieschi che l'avevano caratterizzata nel passato; immancabilmente invocano il rispetto della dignità e della riservatezza del lavoratore, che i controlli sui lavoratori siano palesi ed aperti, senza « trabocchetti od insidie »¹ e vengono altresì condannate verifiche arbitrarie, non imparziali e inique, « suscettibili di ripristinare surrettiziamente il clima repressivo che il legislatore si propone di eliminare »². Ma queste valutazioni sono perlopiù proposte in ordine all'interpretazione degli articoli dello Statuto in commento ed il più ampio interrogativo su esposto, a ben leggere, non viene affrontato con sufficiente chiarezza.

3. È comunque il caso di ricordare che lo Statuto venne alla luce in un periodo in cui il clima aziendale era particolarmente arroventato, in particolare per l'impiego distorto delle guardie giurate, che imperversava: l'indagine conoscitiva svolta in alcune aziende dalla Commissione Lavoro del Senato, volta alla preparazione del disegno di legge dello Statuto, illustra « *un controllo delle*

¹ Pera, voce *Libertà e dignità dei lavoratori*, in *NDI*, app., vol. IV, 1983, 897.

² Romagnoli, *Sub artt. 2 e 3*, in Romagnoli-Montuschi-Ghezzi-Mancini, *Statuto dei diritti dei Lavoratori*, in Comm. Scialoja-Branca, 2^o ed., Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, 16; ma si vedano anche i vari commentari dello Statuto, ad esempio Pera, in Assanti-Pera, *Commento allo Statuto dei Lavoratori*, Cedam Padova 1972; Mattarella, in *Commentario allo Statuto dei Lavoratori* diretto da Prosperetti, Giuffrè Milano 1975; Bortone in *Lo Statuto dei Lavoratori* diretto da Giugni, Giuffrè Milano, 1979; vedi anche Cautadella, voce *Dignità e riservatezza del lavoratore* (tutela della), in *EG*, XI, 1989.

*guardie giurate che... sta assumendo sempre più l'aspetto di spionaggio... l'esistenza di ben 3000 guardie giurate « armate di rivoltella »... « girano in tuta » ed entrano nei reparti ricorrendo anche ad altri sotterfugi »*³. Era peraltro assai frequente la prassi di sottoporre i lavoratori ad ogni tipo di controlli, tutti aventi come comune denominatore il fatto di essere spesso particolarmente penetranti, oltre che di regola svolti in maniera occulta.

Un simile contesto — poliziesco ed intimidatorio al tempo stesso, nel quale il lavoratore non sapeva quando era spiato e da chi — non tenendo in alcun conto il rispetto della libertà del lavoratore ed il riconoscimento della sua dignità, non appariva certo conforme ai principi dettati dalla nostra Costituzione. Con l'introduzione degli articoli richiamati, si volle perciò limitare l'utilizzo delle guardie giurate ai soli scopi di tutela del patrimonio aziendale: l'articolo 2 dello Statuto formulò l'espresso divieto di adibire tali soggetti alla vigilanza dell'attività lavorativa, impedendo loro di accedere nei locali dove questa veniva svolta. Con l'art. 3 si stabilì, inoltre, che i nominativi e le mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa dovevano essere comunicati al lavoratore.

Un primo orientamento della giurisprudenza, in particolare quella di merito, riguardo all'interpretazione degli articoli in commento, riteneva, giusta le premesse fatte, che lo Statuto avesse « giurisdizionalizzato » il sistema dei controlli in azienda e pertanto illegittimo il controllo effettuato da persone estranee⁴.

Il cambio di segno, ad opera della giurisprudenza di legittimità, avviene attorno agli anni ottanta. Reputando, forse, necessaria una maggior tutela del patrimonio aziendale, si iniziò ad ammettere che i controlli sui lavoratori potessero essere affidati a soggetti non contemplati dallo Statuto: venne così avallata la prassi dei datori di lavoro, frequente in particolare presso la grande distribuzione, di servirsi di agenzie investigative private al fine di scoprire l'eventuale sottrazione di denaro da parte dei dipendenti addetti alle casse.

La liceità dei controlli dei *private eyes*, è stata, in sintesi, così argomentata: riguardo all'utilizzazione di soggetti diversi dalle guardie giurate per espletare i controlli, la giurisprudenza ritiene che l'art. 2 della legge 300/1970 non contenga divieti espliciti. E giustifica il ricorso a tali soggetti prevalentemente in considerazione della libertà della difesa privata⁵.

I limiti contenuti in tale articolo sono, secondo un'altra lettura, da ritenersi di tipo oggettivo; riguardanti cioè il bene oggetto di tutela, il patrimonio aziendale; nessun limite di tipo soggettivo scaturirebbe da tale norma⁶. È stato pure affermato che i compiti affidati ai soggetti previsti dagli artt. 2 e 3 dello Statuto (guardie giurate e personale specificamente addetto al controllo), nulla hanno

³ Alcuni stralci della documentazione riprodotta in *RGL*, 1970, I, 114 ss.

⁴ Si veda ad esempio Pret. Milano 07 gennaio 1977, in *OGL*, 1977, 1178.

⁵ Oltre alle pronunce richiamate dalla Corte nella motivazione delle sentenze in epigrafe — n. 2813/1989, in *NGL*, 1989, 289 e n. 10313/1998, in *GC*, 1998, 2109 — si veda anche Cass. 10 maggio 1985, n. 2933, in *LPO*, 1985, 2216.

⁶ Così Cass. 17 gennaio 1990, n. 205, in *MGL*, 1990, 170.

a che vedere con quanto effettuano gli agenti investigativi che « *operando come normali clienti* » non esercitano « *potere alcuno di vigilanza e di controllo* »⁷ e pertanto non può trovare applicazione nei loro confronti quanto previsto dalle suddette disposizioni.

Riguardo alle modalità del controllo svolto da tali soggetti, la giurisprudenza di legittimità sviluppa, peraltro, una felice intuizione già frutto di parte della giurisprudenza di merito, secondo la quale tale tipo di controllo, per non risultare lesivo della libertà e della dignità del lavoratore, deve corrispondere a quello posto in essere da un cliente attento, e perciò non può essere svolto in forme tali che lo rendano « *capzioso, subdolo o sleale* »⁸. I controlli svolti dai dipendenti di un'agenzia investigativa, qualora questi si comportino come normali clienti e si limitino a riferire riguardo ad aspetti estrinseci dell'attività del dipendente, così come farebbe una qualsiasi persona del pubblico accorta, non sono dunque da considerarsi lesivi della dignità e della libertà del lavoratore e sono pertanto da ritenere legittimi. Una recente sentenza di merito, per la particolare attenzione dedicata a quest'ultimo profilo, merita qui di essere segnalata: la Corte di Appello di Bari, con la sentenza del 9 maggio 2000⁹, si è occupata in particolare di valutare, anche sotto il profilo della legittimità, del valore e del contenuto delle testimonianze dei dipendenti di una ben nota¹⁰ società di investigazioni, la Lodge Service, che opera per conto di grandi catene commerciali quali la Standa, le società Autogrill, Autostrade, etc. Il giudice ha osservato che le testimonianze degli investigatori possono al più far fede in ordine al mancato rilascio dello scontrino da parte del dipendente, ma non anche sulla appropriazione delle somme da parte di questi. Ed ha enunciato precise regole da rispettare per un corretto svolgimento dei controlli occulti: i necessari riscontri alla « chiusura di cassa », devono essere eseguiti da persona indicata al lavoratore, specificandone le modalità di esecuzione e soprattutto devono essere svolti in contraddittorio con questi. Si sottolinea, peraltro, l'irrinunciabilità alla immediatezza della contestazione del fatto, e dichiarata la nullità del licenziamento irrogato (nella specie, dalla Standa Spa), in quanto il solo mancato rilascio degli scontrini da parte del dipendente non è addebito adeguato alla gravissima sanzione inflitta, con conseguente drastica violazione del principio di proporzionalità.

I controlli degli investigatori, comunque, non esauriscono il tema: merita segnalazione la sentenza Cass. 18 febbraio 1997, n. 1455, in NGL, 1997, 29, già richiamata dalla stessa Corte in motivazione. La Sezione lavoro affermò, con

⁷ Cass. 25 gennaio 1992, n. 829, in RGL, 1992, 461; si veda anche Cass. 3 novembre 1997, n. 10761, in GC, 1997, 2062.

⁸ Pret. di Milano 30 luglio 1979, in OGL 1979, 1273; per un esauriente *excursus* sugli orientamenti emersi tra i giudici di merito, vedi Chieco, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, in Giugni (diretto da), *Dottrina e giurisprudenza di diritto del lavoro*, Utet, Torino, 1996, 133.

⁹ In RGL news, 2000, V, 28.

¹⁰ Anche alla giurisprudenza di legittimità, si veda Cass. 03 novembre 1997, n. 10761, *op. cit.*, e Cass. 12 novembre 1993, n. 11169, in GI, 1994, 704.

una pronuncia che ebbe anche una certa eco giornalistica ¹¹, che non è vietato all'imprenditore di verificare, in maniera occulta, il corretto adempimento delle prestazioni lavorative, al fine di accertare mancanze specifiche dei dipendenti già commesse o in corso di esecuzione, anche servendosi di determinate categorie di prestatori d'opera adibiti a mansioni di vigilanza, dei quali ovviamente non è stato comunicato né il nominativo, né la mansione specifica come invece richiederebbe l'art. 3 dello Statuto. Quest'ultima sentenza trova un lontano precedente in Cass. 7 febbraio 1983, n. 1031 ¹²: venne reputato illegittimo il rifiuto di un dipendente, non avente mansioni specifiche in tal senso, di effettuare la « ronda » attorno allo stabilimento.

Infine, la giurisprudenza di legittimità afferma, ormai da tempo, che anche i superiori gerarchici del dipendente svolgenti mansioni direttive si sottraggono al requisito della pubblicità richiesto dalle citate norme di legge: per questi, in special modo i cosiddetti « capi diretti » del lavoratore, non vale la prescrizione della preventiva comunicazione del nominativo ex art. 3, poiché le loro funzioni sono già conosciute dai lavoratori. Ed in quanto titolari del potere direttivo, essi possono anche ben svolgere compiti di controllo sull'esecuzione degli obblighi contrattuali da parte del personale subordinato ¹³.

Come si arguisce dalle massime, i controlli « occulti » si ritengono giustificati in virtù del fatto che essi sono rivolti ad acclarare comportamenti illeciti del dipendente che esulano dalla normale attività lavorativa, anche se commessi nel corso di essa.

Attività illecite, quali ad esempio il furto del cassiere, possono essere, secondo l'orientamento che stiamo illustrando, oggetto di controlli occulti in deroga all'art. 3 dello Statuto, perché non attengono propriamente all'attività lavorativa, da valutare in termini di diligenza e di regolarità, ma sono in aperta contraddizione con i principi di correttezza e di buona fede nell'esecuzione del contratto. Essendo pacifico che i comportamenti illeciti non sono dedotti nel contratto di lavoro, ma sono decisamente contrari alla riferita « normale attività », non si applica l'articolo suddetto, che prevede l'obbligo del datore di lavoro di comunicare ai lavoratori i nominativi del personale addetto alla vigilanza. Le massime delle sentenze della Corte di legittimità, così sintetizzano: « *L'art. 3 dello Statuto vieta ogni forma di controllo occulto intesa ad accertare la trasgressione, nello svolgimento della prestazione lavorativa, delle prescrizioni dettate dall'art. 2104 c.c. e pertanto non trova applicazione nelle ipotesi di eventuale realizzazione, da parte dei lavoratori, di comportamenti illeciti esulanti dalla normale attività lavorativa, pur se commessi nel corso di essa* » ¹⁴.

¹¹ V. Corriere della Sera, 21 febbraio 1997, Haver, *Clamorosa sentenza della S.C. Il capo può far spiare i dipendenti. La Cassazione: se sospettati di disonestà possono essere sorvegliati dai colleghi.*

¹² In *RIDL*, 1983, 633.

¹³ Si veda già Cass. 17 giugno 1981, n. 3960, in *GC*, 1981, 2227, con nota di Meucci, « *L'inapplicabilità dell'art. 3 dello Statuto alla vigilanza sull'attività lavorativa da parte di superiori gerarchici?* »

¹⁴ Vedi le su citate Cass. 10 maggio 1985, n. 2933 e Cass. 9 giugno 1989, n. 2813; con termini identici anche Cass. 18 settembre 1995, n. 9836, in *LG*, 1996, 430.

Per concludere, si pone un ultimo, ulteriore quesito, in ordine alle concrete modalità di svolgimento dei controlli: l'art. 3 dello Statuto richiede solo che il lavoratore conosca la persona che lo deve sorvegliare o contiene invece un più generale divieto che le attività di controllo vengano svolte a sua insaputa? In altre parole, è legittimo un controllo svolto in maniera occulta e clandestina dal datore di lavoro (o da un suo sottoposto gerarchico conosciuto dai dipendenti) o dal personale specificamente addetto alla vigilanza?

La Suprema Corte ha risposto molto chiaramente in proposito nel 1990¹⁵, decidendo un caso che ormai non è esagerato definire praticamente di scuola: quello di un imprenditore che, di notte, approfittando dell'oscurità, si recava appositamente sul luogo di lavoro per spiare clandestinamente i propri dipendenti. Una siffatta attività di controllo si ritiene giustificata ai sensi degli artt. 2086 e 2104 del c.c., evidentemente ritenuti non superati dallo Statuto sotto questo profilo, che conferiscono all'imprenditore il potere di controllare direttamente, o mediante la propria organizzazione gerarchica, l'adempimento delle prestazioni lavorative e quindi di accertare mancanze specifiche od in corso di esecuzione: « e ciò indipendentemente dalle modalità del controllo, che può legittimamente avvenire anche occultamente, senza che vi osti il principio di buona fede nell'esecuzione dei rapporti ». Le sentenze Cass. 25 gennaio 1992, n. 829, su citata, Cass. 23 agosto 1996, n. 7776, in GC, 1996, 216, Cass. 18 febbraio 1997, n. 1455, su citata, si esprimono a riguardo con termini identici, formando, sul punto, giurisprudenza costante: non si evince dall'art. 3 un generale divieto di controllo occulto, quale che ne sia l'esecutore, essendo soltanto garantita da detta norma la pubblicità del personale specificamente addetto alla vigilanza sull'attività lavorativa.

Per inciso, in numerose delle sentenze citate, si sottolinea inoltre che un generale divieto di controlli occulti non si desume nemmeno dall'art. 4 dello Statuto, riguardante l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per il controllo a distanza. Il divieto posto da tale norma non osta allo svolgimento dei controlli in commento, perché esso si ritiene riferito esclusivamente all'uso di apparecchiature per il controllo a distanza; ed insuscettibile di applicazione analogica, in quanto penalmente sanzionato.

4. Ricapitolando, dunque, per sommi capi, la Corte di Cassazione riconosce la piena legittimità dei controlli clandestini compiuti da soggetti che nulla hanno a che vedere con le guardie giurate o il personale addetto alla vigilanza e che non soddisfano il requisito della pubblicità richiesto dalle norme in esame (superiori gerarchici ritenuti comunque già conosciuti, agenti investigativi, colleghi di lavoro): argomentando che si osservano solo i comportamenti illeciti e non la normale attività lavorativa. In ordine invece alle concrete modalità dei controlli, viene generosamente riconosciuta legittimità a quelli svolti in modo occulto: non ostandovi né l'art. 3 dello Statuto, che nulla dispone al riguardo,

¹⁵ Cass. 9 giugno 1990, n. 5599, in *OGL*, 1990, 8.

né, tantomeno, gli artt. 2086 e 2104 del c.c., che anzi giustificano lo svolgimento di qualsivoglia attività di vigilanza.

Da questa breve rassegna giurisprudenziale, si possono trarre alcune considerazioni. Anzitutto, sembra lecito chiedersi cosa resti dell'art. 3 dello Statuto: l'erosione operata dalla giurisprudenza nei confronti di questa norma, ritenuta per i più svariati motivi insuscettibile di applicazione, se, da un lato, è molto ampia, dall'altro sembra essere stata compiuta, spesso, con buona dose di disinvoltura. Il giudizio di legittimità, anche dei controlli più penetranti, non si basa infatti quasi mai su un'analisi ricognitiva compiuta *ex ante*; ma viene svolto a posteriori, inficiato dal fatto che i controlli hanno già dimostrato la loro efficacia nel raggiungimento dello scopo. Valga d'esempio il caso delle due sorelle cassiere licenziate, affrontato dalla Cassazione con la succitata sentenza n. 1455 del 1997: il fatto che esse lucrassero sui buoni sconto chiedendo ai clienti rimborsi superiori, era stato denunciato — e questo fu l'elemento di novità — da alcuni colleghi di lavoro delle stesse. Ebbene, non vi è modo di appurare, dalla lettura della motivazione, se la Corte si sia preoccupata di verificare che i controlli operati fossero stati preordinati in modo occulto dal datore di lavoro richiedendo la collaborazione dei dipendenti; o che la condotta truffaldina delle sorelle fosse stata scoperta grazie ad una delazione spontanea dei colleghi. Differenza di non poco conto, come ci conferma quanto precisò in una breve intervista sull'argomento il « padre » dello Statuto: che si deve nettamente distinguere tra la soffiata spontanea di altro dipendente, del tutto lecitamente utilizzabile; ed il preciso affidamento, da parte dell'impresa, dell'incarico di svolgere controlli occulti su altri dipendenti, quest'ultimi chiaramente ritenuti da Gino Giugni illegittimi in quanto in violazione dell'art. 3 dello Statuto.

Per altro verso, consideriamo ancora la distinzione, operata dalla giurisprudenza, fra controlli da svolgersi *ex art. 3* dello Statuto, e controlli che non ricadono sotto l'imperio di tale norma, in quanto volti ad accertare comportamenti illeciti del dipendente non rientranti nell'attività lavorativa da questi normalmente svolta. La dottrina, unanimemente¹⁶ critica tale ricostruzione giurisprudenziale: essa è artificiosa, perché è ovvio che per forza di cose viene messa sotto controllo l'intera attività, solutoria e non, del dipendente. Non c'è nessun modo, per questa via, di evitare, come lamentano lucidamente i ricorrenti nei giudizi decisi dalle sentenze in epigrafe, che i controlli, pur volti al solo accertamento di comportamenti illeciti, si risolvano, pericolosamente, in verifiche sul livello di produttività, sulla diligenza e la regolarità dell'operato dei lavoratori, le quali, è appena il caso di ricordare, non potrebbero svolgersi in maniera occulta in deroga alla disposizione dello Statuto. Un giudizio di valutazione, compiuto *ex post*, va nuovamente criticato, in quanto sono ben possibili controlli dai quali non emerga, infine, alcuna irregolarità compiuta dal dipendente.

¹⁶ Si veda, per tutti, già D'Isa, *Controlli del personale di vigilanza e tutela del patrimonio aziendale*, in *GI*, 1984, I, 1025.

5. Con questo non si vuole certo affermare che l'irrogazione della massima sanzione disciplinare nei confronti del P. non sia corretta. Ma l'atteggiamento della giurisprudenza, soprattutto quella di legittimità, non può andare esente da critiche, per il motivo che essa, in generale, non sembra affatto porsi il più ampio problema di una attenta ricostruzione dei limiti e delle modalità cui devono sottostare i controlli. Ma si affida, come detto, alle decisioni del caso concreto, purtroppo spesso viziate dal fatto che si è comunque già appalesata la condotta disonesta o fraudolenta del lavoratore. Anche la giurisprudenza più attenta da questo canto, ad esempio quella sensibile giurisprudenza che ha attorniato il controllo sui cassieri di sempre più numerose tutele e garanzie, alla fine si pronuncia, comunque, in ordine ad una generale legittimità, rinunciando ad inquadrare la questione in termini più generali.

L'obiettivo di tracciare una linea di demarcazione tra controlli sui lavoratori leciti o meno, in termini generali, non è certo facilmente raggiungibile. Ma una ricostruzione rigorosa, che persegua il suddetto obiettivo, ha il pregio di permettere a priori, e non a posteriori, un attento giudizio di legittimità sui controlli già svolti: che potranno eventualmente, all'esito negativo di tale giudizio, essere debitamente sanzionati con l'inutilizzabilità delle prove illegittimamente raccolte.

Sotto questo profilo, merita di essere richiamata, in questa rassegna, la pronuncia con la quale la SC si è spinta più in profondità sulla distinzione tra controlli leciti ed illeciti: con la sentenza n. 9836 del 1995, che purtroppo non brilla per chiarezza, la Corte ha affermato (non senza aver ribadito che il controllo sui comportamenti illeciti del lavoratore si sottrae all'applicabilità dell'art. 3 dello Statuto), che i comportamenti illeciti esulanti dalla normale attività lavorativa, pur se commessi nel corso della stessa, vanno individuati in funzione della loro connessione tipica, e non solo ipotetica, con la suddetta attività. Questa criptica definizione, crea labili confini: troppo spesso, come si è visto da questa breve rassegna, bastano dei sospetti, più o meno fondati, o più o meno giustificati dubbi (senza eccessivamente impegnarsi in una attenta verifica della reale consistenza degli stessi) per consentire i controlli più penetranti, anche se compiuti, come ci insegna la Corte, in funzione di una connessione tipica tra comportamento illecito e attività lavorativa. Tornando ai casi in commento, il giudice puntualmente rileva che il giustificato dubbio, appunto, che i lavoratori poi licenziati svolgessero attività per altro istituto di credito concorrente, aveva consentito lo svolgimento dei controlli occulti, da ritenersi perciò legittimi (lo svolgimento di attività concorrente integra, come è noto, il reato penalmente sanzionato della truffa se svolta durante l'orario di lavoro). Ma la Corte poi, non si è più preoccupata, neppure per un cenno, di riconsiderare la fondatezza della riferita premessa giustificatrice, quando, a seguito dell'attività istruttoria compiuta e delle prove grazie a questa raccolte, è emerso con evidenza che, in merito all'accusa di svolgere attività concorrente, entrambi i promotori finanziari erano stati ingiustamente sospettati.

Il problema dell'individuazione dei limiti e di un corretto svolgimento dei controlli si pone infine in tutta la sua gravità perché, se è vero, come ha deciso la Corte di Cassazione, che l'art. 3 dello Statuto non trova applicazione in una

numerosa serie di ipotesi, quali sono le norme che tutelano il lavoratore oggetto di controlli in questi casi?

Le regole da seguire si dovrebbero, in prima battuta, al di là delle disposizioni particolari, estrapolare dagli stessi principi dell'intero Statuto, riguardanti il rispetto e la tutela della libertà e della dignità dei lavoratori, non a caso enunciati dal titolo stesso della legge. Non a caso, perché catalizzano principi costituzionali che non possono essere considerati alla stregua di meri criteri ispiratori della legge del '70. Bensì principi guida, da mantenere attuali ed intatti, da usare quantomeno come criterio interpretativo per l'esegesi di tutte le norme in esso contenute.

La libertà e la dignità del lavoratore si pongono, rispetto al tema che stiamo trattando, da invalicabili limiti esterni: a meno che non si reputi ammissibile la polverizzazione, nel luogo di lavoro, del valore primario dei beni costituzionali della persona umana — pensiamo agli artt. 2, 13, 14, 15, 41 della nostra Carta fondamentale — ciò che comporterebbe, per dirla con le belle parole di un attento studioso, l'inaccettabile degradazione dell'uomo lavoratore ad « oggetto, a mero mezzo, a grandezza fungibile »¹⁷. A meno che non si ritenga possibile l'instaurazione di un clima aziendale « *orwelliano* », nel quale il controllo datoriale determina per il lavoratore una situazione di angoscia e di tensione per il timore di essere costantemente spiato¹⁸. Un secondo importante ordine di limiti alle attività di controllo, riferito in questo caso al loro esercizio, deriva da un altro generale principio informatore dello Statuto, secondo il quale le esigenze tecniche, organizzative e produttive dell'impresa, che pur giustificano l'esercizio dei poteri datoriali, allo stesso tempo li comprimono, individuando un limite nella loro oggettiva funzionalità alla gestione dell'impresa.

I due ordini di limiti descritti, clamorosamente, sono stati entrambi individuati e incasellati dalla Suprema Corte, con una certa precisione sistematica, solo di recente. Con la sentenza Cass. 18 febbraio 2000, n. 1892¹⁹, che ha riguardato più in generale l'esercizio del potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro — ne riteniamo il riferimento pertinente in questa sede, in quanto l'esercizio delle attività di controllo si pone, rispetto ai su descritti poteri, come naturale corollario —, è stato correttamente enunciato che i poteri del datore di lavoro non sono espressione del suo mero arbitrio ma, essendo il loro esercizio funzionale alle esigenze tecniche, organizzative e produttive dell'azienda, non possono essere esercitati in maniera del tutto avulsa da queste. E conseguentemente la Corte di Cassazione, sempre così parca di indicazioni sul tema dei limiti e delle modalità di esercizio dei poteri datoriali, ha finalmente affermato, ed in questo risiede il motivo di novità della pronuncia, che la legittimità di questi ultimi deve, necessariamente, trovare un corrispettivo nella realizzazione di un apprezzabile interesse dell'impresa: ed è assolutamente escluso che questi, esercitati in maniera illegale o, come ha detto il giudice, arbitraria,

¹⁷ Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1990, 447.

¹⁸ La azzecata definizione è di Bellavista, *I controlli sui lavoratori*, Giappichelli, Torino, 1995.

¹⁹ In *MGL*, 2000, 389.

possano in qualche modo arrecare danno o essere motivo di ingiustificato disagio per i lavoratori.

Riguardo alle concrete modalità di svolgimento dei controlli, la dottrina più accorta dunque, muovendo dalle premesse fatte, prospetta che i controlli occulti, da chiunque e comunque effettuati, debbano sempre costituire, per essere legittimi, la cd. *extrema ratio*²⁰. Tale principio, è, anch'esso, non solo argomentabile da norme particolari, ma appartiene alla categoria dei principi generali anche detti « istituzionali », come, ad esempio, il principio dell'*extrema ratio* che informa la dogmatica dei licenziamenti individuali²¹. L'applicazione dell'enunciato principio implica, in primo luogo, che la sorveglianza possa ritenersi legittima, anche se svolta in maniera occulta, soltanto quando, con giudizio di ammissibilità da compiersi *ex ante*, si dimostri indispensabile per l'individuazione dei responsabili degli illeciti. Ciò dovrebbe pertanto essere consentito solo qualora tutte le altre forme di controllo sul lavoratore si siano, ed in maniera evidente, dimostrate insufficienti e non vi siano più alternative alla vigilanza occulta. Dovrebbe quindi essersi reso palese che gli autori degli illeciti non possano essere scoperti con i metodi ordinari. L'attuazione del principio in parola esige ancora, in linea di massima, che vi debbano essere delle gravi ragioni che giustificano il ricorso ai controlli più pesanti, ad esempio dimostrando che siano stati compiuti, in precedenza, illeciti di ragguardevole entità; o che i fatti da accertare rappresentino un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore, o abbiano portato ad una irrimediabile lesione dell'aspettativa di una diligente esecuzione degli obblighi contrattuali.

Corredano il principio, per concludere, i criteri dell'adeguatezza o della proporzionalità del mezzo adoperato allo scopo della sorveglianza, intendendosi con ciò che dovrebbe sempre operare la regola del mezzo più mite. Tale regola esclude le modalità di sorveglianza più invasive delle posizioni soggettive tutelate, ammettendo solo quelle che si rivelino strettamente necessarie al raggiungimento dello scopo.

6. A seguito di un pedinamento sistematico, messo in atto da un agente investigativo privato per controllare un lavoratore, è praticamente inevitabile che venga raccolta una nutrita serie di dati personali che riguardano quest'ultimo.

Di recente, il tema dei controlli all'esterno dell'azienda è stato posto infatti all'attenzione del Garante per la Privacy. Il provvedimento che segnaliamo in questa rassegna, è stato adottato dall'Authority in seguito ad una segnalazione-quesito, inviata da un dipendente licenziato sulla base di indagini investigative, che avevano accertato l'insussistenza della patologia addotta per giustificare i periodi di assenza dal lavoro.

²⁰ Per una illustrazione specifica di tale principio, vedi Bellavista, *op. cit.* 1995.

²¹ Sul punto vedi, in generale, Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *DL*, 1992, 4.

La verifica dell'effettivo stato di malattia del dipendente assente, compiuto per mezzo di *detectives* privati, è una fattispecie già nota alla giurisprudenza di legittimità. Proprio con una sentenza di questi giorni²² la Suprema Corte si è pronunciata per la legittimità dell'utilizzazione degli investigatori privati anche per valutare la veridicità dello stato di salute descritto dai certificati medici presentati dai lavoratori. Nel caso specifico, il dipendente aveva prodotto dei referti comprovanti una lombosciatalgia. Fattolo spiare per 15 giorni di seguito, il datore di lavoro era venuto a sapere che, durante la malattia, l'impiegato guidava la macchina, si chinava per aprire la saracinesca del garage di casa, portava le buste della spesa, lavorava di sera fino a tardi in un club gestito dalla moglie: di qui l'irrogazione del licenziamento, confermato in tutti i gradi di giudizio.

In motivazione, una doviziosa elencazione di precedenti conformi, già fin da Cass. 14 aprile 1987, n. 3704, che esprimono un orientamento ormai consolidato: il ricorso agli investigatori anche in questi casi, non è nemmeno impedito dall'art. 5 dello Statuto, che vieta al datore di lavoro di effettuare accertamenti, tramite medici di sua fiducia, sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente, delegando a tali controlli i soli « servizi ispettivi degli istituti previdenziali ». Non ci si può appellare alla citata disposizione, secondo i supremi giudici, per il semplice motivo che i poliziotti privati (l'operazione ermeneutica è esattamente speculare a quella compiuta sull'articolo 3), non svolgono in realtà alcun accertamento sanitario, ma compiono una « *pura e semplice osservazione del comportamento esteriore e della vita di tutti i giorni del soggetto osservato* ».

Riguardo al trattamento dei dati personali, il lavoratore ne segnalava la lesione al Garante, poiché l'agente incaricato dal legale della società, nella relazione conclusiva dell'attività informativa svolta, aveva raccolto e trasmesso numerosi dati personali, non solo suoi ma anche di terzi, in violazione della legge di tutela della privacy, n. 675 del 1996²³. In particolare, numerose fotografie, prese a distanza, documentavano gli spostamenti del lavoratore, indicando i luoghi da lui frequentati, così come le autovetture guidate. Ed erano inoltre corredate da brevi annotazioni dell'investigatore, facenti riferimento ai familiari ed alle altre persone compresenti durante gli spostamenti. Venivano altresì documentati altri particolari e comportamenti, quali ad esempio la ripresa di un prelievo bancomat e simili.

L'Authority ha deciso, in data 13 gennaio 2001²⁴, il non luogo a provvedere. La motivazione invero è un po' stringata: il trattamento dei dati in esame non è stato reputato illecito, in quanto volto a soddisfare una legittima esigenza della società datrice di lavoro di far valere un diritto in sede giudiziaria. Tale esigenza è prevista dalla citata legge che contempla, agli artt. 12 comma 1, lett.

²² Cass. 3 maggio 2001, n. 6236, inedita a quanto consta, reperibile su www.dirittoegiustizia.it.

²³ Il trattamento dei dati personali dei lavoratori dopo le leggi 675 e 676 del 1996: *Privacy e tutela dei dati del personale*, in *DPL*, 1997, n. 27, ins. 3.

²⁴ Pronuncia reperibile sul sito www.garanteprivacy.it.

h, 20 comma 1 lett. g, e 22 comma 4, la legittimità del trattamento di dati personali, anche senza il consenso dell'interessato, per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempreché tali dati siano trattati esclusivamente per la finalità suddetta (e sotto questo profilo il Garante giudica l'attività investigativa compiuta non eccedente rispetto all'intento perseguito) e per il periodo temporale strettamente necessario (ed anche questa condizione è stata ritenuta soddisfatta nel caso di specie).

Alcune riflessioni conclusive. L'attività investigativa in oggetto persegue in verità il fine principale di irrogare un licenziamento *ex lege* 604/66; a ben vedere, il fine di utilizzare le prove raccolte in sede giudiziaria, come richiesto dalle suddette norme, si presenta solo in via eventuale, ossia subordinata alla impugnazione, da parte del lavoratore, dell'atto di recesso.

Cogliamo peraltro l'evidente imbarazzo in cui si trova l'organo decidente, il quale avrebbe dovuto richiedere, non potendo percorrere questa via, il preventivo consenso del lavoratore al trattamento dei propri dati personali: ed è lampante che la richiesta di tale autorizzazione renderebbe inutile l'ausilio delle attività investigative. Ciò peraltro non giustifica l'Authority quando, in un capo della motivazione, più che pronunciarsi esclusivamente in ordine al quesito proposto, sembra valutare la legittimità del licenziamento irrogato, con un passaggio che riportiamo integralmente: « *Ininfluyente è, poi, la circostanza che il lavoratore avesse nel frattempo prodotto un certificato comprovante la prosecuzione della malattia, giacché scopo della società era proprio quello di dimostrare l'erroneità della prognosi* ». *Il che dona anche a questa pronuncia, al pari di quelle della Corte di legittimità, il connotato, un po' machiavellico, del fine che giustifica i mezzi: sarebbe stata comunque giudicata legittima una così copiosa raccolta di dati personali che non avesse, infine, fornito le prove di comportamenti illeciti da parte del lavoratore?*

Nuovi bisogni sociali e nuove regole giuridiche

Privato sociale, cooperazione e articolazione dei bisogni

Silvia Bruzzone

Sommario: **1.** Lo sviluppo del Terzo settore secondo gli ultimi dati ISTAT e il suo ruolo politico e socio-economico. — **2.** Social firm e cooperazione sociale. — **3.** La legislazione italiana più recente volta a favorire le attività di inserimento lavorativo e di formazione svolte dalle cooperative di tipo b). — **4.** La nuova legge sul socio-lavoratore. — **5.** Il C.C.N.L. cooperative sociali 8.06.00.

1. Numerosi provvedimenti normativi hanno attribuito — nell'ultimo decennio — uno spazio crescente, oltre che aspettative e responsabilità significative, al c.d. Terzo settore nella regolamentazione del mercato del lavoro italiano. Recentemente sono state realizzate talune attesissime riforme, come l'emanazione della nuova disciplina sul collocamento obbligatorio e la realizzazione del sistema integrato di servizi sociali. Fra i temi di maggiore attualità va segnalato il dibattito e l'entrata in vigore della legge sulla figura del socio-lavoratore.

Il Piano di Azione Nazionale per l'occupazione (NAP Italia) del giugno 2001 ¹ evidenzia le azioni volte ad incrementare l'occupazione, sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo, e ricorda come, sul versante delle tutele e della promozione della coesione sociale, nell'ultimo anno, siano stati varati alcuni provvedimenti di rilievo: « Tra questi va sottolineata la legge di riforma dell'assistenza, attesa da moltissimi anni, la legge sui congedi parentali e di formazione, con i rinvii alla contrattazione, la prosecuzione della sperimentazione sul reddito minimo d'inserimento e altre misure di contrasto della povertà, il piano degli interventi per i disabili e quello per le pari opportunità » ². Nel documento risulta evidente sia la grande importanza attribuita all'ulteriore sviluppo del Terzo settore per la sua azione insostituibile nell'inclusione delle fasce deboli e per il ruolo che svolge nella creazione di posti di lavoro, sia le aspettative nei confronti del nuovo programma d'iniziativa comunitaria Equal e nell'avvio del Progetto fertilità ³, promosso dal Ministero

* *Silvia Bruzzone è collaboratrice alla Cattedra di diritto del lavoro nell'Università di Genova.*

¹ Per alcune note critiche cfr. M. Biagi, *I piani per l'occupazione 2001 in Italia e in Europa*, in *G. Lav.*, 2001 n. 24, 26 ss.

² In senso analogo *Il quadro italiano delle politiche contro la Povertà e l'esclusione sociale*, del giugno 2000.

³ Il Progetto fertilità (al via dopo la pubblicazione del relativo bando sulla G.U. n. 170, del 24 luglio 2001) ha l'intento di promuovere il coinvolgimento di soggetti che, avendo maturato una significativa esperienza e competenza in tema di imprenditorialità sociale, siano in grado di

del Lavoro d'intesa con gli organismi non-profit al fine di favorire lo sviluppo di reti di imprese sociali⁴ nelle realtà socio-economiche meno sviluppate.

Come è noto il termine Terzo settore⁵ (sinonimo di « privato sociale » o « economia sociale ») viene utilizzato per indicare quella parte di soggetti dell'area non-profit comprensivo di una pluralità di forme giuridiche (dalle associazioni riconosciute e non, alle fondazioni, ai comitati, agli enti morali e religiosi, alle organizzazioni di volontariato, alle organizzazioni non governative, alle associazioni di fatto, alle cooperative sociali) che si caratterizzano per lo scopo non lucrativo dell'attività⁶ e per i molteplici settori di intervento fra cui l'inserimento nel mercato del lavoro di individui svantaggiati e la fornitura di beni e dei servizi di interesse collettivo (ad esempio, i servizi sanitari, sociali e assistenziali; i servizi alla persona, alla famiglia e alla comunità come i servizi educativi, culturali, ricreativi, di recupero e di manutenzione ambientale e urbana; i servizi all'impiego e alla predisposizione dello sviluppo economico locale). Ad esso sono collegati i concetti di occupazione flessibile, di cittadinanza attiva, di welfare decentrato, di politiche di sviluppo locale, di crescita dell'esclusione e, non ultimo, di cooperazione sociale.

In alcuni Paesi stranieri, come gli USA, la Francia, la Germania e il Regno Unito⁷, il settore non-profit è molto più consolidato rispetto all'Italia, anche in termini di occupati, probabilmente perché all'estero si sono registrati prima certi bisogni legati, ad esempio, all'assistenza degli anziani e dei bambini: le caratteristiche e le dimensioni in ciascuno di essi si differenziano per contesto, legislazione, configurazione giuridica e forme organizzative⁸. A causa della

accompagnare e facilitare la promozione e lo *start up* di nuove iniziative di cooperazione sociale, attraverso l'offerta di servizi reali di formazione, assistenza progettazione e tutoraggio.

⁴ Sul tema specifico dello sviluppo delle reti di imprese sociali, il modello organizzativo ritenuto ottimale dalla maggior parte degli psicologi che studiano la materia prevede la piccola dimensione, territorializzata e connessa ad una rete di imprese con le stesse premesse strategico-organizzative; la massima flessibilità di ruolo dei lavoratori con capacità di *problem solving* in tempo reale; l'appiattimento delle gerarchie con forti decentramenti d'autonomie e responsabilità produttive; la focalizzazione del risultato.

⁵ Sull'inquadramento giuridico del Terzo settore vedi, De Carli, *L'identificazione giuridica del settore no profit in Italia e la possibilità di definire la categoria delle public benefit no profit*, in *Non profit*, 1997, 67 ss.

⁶ Il vincolo della non destinazione dei risultati monetari, con l'obbligo di reinvestire l'eventuale valore aggiunto all'interno dell'organizzazione, viene considerata la condizione necessaria e sufficiente per definire la natura delle organizzazioni non profit. Si vedano, fra i primi Autori che si sono occupati della materia, Weisbrod, *The Voluntary Non profit Sector*, Lexington Books, Massachusetts, 1977; Hansmann, *The role of non-profit enterprise*, in S.R. Ackerman, *The economics of non-profit Institutions*, Yale University Press, New Haven, 1980. In Italia, cfr. Ponzanelli, *Gli enti collettivi senza scopo d. lucro*, Torino, 1996.

⁷ Cfr. Iamiceli, *Prime riflessioni sul governo degli enti « non-profit » negli Stati Uniti*, in *RCDP*, 1999, 239 ss.; Archambault, *Le secteur sans but lucratif*, Edition Economica 1996.

⁸ Negli Stati Uniti il settore copre una quota pari a circa il 7% sul totale dell'occupazione, mentre in Francia, Germania e U.K. la percentuale si aggira al 4%. Per circa il 90% l'attività riguarda gli ambiti tradizionali dell'assistenza sociale, dell'istruzione, della sanità, benché si stia assistendo ad uno sviluppo significativo anche in spazi più competitivi (es. il turismo, l'artigianato e la ristorazione). Per approfondimenti Salamón-Anheierm, *Il settore emergente: il settore non profit in*

maggior articolazione dei bisogni, i quali si presentano in termini qualitativamente e quantitativamente diversi rispetto al passato per la crescente complessità economico-sociale e tecnologica, e in conseguenza della necessità di mantenere un buon livello di protezione sociale, il fenomeno ha assunto, anche nel nostro Paese, un peso tale da essere identificato come sistema diverso, ma non residuale, rispetto allo Stato e al Mercato. Quali fattori che ne incoraggiano lo sviluppo vengono generalmente annoverati il *contracting out* del sistema pubblico⁹ e le esternalizzazioni dell'attività di impresa¹⁰, oggi sempre più diffuse tanto per la necessità di ridurre i costi aziendali quanto per l'evoluzione tecnologica che favorisce lo sviluppo di tecniche di produzione *labour saving* e la riduzione delle lavorazioni complementari o ausiliari, anche nel campo logistico e dei servizi¹¹.

L'Unione Europea dibatte ampiamente la questione di come « coniugare l'economia con il sociale » partendo dalle multiformi realtà nazionali. Il grande potenziale del Terzo Settore e la necessità di un suo ulteriore sviluppo è ben presente, ormai da tempo, nelle istituzioni comunitarie: già nel 1989 la Commissione Europea creava un'unità relativa all'economia sociale all'interno della Direzione Generale XXIII « Politica delle imprese, commercio, turismo ed economia sociale », mentre il Consiglio adottava una decisione per il miglioramento del contesto di attività e la promozione dello sviluppo imprenditoriale e per la promozione delle imprese cooperative, associative e mutue.

Nel 1993, il *Libro bianco* di Delors su « Crescita, Competitività, Occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo »¹² ne chiariva l'effetto trainante in termini di creazione di posti di lavoro. Negli stessi anni veniva presentata una proposta di regolamento del Consiglio recante lo Statuto della Società Cooperativa Europea (SCE) che, malgrado sia rimasta — fino ad oggi — lettera morta, principalmente per il timore del governo tedesco di

una prospettiva comparata, *Una panoramica*, in *Quaderni occasionali*, n. 6, Università cattolica del Sacro Cuore-Istituto per la ricerca Sociale, Milano 1994; Soldati, *Le organizzazioni « non-profit »: alcune esperienze straniere a confronto*, in *DE*, 2000, 545.

⁹ Fraschini, *Il contracting out nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1993, I, 257.

¹⁰ Nel settore industriale è determinante la Legge 192/1998 sul contratto di subfornitura industriale.

¹¹ Così Bellomo, *Outsourcing e forme di decentramento produttivo*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, IPSOA, 2000, III ed., 911. Si veda anche Corazza, *Contractual integration impresa ed azienda*, in *DLRI*, 1999, 390. Il processo di *outsourcing* e le problematiche ad esso connesse sono stati descritti (Scarpelli, *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, 1999, 352) in questo modo: « l'impresa punta a ridurre il numero dei dipendenti stabili a un nucleo di lavoratori professionalizzati con i quali sono coltivati rapporti di fiducia e cooperazione; al di fuori di tale nucleo vi è una crescente quota di manodopera periferica, precaria o scarsamente professionalizzata nonché una ancora più rilevante fetta di manodopera esterna costituita in gran parte — accanto a una quota di professionisti qualificati — di persone prive di particolare qualificazione (servizi di pulizia, di trasporto, di ristoro), nonché la manodopera fluttuante, occasionale, dei numerosi subfornitori ».

¹² European Commission, « *Crescita, Competitività, Occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo. Libro Bianco* », in *Official Journal*, 1993, n. 6.

fornire alle imprese uno strumento per aggirare i rigidi criteri della *Mitbestimmung*, sembra avere ora buone possibilità di sviluppo dopo che al Vertice di Nizza, del dicembre 2000, è stato raggiunto un accordo politico sulla necessità di un epilogo positivo per facilitare lo sviluppo delle attività transnazionali delle cooperative, e dotarle di strumenti giuridici adeguati.

Inoltre, con il programma Equal, previsto nel quadro degli interventi strutturali dell'Unione europea per il periodo 2000-2006¹³, si intende diffondere una politica dell'occupazione che contrasti le discriminazioni e le disuguaglianze di qualunque natura subite da coloro che tentano di accedere al mercato del lavoro e da quelli che vi sono già integrati. Nel pilastro « Imprenditorialità » sono indicati, quali obiettivi, la creazione di imprese, l'individuazione di nuove possibilità di occupazione e il rafforzamento dell'economia sociale: più specificatamente, il nuovo programma dovrà creare partenariati internazionali, favorire la ricerca di nuovi strumenti per combattere tutte le forme di esclusione, discriminazione e disuguaglianza relative al mercato del lavoro e sostenere e promuovere accordi tra le imprese e gli attori locali per l'inserimento al lavoro di particolari categorie.

L'ISTAT ha fotografato l'Italia senza fini di lucro ed ha presentato, nell'agosto 2001, i risultati principali del 1° Censimento sulle istituzioni e le imprese non-profit¹⁴, attive al 31 dicembre 1999. Circa la metà delle 222.412 istituzioni è nata nel corso dell'ultimo decennio ed è localizzata nel Nord, con una distribuzione regionale peraltro disomogenea: la presenza più consistente è in Lombardia con oltre 31.000 unità, seguita da Veneto, Emilia-Romagna, Piemonte, Toscana e Lazio, sebbene il numero sia significativo anche in Sicilia (circa 17.000). Quanto alla forma giuridica ed ai principali settori di attività, le associazioni non riconosciute sono più frequenti nel Nord ed operano prevalentemente nell'ambito della cultura, dello sport e della ricreazione; nel Sud, invece, prevalgono le associazioni riconosciute e le cooperative sociali diffuse nell'ambito della sanità, dell'ambiente e dell'assistenza sociale.

I dati più interessanti riguardano le risorse umane: si contano 630 mila lavoratori retribuiti, di cui 532 mila dipendenti e 80 mila collaboratori coordinati e continuativi; oltre tre milioni sono volontari, 96 mila sono religiosi e 28 mila obiettori di coscienza. Mentre i lavoratori dipendenti ed i collaboratori coordinati e continuativi si rilevano più numerosi nelle cooperative sociali e nelle fondazioni che si occupano di istruzione e ricerca, di sviluppo economico e coesione sociale, di assistenza sociale; i volontari, invece, sono presenti soprattutto nelle associazioni (riconosciute e non) e nei comitati del settore

¹³ In esso sono confluite le iniziative Occupazione e Adapt previste dalla programmazione 1994-1999.

¹⁴ Il testo è disponibile sul sito dell'Istituto, in attesa che vengano pubblicati su cartaceo i dati definitivi e completi. Le unità censite sono quelle definite istituzioni non-profit dal Manuale dei conti economici nazionali (1993) ovvero « enti giuridici o sociali creati allo scopo di produrre beni e servizi il cui status non permette loro di essere fonte di reddito, profitto o altro guadagno finanziario per le unità che le costituiscono, controllano o finanziano ».

sanità, ambiente, cooperazione e solidarietà internazionale, cultura, sport e ricreazione.

Leggendo le « Note sulla rilevazione » allegate al Rapporto si ha, in ogni caso, la conferma delle difficoltà di effettuare una stima puntuale e realistica dei vari soggetti del privato sociale, a causa della loro operatività a livello locale, dell'eterogeneità delle prestazioni rese, del c.d. poliformismo giuridico-organizzativo¹⁵. Ciononostante, il censimento mostra chiaramente come, benché sia mancato un intervento normativo globale, le dimensioni raggiunte in termini di occupazione e di fatturato siano di tutto rispetto, con notevoli possibilità future¹⁶.

Alla luce di taluni recenti atti sembra vi sia un ulteriore sviluppo del suo ruolo nelle scelte socio-economiche italiane: sono significative sia la nomina di dieci rappresentanti del Terzo settore (indicati dall'Osservatorio del Volontariato e dall'Osservatorio delle Associazioni di promozione sociale) presso il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, sia la promulgazione della l. 328/00 sulla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, nel quadro della più ampia riforma dello Stato sociale intrapresa negli ultimi anni¹⁷.

Quest'ultima normativa si muove proprio nell'ottica di un maggiore intervento di tutela e protezione dei cittadini, promuovendo interventi per garantire la qualità della vita, le pari opportunità, la non discriminazione, ma soprattutto arricchisce il quadro giuridico utile allo sviluppo dell'economia sociale, poiché intende prevenire, eliminare o ridurre le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio (sia individuale, sia familiare), dovute all'inadeguatezza del reddito, alle condizioni di non autonomia e alle difficoltà sociali. Richiede, peraltro, l'avvio di cambiamenti importanti secondo direttrici precise, fra cui lo sviluppo del Welfare — in modo che le responsabilità fra Governo, Terzo Settore e utenti siano condivise — e il riconoscimento, da parte degli enti locali¹⁸, del ruolo del non-profit sia nella programmazione, nell'organizzazione e nella gestione del sistema stesso, sia nell'offerta dei servizi unitamente ai soggetti pubblici. Nel Piano di zona — da adottarsi attraverso accordo di programma tra comuni, ASL, ONLUS, cooperative sociali, enti di promozione sociale vengono individuati i bisogni prioritari delle persone; le strategie di prevenzione, le risorse a

¹⁵ Cfr. Bobba, *Introduzione alla ricerca IREF. Imprenditorialità sociale. Prospettive occupazionali e potenzialità di sviluppo dell'economia civile in Italia*, AESSE, Roma, VI, 1998.

¹⁶ Il quadro normativo e programmatico del nostro Paese per il triennio 1999/2001, ad esempio, mostra un aumento della domanda di servizi sociali dovuto sia alle trasformazioni economiche, sia alla rapida evoluzione del mercato tecnologico, oltre che all'immigrazione e all'invecchiamento della popolazione.

¹⁷ L'intento della legge è quello di evitare « sovrapposizioni di competenze e settorializzazione delle risposte » per ottimizzare le risposte integrando prestazioni di tipo economico con i servizi alla persona e alla comunità.

¹⁸ Da leggersi in coordinato disposto con il D.lgs. 112/98 che ha conferito i compiti amministrativi dello Stato agli enti locali. Cfr., più ampiamente, Perino, *Diritti, risorse e « livelli essenziali »*. *Il ruolo dei diversi soggetti, gli strumenti di programmazione e la « messa in rete » di interventi e servizi alla luce della legge 328/00*, in *Appunti sulle politiche sociali*, n. 3, 2001.

disposizione; i soggetti coinvolti; i risultati attesi; gli standard di efficacia; le forme di controllo; le modalità di verifica ed i criteri di valutazione degli interventi.

L'Atto di indirizzo e coordinamento *ex art. 5, l. 328/2000* ¹⁹, promulgato sempre a metà agosto, traccia le linee guida con le quali i Comuni dovranno effettuare la selezione dei soggetti del privato sociale (tenendo presente la formazione e la qualificazione degli operatori coinvolti, oltre che l'esperienza maturata) cui affidare l'erogazione di servizi o da cui acquistare servizi ed interventi organizzati, dopo aver valutato la loro conoscenza dei problemi sociali del territorio e delle risorse sociali della comunità, gli strumenti di qualificazione organizzativa del lavoro e il rispetto dei trattamenti economici previsti dalla contrattazione collettiva e dalle norme in materia di previdenza e assistenza. È previsto espressamente il divieto di procedere all'affidamento dei servizi con il metodo del massimo ribasso (art. 4, comma 3). Alle Regioni viene, invece, attribuito il compito di predisporre azioni di promozione, sostegno e qualificazione dei soggetti del Terzo settore attraverso politiche formative, fiscali ed interventi per l'accesso agevolato al credito e ai fondi europei. Inoltre, le stesse dovranno adottare specifici indirizzi: per promuovere il miglioramento della qualità dei servizi e degli interventi anche attraverso la definizione di specifici requisiti di qualità; per favorire la pluralità di offerte dei servizi e delle prestazioni; per favorire forme di coprogettazione, promosse dalle amministrazioni pubbliche interessate, che coinvolgano attivamente i soggetti del Terzo settore per l'individuazione di progetti sperimentali ed innovativi al fine di affrontare specifiche problematiche sociali; per definire adeguati processi di consultazione con i soggetti del non-profit e con i loro organismi rappresentativi riconosciuti come parte sociale.

La legislazione statale e regionale italiana sul privato sociale è cresciuta in modo esponenziale nell'ultimo decennio: l'attuale *corpus* giuridico è composto da migliaia di provvedimenti normativi che formano una realtà giuridica articolata e stratificata, spesso di difficile interpretazione ed armonizzazione, al punto che la dottrina ²⁰ ha auspicato l'emanazione di un Testo Unico, quale valido strumento operativo per una più agevole conoscenza dell'intera materia ²¹. La sopracitata legge-quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, approvata lo scorso anno, è stata giudicata solo il primo passo. Fra gli altri provvedimenti degni di nota vi è il decreto che, sempre a metà agosto, ha istituito l'organismo di controllo (Authority) ²² con poteri di vigilanza, promozione e sviluppo.

Il Forum del Terzo Settore ha richiesto al nuovo Governo l'avvio di una nuova stagione di politiche di sostegno che vari una normativa di incentivazione per

¹⁹ Pubblicato sulla G.U. 14 agosto 2001, n. 188.

²⁰ Crisci, *La nuova normativa del socio lavoratore di cooperativa: profili teorici e soluzioni operative*, in *LG*, 2001, n. 6, 517.

²¹ Il relativo impegno è stato inserito nel Documento di programmazione economico-finanziaria per gli anni 2002-2006.

²² Vedi il D.P.C.M. 30.03.2001, n. 329, in G.U. 17 agosto 2001, n. 189.

l'imprenditoria sociale e provvedimenti di politica attiva per il settore dei servizi alla persona: in particolare, l'impegno nelle sedi comunitarie per favorire una legislazione europea specifica e l'elaborazione di un disegno di legge orientato ad una riforma complessiva e coerente degli articoli del libro I e V del codice civile in modo che sia fornita una disciplina generale, neutra e adattabile ad ogni organizzazione non-profit, destinata anche a quegli enti attualmente disciplinati da leggi speciali ²³.

2. Con il termine *social firm* si indica, in ambito sovranazionale, un insieme di esperienze caratterizzate dal tentativo di coniugare la produzione di beni e servizi di interesse collettivo con forme giuridiche e gestionali di tipo privatistico caratterizzate, tuttavia, da statuti e forme organizzative che sottolineano la finalità sociale dell'iniziativa ²⁴; in altre parole, viene definita anche come un'istituzione che si avvale della propria produzione — orientata al mercato di beni e servizi — al fine di perseguire la propria missione sociale ²⁵. In ogni caso, a livello comparativo, quelle europee si differenziano rispetto alle statunitensi: mentre le prime sono impegnate nella produzione di servizi per le persone svantaggiate o nella fornitura di particolari servizi sociali, le seconde non si caratterizzano per la particolarità della loro attività o per i beneficiari, ma essenzialmente per la non distribuzione degli utili.

In Italia è la cooperativa sociale che ha, per sua natura, le caratteristiche di coniugare la forma giuridica di impresa (con un approccio ai problemi relativi alla produzione, organizzazione e gestione orientata secondo criteri di efficienza) e una struttura atta a favorire il perseguimento di finalità di interesse generale, quali l'integrazione nel mercato del lavoro delle persone a rischio di esclusione sociale e la creazione di nuova occupazione nei servizi socio-educativi ²⁶. Considerate formazioni sociali intermedie ²⁷, poiché i benefici derivanti dalle attività svolte sono rivolti a vantaggio dell'intero gruppo sociale e non finalizzati ai soli bisogni dei soci (c.d. « mutualità allargata » ²⁸), hanno

²³ Santuari, *L'impresa sociale: un concetto giuridico? (Sulla riforma del codice civile in materia di enti non-profit)*, in *Dir. Famiglia*, 2000, 895.

²⁴ Borzaga-Maiello, *Servizi sociali e nuova occupazione: l'esperienza delle nuove forme di imprenditorialità sociale in Europa*, in www.arci.it/terzo-settore.

²⁵ La *mission* è la stessa ragion d'essere dell'organizzazione ed è strettamente collegata alle due diverse strategie di riduzione dei prezzi e di diversificazione dei prodotti. Tale definizione di *social firm* è quella proposta dalla Confederation of European social firms, Employment institutes and social Co-operatives (CEFEC).

²⁶ Per la non perfetta coincidenza fra i due termini fra impresa sociale e cooperativa sociale ved. Borzaga, *Cooperazione e politiche attive del lavoro. Il diritto al lavoro per le persone svantaggiate.*, Franco Angeli, 1998, 27-28.

²⁷ Rescigno, *Le formazioni sociali intermedie*, in *RDC*, 1998, I, 301.

²⁸ La definizione di cooperative sociali contenuta dall'art. 1, L. 381/91 — secondo cui hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini — contiene un allargamento del tradizionale concetto di mutualità evidenziando la solidarietà di gruppo. Si parla anche di Terzo settore solidaristico in alternativa al non profit delle attività mutualistiche che include, invece, le organizzazioni produttrici di beni e servizi a beneficio esclusivo dei loro membri.

ottenuto il riconoscimento giuridico con la l. 381/1991²⁹. Nonostante talune critiche da parte della dottrina, che l'ha giudicata « un corpo normativo non del tutto omogeneo, frutto dell'assemblaggio di disposizioni normative di diversa portata e natura »³⁰, ha avuto una progressiva attuazione da parte delle varie regioni, in tre principali aree di intervento: l'istituzione e la regolamentazione di un albo regionale con la fissazione dei relativi requisiti ed adempimenti richiesti per l'iscrizione; l'adozione di schemi di convenzioni-tipo per i rapporti tra la cooperazione sociale e gli enti pubblici per la definizione dei requisiti di professionalità degli operatori³¹; le misure di promozione, sostegno e sviluppo quali la concessione di contributi finalizzati a sostenere le spese relative all'adattamento del posto di lavoro alle esigenze delle persone con disabilità³², l'elargizione di contributi per l'acquisto e/o adeguamento dei beni strumentali³³, l'impegno a programmare interventi per favorire attività formative³⁴.

Le cooperative sociali si sono sviluppate, inizialmente, laddove era necessario fornire servizi che richiedevano complessità organizzative e professionali. Oggi, rappresentano un segmento significativo della produzione dei servizi, tuttora in crescita anche dal punto di vista occupazionale. Secondo gli ultimi dati ISTAT, alla fine del 1999, il loro numero era pari a 4651³⁵: pur essendo presenti in tutte le regioni hanno maggiore concentrazione nelle zone in cui è più forte la vocazione e la tradizione cooperativa (Lombardia, Veneto, Emilia Romagna) ed è una forma adottata sempre più frequentemente, peraltro, anche in regioni come la Calabria, la Sicilia e la Sardegna.

Rispetto all'ampliamento degli ambiti di attività³⁶, le cooperative di tipo a) — le quali hanno per oggetto la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi — si occupano di centri diurni di aggregazione per ragazzi e per anziani, centri rieducativi per malati psichici, case alloggio, case famiglia, centri di accoglienza notturna, centri di ascolto, ludoteche, trasporto di persone disabili, strutture di

²⁹ Cfr. D'Amaro, *Le cooperative di solidarietà sociale*, in Montagnani (a cura di), *Le società cooperative*, Cassino, 1999; Venditti, *Causa e scopo delle cooperative sociali*, in *DG*, 1994, 20 ss.; Buonocore, *Società cooperativa, I, Cooperative speciali*, in Enc. Treccani, vol. XXIX, Roma, 1993, 7 ss.; Dabormida, *Un nuovo tipo di impresa mutualistica: la cooperativa sociale*, in *LS*, 1992, 9 ss.

³⁰ Buonocore, *Un nuovo tipo di cooperativa? A proposito della nuova legge sulle cooperative sociali*, in *RDImp*, 1992, 251.

³¹ Ved. l.r. Valle d'Aosta n. 20/93; l.r. Piemonte n. 18/94; l.r. Liguria n. 23/93, l.r. Lombardia n. 16/93; l.r. Veneto n. 24/94; l.r. Emilia Romagna n. 7/94; l.r. Toscana n. 13/94; l.r. Umbria n. 12/93; l.r. Puglia n. 21/93; l.r. Basilicata n. 39/93.

³² L.r. Lazio n. 24/96.

³³ L.r. Abruzzo n. 85/94 e la l.r. Sardegna n. 16/97.

³⁴ L.r. Calabria n. 5/00.

³⁵ Si veda il già citato 1° Censimento delle istituzioni e imprese non profit dell'ISTAT.

³⁶ Circa la possibilità per le cooperative sociali di svolgere entrambe le attività indicate nell'art. 1, L. 381/1991, cfr. Circ. Min. Lav. Dir., n. 153 datato 8.10.1996, la quale propende per l'ammissibilità purché si tratti di attività tali da postulare una gestione coordinata per l'efficace raggiungimento delle finalità statutarie, e che il collegamento funzionale sia chiaramente esplicitato nello statuto. Si richiede che le attività vengano nettamente separate, sul piano gestionale, per garantire una corretta applicazione delle agevolazioni.

assistenza domiciliare, ma anche servizi nuovi, quali gli asili nido e i servizi di sostegno scolastico. Quelle di tipo b) — impegnate nel settore commerciale, agricolo, industriale, artigianale — sono finalizzate all'inserimento di persone svantaggiate³⁷ (*infra*).

I problemi che si rinvergono più frequentemente sono stati ripetuti sovente: i maggiori costi economici imputabili alla improduttività dello svantaggio dei lavoratori, la difficoltà di reperire manager con capacità gestionali, le risorse finanziarie necessarie ad assicurare la continuità della gestione, il modo di ampliare ulteriormente la sfera dei committenti del settore privato e quello di migliorare la qualità dei servizi offerti. Per alcuni di questi aspetti sono state individuate delle soluzioni. Per la pratica delle gare d'appalto al massimo ribasso, ad esempio, visti i risultati negativi che, in passato, si sono verificati riguardo alla qualità dei servizi e alla soddisfazione dei lavoratori delle c.d. « pseudocooperative sociali », è intervenuta la l. 7 novembre 2000, n. 327, che introducendo una nuova regolamentazione del sistema di gare ha specificato: « Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione, nei casi previsti dalla normativa vigente, dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizio e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro come determinato periodicamente, in apposite tabelle dal Ministro del Lavoro e della Previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione ». Per reperire le risorse indispensabili ad incrementare la base privata di finanziamento³⁸ e consentire la realizzazione dei progetti vi sono, invece, le esperienze della Banca etica e dei Consorzi di Credito che si basano su consolidati modelli di finanza etica a livello europeo (ad esempio, l'Associazione internazionale di investitori nell'economia sociale che opera, in Europa, dal 1989).

Non tutti i Paesi hanno un preciso riferimento legislativo in materia di *social firm*. L'assenza di un quadro normativo specifico a livello comunitario che permetta di riconoscerle in modo chiaro rende più difficile l'adozione di specifiche politiche di sviluppo e sostegno in un ambito, peraltro, in cui spesso scarseggiano le risorse economiche necessarie per garantire standard elevati di qualità dei prodotti e dei servizi offerti. Per tali ragioni è stato ribadito quanto

³⁷ Componente necessaria delle cooperative di tipo b), devono costituire almeno il 30% dei lavoratori e, compatibilmente con il loro stato soggettivo, essere soci. Con Circ. Min. Lav. n. 296 del 29 dicembre 1992 si precisa che la percentuale dei soggetti svantaggiati, impiegati a vario titolo nella cooperativa, deve calcolarsi in relazione al numero complessivo dei lavoratori, siano essi soci o dipendenti della cooperativa, esclusi i soci volontari.

³⁸ Nel 1° censimento delle istituzioni e imprese non profit l'ISTAT conferma, per le cooperative sociali, una prevalenza di entrate provenienti da finanziamenti pubblici.

sia essenziale l'attuazione delle politiche elaborate per le piccole e medie aziende da parte della Commissione Europea³⁹.

Vi sono esperienze nelle singole realtà nazionali, che con formule diverse, perseguono obiettivi ed operano con modalità simili alle cooperative italiane. Talvolta, peraltro, non riescono a coniugare perfettamente le due esigenze di supporto e di non-discriminazione: il tipico caso è quello dei Centri di Aiuto per il lavoro francesi (GCAT), ovvero organizzazioni socio-sanitarie nelle quali le persone con disabilità prestano un'attività lavorativa in una « situazione protetta » oppure trascorrono un periodo limitato al fine di verificare la loro idoneità psico-fisica alla mansione e le loro capacità professionali prima dell'inserimento nell'azienda giudicata più adatta. In Francia vi sono anche le c.d. Associazioni Intermediarie (AI) che, senza scopo di lucro, svolgono attività di pubblica utilità con l'obiettivo di assumere disoccupati aventi difficoltà di integrazione sociale.

In Belgio, la l. 13 aprile 1995 distingue le società commerciali dalle aziende a scopo sociale, le quali si caratterizzano per lo scopo non lucrativo e per lo statuto, nel quale deve essere espresso chiaramente il fine. Come società a finalità sociale hanno accesso ad una serie di aiuti economici e fiscali, ma sono obbligate a redigere, annualmente, un rapporto che ne illustri l'attività e i risultati raggiunti: talune operano nel campo dei servizi alle persone, altre offrono (peraltro in una situazione di c.d. laboratorio protetto) l'inserimento lavorativo alle persone con disabilità, altre ancora sono strutture che accolgono giovani con problemi di integrazione e forniscono loro la formazione attraverso situazioni lavorative.

In Gran Bretagna, oltre alle organizzazioni di volontariato (attive e numerose nei settori assistenziale, educativo-formativo, ambientale) e alle imprese di comunità⁴⁰, vi sono cooperative impegnate nell'assistenza sociale e nell'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati i quali, però, per evitare la perdita dei sussidi statali sono spesso costretti ad accettare basse retribuzioni. Per i disoccupati sono diffuse le Cooperative Development Agencies (CDA) che forniscono l'assistenza necessaria per la creazione di nuove realtà imprenditoriali.

In Germania le imprese sociali hanno assunto diverse forme organizzative, anche cooperative, diffuse nel campo della sanità, dei servizi sociali e dell'educazione. I lavoratori svantaggiati ricevono all'interno dell'INTEG un supporto psicologico e tecnico. Per lo più le varie organizzazioni sono di proprietà privata, spesso appartengono agli stessi lavoratori, e solo in rari casi è prevista una minima partecipazione pubblica. I finanziamenti, invece, derivano nella stragrande maggioranza da parte delle pubbliche amministrazioni, ad esempio

³⁹ Ved. Relazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, « *Costruire un'Europa imprenditoriale. Le attività dell'Unione a favore delle piccole e medie imprese (PMI)* », COM (2001) 98.

⁴⁰ Sono strumenti particolari che implicano il coinvolgimento delle comunità locali nella fornitura di servizi (es. trasporti). Ogni membro ha una partecipazione azionaria nell'impresa in modo da essere, al contempo, proprietario e fruitore del servizio offerto.

nella forma della fiscalizzazione degli oneri sociali e dell'erogazione dei contributi in caso di assunzione.

In Portogallo, il Codice della cooperazione, approvato nel 1996, ha previsto la creazione delle cooperative di solidarietà sociale, che sempre più stanno diversificando le loro attività ed aumentando di numero.

Vi sono però taluni aspetti di criticità comuni ai diversi ordinamenti sopraindicati: fra gli altri, le difficoltà ad operare investimenti nelle nuove tecnologie e in professionalità altamente qualificate; il problema di garantire giusti livelli di trattamento economico ai lavoratori; e, non ultimo, le piccole dimensioni delle imprese stesse che rendono arduo migliorare la competitività dei prodotti e dei servizi offerti.

3. Le cooperative di tipo *b*), in particolare, sono finalizzate all'inserimento lavorativo dei soggetti svantaggiati elencati specificatamente all'art. 4, l. 381/1991 (così come modificato dalla l. 193/2000 ed integrabile in via amministrativa): si tratta degli invalidi fisici, psichici e sensoriali, degli ex degenti di istituti psichiatrici, dei soggetti in trattamento psichiatrico, dei tossicodipendenti, degli alcolisti, dei minori in età lavorativa in situazione di difficoltà familiare, dei condannati ammessi a misure alternative alla detenzione *ex artt.* 47, 47-*bis*, 47-*ter*, l. 354/75. Inoltre, in seguito all'emanazione di talune norme di legge⁴¹ e allo sviluppo della programmazione regionale che prevede specifiche iniziative, le stesse hanno ampliato l'offerta di servizi di orientamento e di formazione *on the job*, fornendo i servizi necessari ad avvicinare la domanda e l'offerta di lavoro.

Piani e normative particolari evidenziano gli obiettivi futuri per le singole categorie sopracitate.

Il Piano sociale approvato nel mese di aprile 2001, in applicazione della legge sull'assistenza, si articola su talune direttive fondamentali tra cui la prevenzione, riduzione, eliminazione delle condizioni di disabilità e prevede, come prioritari, gli interventi per la piena integrazione. In senso analogo il Programma di Azione per le politiche di superamento dell'handicap 2000-2003, il quale si muove secondo talune specifiche linee: la sensibilizzazione delle imprese sulle opportunità offerte dalla nuova l. 68/99, lo sviluppo dell'uso di nuove tecnologie e di strumenti informatici per estendere e favorire la possibilità di formazione e di inserimento lavorativo, la diffusione del lavoro autonomo. In quest'ultimo documento vengono indicati taluni dati significativi: al 30 giugno 1998 gli occupati erano circa 210 mila unità, di cui 191.953 inseriti in aziende pubbliche e private (in base alla allora vigente l. 482/1968) e circa 15 mila occupati in un totale di 3000 cooperative sociali. Il tasso di disoccupazione risultava essere pari al 55%, ma raggiungeva il 70% nelle regioni meridionali⁴². Il chiaro intento della recente riforma del collocamento obbligatorio è la

⁴¹ Si vedano, in particolare, l'art. 18, comma 1, lett. A), l. 196/97 e l'art. 12, l. 68/99.

⁴² Ved. Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per gli Affari Sociali, *Programma di azione del governo per le politiche dell'handicap 2000-2003*. La percentuale di occupazione sembra

realizzazione di una più stretta collaborazione fra settore pubblico e privato sociale: la nuova normativa rappresenta il riconoscimento politico del ruolo svolto dal Terzo settore, ed in particolare delle cooperative sociali, nei servizi di sostegno per le persone con disabilità. Ad esse spetta un'azione qualificata, in quanto interlocutori privilegiati cui affidare la progettazione del percorso di inserimento lavorativo (dalla fase di selezione, a quella dell'addestramento professionale e formazione, al tutoraggio durante lo svolgimento dell'attività lavorativa in azienda) e la stipula delle convenzioni a schema trilaterale (*ex art. 12, l. 68/99*), finalizzate all'inserimento temporaneo presso le cooperative sociali stesse o presso disabili liberi professionisti. Tramite accordo il datore di lavoro, dopo aver assunto a tempo pieno ed indeterminato la persona con disabilità, la impiega presso la cooperativa o il professionista (iscritti da almeno un anno nei rispettivi Albi) per un periodo massimo di un anno, prorogabile per altri 12 mesi. A differenza di quanto statuito all'art. 4, l. 381/91, relativamente all'azzeramento degli oneri previdenziali ed assistenziali per le persone svantaggiate, nel caso della convenzione in oggetto la retribuzione e gli oneri previdenziali ed assistenziali esistono e sono a carico della cooperativa o del professionista⁴³ ai quali l'impresa deve affidare commesse (quest'ultime non possono essere di importo inferiore a quello che consente di onorare la parte economica e normativa del C.C.N.L. Cooperative sociali). Ulteriore condizione richiesta al datore è l'intera copertura dell'aliquota d'obbligo *ex l. 68/99*, ma ciò che rileva è soprattutto il contenuto della convenzione (la quale dovrà disciplinare le modalità della prestazione, il percorso formativo personalizzato, l'eventuale utilizzazione del lavoratore in attività differenti ed individuare la contrattazione applicabile) e il fine di facilitare l'entrata nel mondo del lavoro con un approccio graduale e dopo aver acquisito — attraverso la formazione — una professionalità « spendibile »⁴⁴).

Lo strumento principale per costruire e rafforzare le politiche per i minori è rappresentato, invece, dal Piano di intervento per l'infanzia e l'adolescenza il quale evidenzia l'importanza di individuare ed attuare percorsi sperimentali di formazione e di inserimento lavorativo soprattutto per i giovani con rischio di devianza, mentre per i tossicodipendenti (oltre ai provvedimenti più inerenti a problemi e bisogni di tipo sanitario, ad esempio, stanziamenti tramite un Fondo nazionale per la droga, gestito direttamente a livello regionale, con finalità di prevenzione, cura, recupero sociale) sono definiti trattamenti che mirano a far recuperare un accettabile livello di integrazione sociale, con particolare riferimento al reinserimento lavorativo: l'obiettivo prioritario è, anche in questo caso, l'introduzione di modelli organizzativi finalizzati all'aumento dei livelli di

peraltro analoga al tasso medio europeo pari al 44% indicato dal « *Programma per l'occupazione per il 2000: problemi e politiche* » disponibile sul sito della Commissione Europea.

⁴³ Cfr. Massi, *Riforma del collocamento obbligatorio*, in *DPL*, n. 17, inserto, 1999. L'A. propende per l'esistenza di una responsabilità solidale del datore di lavoro.

⁴⁴ Più diffusamente sulla riforma, sul concetto di collocamento mirato e sull'importanza della formazione cfr. Massi, *Il lavoro dei disabili (dopo il regolamento di esecuzione e il decreto sugli esoneri parziali)*, in *DPL*, inserto 2001.

integrazione tra le diverse strutture pubbliche coinvolte e le realtà del non-profit.

I detenuti erano considerati, nel testo originario dell'art. 4, l. 381/1991 beneficiari solo nel periodo di accesso alle misure alternative. Oggi, invece, a seguito delle modifiche introdotte dalla già citata l. 193/00, lo stato di svantaggio permane dall'entrata in carcere fino a 6 mesi dopo la fine della pena, indipendentemente dal percorso, ovvero dal fatto che sia in attesa di giudizio o sia ammesso a forme di pena alternativa. La stessa normativa ha, inoltre, esteso il sistema degli sgravi contributivi e fiscali, già previsto per le cooperative sociali, alle aziende (pubbliche e private) che organizzano attività produttive o di servizi all'interno degli istituti penitenziari, impiegando persone detenute o internate; inoltre, prevede — per le imprese che assumono lavoratori detenuti per un periodo non inferiore ai 30 giorni o che svolgono effettivamente attività formative — degli sgravi fiscali. La tutela accordata per l'aspetto lavorativo dalla l. 354/1975⁴⁵ è stata recentemente modificata dall'adozione del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230⁴⁶, nel quale sono previste disposizioni relative al lavoro all'esterno, quello in semilibertà, ma anche i criteri per l'assegnazione al lavoro all'interno degli istituti, la possibilità di svolgere attività artigianale, intellettuale o artistica, il lavoro a domicilio (artt. 48 e ss.).

Le due diverse tipologie di cooperative previste dalla l. 381/1991 perseguono, dal punto di vista dell'occupazione, obiettivi diversi: per quelle di tipo *a*) la creazione di posti di lavoro è solo una conseguenza dell'attività svolta, mentre per quelle di tipo *b*) l'occupazione rappresenta l'obiettivo principale dell'attività. Sebbene entrambe operino sul mercato in regime di concorrenza, perseguendo sia le finalità altruistiche indicate nell'art. 1, l. 381/91, sia l'interesse patrimoniale dei soci ordinari (svantaggiati e non) e dei soci volontari⁴⁷, parte della dottrina⁴⁸ ha evidenziato quanto sia necessaria, oltre ad un controllo di risultato, una politica di sostegno e di promozione differenziata, in base al perseguimento o meno dello scopo di lucro da parte dell'ente a causa dei pericoli di distorsione della concorrenza: sono, in altre parole, ritenute opinabili quelle nei confronti delle cooperative socio-sanitarie e viene, invece, giustificata l'esenzione contributiva per l'assicurazione obbligatoria previdenziale ed assistenziale dei lavoratori delle coop. di tipo *b*). Per altri Autori⁴⁹, diversamente, gli stessi benefici previdenziali riconosciuti a quest'ultime

⁴⁵ Di Gennaro, Bonomo, Breda, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Padova, 1976.

⁴⁶ In G.U. n. 195, del 22 agosto 2000.

⁴⁷ Travaglini, *L'evoluzione della presenza del volontariato nelle cooperative sociali*, in *Impresa sociale*, n. 20, 1655, 1996. L'A. analizza criticamente il fatto che i soci volontari non siano esclusi dalla ripartizione degli utili, in virtù del richiamo fatto dall'art. 3, l. 381/91 all'art. 26, D.Lgs. 1577/47.

⁴⁸ Schlesinger, *Categorie dogmatiche e normative in tema di « non-profit organizations »*, in Ponzanelli (a cura di), *Gli enti « non profit » in Italia*, Padova, 1994, 381; Dondi, *Sul lavoro nelle cooperative sociali*, in *RIDL*, I, 1999, 552.

⁴⁹ Così Gragnoli, *Organizzazione senza scopo di lucro e mercato del lavoro*, in www.unicz.it.

sono criticabili perché assegnati indistintamente ad ampi gruppi e perché non sempre il ricorso a tale schema societario comporta reali fini solidaristici. Sempre sul tema delle misure promozionali, nell'ambito della legislazione regionale⁵⁰), appaiono di rilievo le disposizioni che prevedono incentivi per l'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate le quali cessino di essere soci lavoratori di una cooperativa sociale (anche per il venire meno della condizione di svantaggio) grazie all'applicazione delle leggi in materia di collocamento obbligatorio e a forme di accompagnamento quali borse di lavoro e tirocini formativi. In taluni casi particolarmente gravi sono previsti contributi a favore delle imprese che effettuano assunzioni con contratto a tempo indeterminato o con contratto di formazione e lavoro: si tratta di contributi parziali per le spese di adeguamento del posto di lavoro con idonee attrezzature e di contributi sul costo delle retribuzioni. In ambito nazionale, con l'art. 51, l. 448/1998, recante «Provvedimenti a favore delle cooperative sociali», per favorire la creazione di nuova imprenditorialità sociale e il consolidamento delle imprese già esistenti, sono stati, ad esempio, estesi alle cooperative di tipo b) i benefici previsti dalla legge sull'imprenditorialità giovanile (ex l. 95/95)⁵¹. Per concludere sul punto non si possono dimenticare i nuovi provvedimenti che hanno ampliato gli strumenti a disposizione della cooperazione sociale per offrire opportunità occupazionali a categorie non previste dall'art. 4, l. 381/91, quali i disoccupati di lungo periodo. Le cooperative sociali e i loro consorzi sono, infatti, fra gli enti autorizzati ad impegnare i lavoratori socialmente utili anche per progetti (di cui sono proponenti e gestori in proprio o di cui è titolare la P.A.) diversi da quelli originariamente predisposti⁵². Si tratta di progetti orientati all'inserimento nella cooperativa stessa o nel consorzio, all'orientamento e accompagnamento al mercato del lavoro, alla creazione di nuove imprese. Il D.lgs. 81/2000, con cui è stata effettuata la modifica della disciplina contenuta nella l. 468/1997 al fine di esaurire il loro impiego, prevede fra gli aspetti più rilevanti l'introduzione di incentivi alle iniziative volte alla creazione di posti di lavoro definitivi così come era stato auspicato da taluni Autori⁵³. L'art. 7 indica i contributi economici per i datori di lavoro privati, gli enti pubblici economici, le cooperative e i loro consorzi, che assumono soggetti impegnati in progetti di LSU: in caso di assunzione a tempo pieno ed indeterminato la somma è pari a 18 milioni per ciascun lavoratore mentre è ridotta per le assunzioni a tempo indeterminato parziale inferiore a 30 ore settimanali medie; altri incentivi sono riconosciuti nel caso di assunzione a tempo determinato o di passaggio (anche nell'ambito del lavoro temporaneo) da tempo

⁵⁰ Si veda, ad esempio, la l.r. Calabria n. 5/00, sebbene non risultino essere stati ancora emanati i relativi regolamenti di attuazione.

⁵¹ Analogamente il D.lgs. 185/00 ha previsto misure di sostegno per quelle cooperative tipo b) che siano composte da soggetti con età compresa fra i 18 e 35, o tra i 18 e 29 anni, in aree economicamente svantaggiate e comprese negli obiettivi comunitari.

⁵² È condizione necessaria quella di aver avuto in corso, alla data del 31.12.99, delle attività con oneri a carico del Fondo per l'occupazione.

⁵³ Dondi, *Sul lavoro nelle cooperative sociali*, in *RIDL*, 1999, I, 552.

determinato a tempo indeterminato. Lo stesso articolo dispone che, per eventuali esigenze formative, funzionali all'inserimento in attività lavorative dei LSU, possa continuare ad essere corrisposto — per un periodo non superiore a 6 mesi — l'assegno di utilizzo per prestazioni in attività socialmente utili, in due diversi casi: assunzioni con rapporto di lavoro a tempo indeterminato da parte di datori che abbiano stipulato apposite conclusioni con l'ente utilizzatore e stages formativi seguiti da assunzione con rapporto a tempo indeterminato.

4. Il Terzo Settore presenta dinamiche organizzative peculiari: si caratterizza per un mix di risorse umane più complesso e flessibile di quello che si può osservare in imprese di analoghe dimensioni. Nell'ambito delle cooperative sociali, si registra, quale aspetto caratteristico, l'esistenza di lavoro retribuito e lavoro volontario: i soci ordinari, i quali lavorano nelle cooperative sociali al solo fine di distribuirsi gli utili; i soci-svantaggiati, che concorrono all'attività per immettersi nel mercato del lavoro ed i soci volontari. La presenza di questi ultimi, a differenza di quanto avviene nelle organizzazioni di volontariato, è peraltro solo eventuale, essendo limitata nel massimo ad una quota pari al 50% dei soci ordinari. In dottrina⁵⁴ la loro attività è qualificata come adempimento del contratto associativo cui non è possibile applicare la contrattazione collettiva e le norme in materia di lavoro subordinato o autonomo: si tratta di un vero e proprio apporto lavorativo gratuito, il quale indubbiamente avvantaggia dal punto di vista concorrenziale le cooperative quali imprese che operano sul mercato.

Con la l. 3 aprile 2001, n. 142⁵⁵ è stata attuata l'attesa « Revisione della legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore » (artt. da 1 a 6), sebbene essa fissi anche i principi base per la riforma della vigilanza (art. 7). Il testo promulgato è parzialmente diverso rispetto al disegno di legge presentato, nel 1998, dalla Commissione Zamagni⁵⁶ e, per alcuni aspetti, dovrà essere chiarito dagli interventi ministeriali.

La nuova normativa ha assunto un'esplicazione adeguata a contenere l'estrema variabilità del fenomeno: essa riguarda tutte le cooperative nelle quali il rapporto mutualistico abbia ad oggetto la prestazione di attività lavorative da parte del socio e l'organizzazione del lavoro sia regolamentata.

Con l'intento di stimolare o ottenere (vista la realtà delle cose) un maggiore coinvolgimento dei soci nell'attività della cooperativa prevede che essi debbano: concorrere alla gestione dell'impresa, partecipando alla formazione degli

⁵⁴ Dondi, *op. cit.*; Bano, *Tra solidarietà e concorrenza: il ruolo delle cooperative sociali nella recente legislazione*, in *LD*, 2000, n. 3, 409. Quest'ultimo non concorda con il primo Autore citato il quale ritiene che la distinzione fra il socio-volontario di cooperative, (assicurato contro gli infortuni e le malattie professionali ex D.P.R. n. 11124 del 1965), e il volontario ex l. 266/91 (per il quale opera un'assicurazione privata) sia lesiva del principio costituzionale di eguaglianza.

⁵⁵ In G.U. 23 aprile 2001, n. 94.

⁵⁶ Allamprese, *Brevi osservazioni sul ddl in materia di rapporti di collaborazione non occasionale*, in *LG*, 2001, 18.

organi sociali e alla definizione della struttura di direzione e conduzione dell'impresa; partecipare alla elaborazione di programmi di sviluppo e alle decisioni concernenti le scelte strategiche, nonché alla realizzazione dei processi produttivi dell'azienda; contribuire alla formazione del capitale sociale e partecipare al rischio d'impresa, ai risultati economici ed alle decisioni sulla loro destinazione; mettere a disposizione le capacità professionali anche in relazione al tipo e allo stato dell'attività svolta, nonché alla quantità delle prestazioni di lavoro disponibili per la cooperativa stessa.

La novità più rilevante riguarda, tuttavia, i rapporti tra soci e cooperativa. L'art. 1, comma 3, chiarisce: « il socio lavoratore di cooperativa stabilisce con la propria adesione o successivamente all'instaurazione del rapporto associativo un ulteriore e distinto rapporto di lavoro, in forma subordinata⁵⁷ o autonoma o in qualsiasi altra forma, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata non occasionale, con cui contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali ». La disciplina è, quindi, ispirata al principio di libertà delle parti. Tale grande flessibilità di prestazioni lavorative consentirà di adottare le diverse discipline in rapporto alle diverse esigenze e caratteristiche organizzative: mentre nelle cooperative di grandi dimensioni il lavoro si svolge, per lo più, secondo le modalità del lavoro subordinato, in quelle di piccole dimensioni il rapporto di lavoro ha spesso le caratteristiche del lavoro autonomo. Non sono ovviamente mancate voci di dissenso che hanno evidenziato il contrasto esistente fra l'autogestione individuale tipica delle collaborazioni coordinate e continuative e l'autogestione collettiva che caratterizza le cooperative, oltre ai problemi di possibile concorrenza sleale che potrebbe determinarsi nei confronti delle imprese con una maggioranza di lavoratori subordinati e, quindi, con un costo del lavoro più elevato⁵⁸. Presumibilmente si abbasserà notevolmente il costo del lavoro perché la maggior parte delle cooperative privilegeranno il lavoro autonomo e le collaborazioni coordinate, anche per i lavoratori già soci.

Il comma sopraccitato risolve la diatriba giurisprudenziale che vedeva prevalere l'orientamento della Corte di Cassazione, avvallato anche da due pronunce delle Sezioni Unite⁵⁹, secondo cui l'attività prestata dal socio di cooperativa

⁵⁷ Nel caso di adozione del rapporto subordinato, la cooperativa ha l'obbligo di corrispondere un trattamento remunerativo non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi.

⁵⁸ Cfr. Andreoni, *La nuova legge sul socio lavoratore di cooperative*, sul sito www.cgil.it. Nella nuova disciplina, inoltre, non si fa alcun riferimento alla questione dell'applicabilità del contratto di apprendistato al socio lavoratore di cooperativa su cui ved. Circ. Min. Lav., Nota 22 gennaio 2001, prot. N. 5/25202/90/APPR, in *G. Lav.*, 2001, n. 28, 23 la quale ritiene inammissibile instaurare un rapporto di apprendistato nel caso in cui le prestazioni del lavoratore siano riconducibili al patto sociale, mentre lo ritiene ammissibile se le prestazioni lavorative sono difformi.

⁵⁹ In alcune pronunce le S.U. avevano precisato che la natura associativa del rapporto escludeva la riconducibilità della fattispecie alla parasubordinazione, perché quest'ultima presuppone l'esistenza di due centri di interesse distinti e tali non si potevano considerare la società e il socio-imprenditore: ved. Cass. civ., S.U., 29 marzo 1989, n. 1530, *G.I.*, 1989, I, 1, 1118; Cass. civ., S.U., 28 dicembre 1989, n. 5813, in *Società*, 1990, 591 secondo cui « con riguardo alle prestazioni

poteva configurarsi come subordinata solo quando — a seguito di una motivata indagine in fatto del giudice di merito — se ne dimostrava la diversità ed estraneità rispetto a quella che, costituendo lo specifico oggetto dell'esercizio collettivo dell'impresa, il socio lavoratore si era obbligato a conferire in base all'atto costitutivo, come adempimento dovuto per patto sociale⁶⁰.

La tesi « dell'unicità del rapporto sociale in capo al socio », giustificato dal timore di una indifferenziata qualificazione dell'intero lavoro in cooperativa come lavoro subordinato che — nei periodi di crisi — avrebbe obbligato a corrispondere il trattamento economico dovuto, causava la ben nota conseguenza di non poter far valere l'esistenza di un credito di lavoro. La soluzione accolta dalla Commissione Zamagni e trasfusa nelle Legge in oggetto, ovvero la teoria dello scambio ulteriore⁶¹, partendo dal presupposto della distinta personalità giuridica delle cooperativa rispetto al socio, afferma la piena autonomia del rapporto di scambio rispetto al rapporto sociale⁶². In linea con il nuovo intervento legislativo si erano già poste alcune recentissime sentenze della Suprema Corte secondo cui le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, possono stabilire che l'attività del socio, pur se riferibile all'oggetto sociale, sia esercitata nell'ambito di un rapporto di lavoro⁶³.

La presenza delle cooperative spurie e la relativa negazione dei diritti più

di un socio di società cooperativa di produzione e lavoro, in conformità delle previsioni del patto sociale ed in correlazione con le finalità istituzionali della società, non è configurabile non solo un rapporto di lavoro subordinato o di lavoro autonomo, ma nemmeno un rapporto di collaborazione, ai sensi ed agli effetti dell'art. 409, n. 3, c.p.c., poiché le prestazioni medesime, integrando adempimento del contratto di società, per l'esercizio in comune dell'impresa societaria, non sono riconducibili a due distinti centri d'interessi (requisito indispensabile per la sussistenza di tale collaborazione); da tanto consegue che la controversia inerente a dette prestazioni esula dalla competenza del giudice del lavoro e spetta alla cognizione del giudice in sede ordinaria (senza che ciò possa implicare un contrasto con gli artt. 3, 24, 45 e 46 Cost., difettando una situazione di analogia con le cause contemplate dall'art. 409 c.p.c., e non verificandosi alcuna compromissione del diritto di difesa o dei principi in tema di riconoscimento della funzione sociale delle cooperative e di partecipazione del lavoratore alla gestione dell'azienda) ».

⁶⁰ Cass. civ., sez. lav., 13 luglio 2000, n. 9294, in *GC Mass.*, 2000; Cass. civ., sez. lav., 1 agosto 1998, n. 7559, ibidem, 1998, 1633; Cass. civ., sez. lav. 17 luglio 1998, n. 7046, ibidem, 1998, 1552; Cass. civ., sez. lav., 13 gennaio 1996, n. 221, in *GI*, 1996, I, 1, 1219.

Per ampi riferimenti si veda Buonocore, *Obblighi del socio cooperatore e tutela della qualità di socio*, in *GComm*, 184, 1995; Buonocore, *Il socio della cooperativa; la giurisprudenza, un dibattito: il lavoro in cooperativa*, in Miscione (a cura di), *Il lavoro in cooperativa*, in *DPL*, 1996, 19.

⁶¹ Il rapporto mutualistico si basa su uno scambio contrattuale che può assumere tutte le forme ed i contenuti dei contratti ordinari.

⁶² Cfr. Genco, *Lavoro cooperativo: note su una ipotesi di nuova definizione normativa*, in *DRI*, 1998, n. 2, 219 ss.; Biagi, *Cooperative e rapporti di lavoro*, Franco Angeli, 1983.

⁶³ Per Cass. civ., sez. lav., 3 marzo 1998, n. 2315, in *RIDL*, 1998, II, 486 « in linea di principio non sussiste alcuna insanabile contraddizione o incompatibilità tra la qualità di socio di cooperativa e la prestazione di lavoro subordinato, ancorché quest'ultima sia coincidente con le finalità sociali. Ancor meno sono ravvisabili divieti legislativi di carattere imperativo, ovvero presunzioni, semplici o assolute. Vero è che in un campo ancora dominato dal principio dell'autonomia privata resta pur sempre indispensabile accertare quale è stata la comune intenzione delle parti all'atto della stipulazione del contratto e con quali modalità e comportamenti il rapporto si sia venuto svolgendo nel tempo ».

elementari dei soci lavoratori sul piano economico, previdenziale e sindacale ha reso necessario precisare che il rapporto lavorativo deve essere appositamente regolamentato: «ciascuno dei tre diversi rapporti sarà disciplinato dal rispettivo ordinamento, legislativo e contrattuale, e produrrà gli effetti di natura fiscale e previdenziale e tutti gli altri effetti giuridici rispettivamente previsti dalla nuova legge, tra cui l'obbligo di corrispondere una retribuzione comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria». Le difficoltà di stabilire quali norme siano compatibili con la posizione di socio-lavoratore portando, come esempio, le discipline del collocamento ordinario e obbligatorio, in contrasto con il carattere fiduciario che lega il socio alla cooperativa non potevano non essere rilevate dai primi commentatori⁶⁴.

Per espressa disposizione di legge (*ex art. 2*) ai soci con rapporto di lavoro subordinato si applica tutta la normativa vigente in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro, così come lo Statuto dei lavoratori, con la discussa l'esclusione però dell'art. 18, ogniqualvolta venga a cessare sia il rapporto di lavoro sia quello associativo. Taluni dubbi applicativi sorgono se si pensa ai casi in cui non vi sia una perfetta corrispondenza fra le circostanze di esclusione della qualità di socio previste nello statuto e le fattispecie di giusta causa — giustificato motivo soggettivo di licenziamento ed ancora di più se si considera che la normativa distingue le competenze del giudice del lavoro per le controversie riguardanti il rapporto di lavoro da quelle del G.O. per le controversie relative al rapporto associativo. Ai soci con rapporto diverso da quello subordinato, invece, è riconosciuta un'applicazione parziale delle legge 300/1970, limitatamente alla libertà di opinione (art. 1), al divieto di indagini sulle opinioni (art. 8), al diritto di associazione di attività sindacale (art. 14), al divieto di atti discriminatori (art. 15). Forme specifiche di esercizio dei diritti sindacali potranno essere individuate in sede di contrattazione collettiva.

L'art. 3, specificando che il trattamento economico da corrispondere al socio-lavoratore dovrà essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore ai minimi previsti — per prestazioni analoghe — dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine, ovvero, per i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato, in assenza di contrattazione specifica, ai compensi medi in uso per prestazioni analoghe rese in forma di lavoro autonomo rappresenta, invece, una novità positiva soprattutto per la parte relativa ai rapporti di lavoro non subordinato. Ulteriori trattamenti economici potranno essere deliberati dall'assemblea o a titolo di maggiorazione retributiva o a titolo di ristoro, accentuando, in tal modo, la mutualità interna⁶⁵.

5. Sotto il profilo collettivo, al momento, manca una contrattazione di settore, con l'unica eccezione del C.C.N.L. Cooperative sociali, rinnovato nel giugno

⁶⁴ Vedani, *La disciplina dei ristorni nelle cooperative di lavoro*, in *DPL*, 2001, 1863.

⁶⁵ Vedani, *Le novità per il socio lavoratore di cooperativa*, in *DPL*, 2001, 1309.

2000. Quest'ultimo viene applicato prevalentemente al Nord, poiché nel Centro-Sud — come rilevano le stesse parti stipulanti⁶⁶ — persiste una « non adeguata capacità delle parti di sviluppare relazioni, accordi territoriali ed azioni congiunte in grado di incidere sulla situazione di mercato e sui comportamenti della committenza »: fra le misure previste per estenderne il livello di applicazione è, infatti, indicato lo sviluppo più diffuso sul territorio delle relazioni sindacali e degli accordi di gradualità per il riallineamento dei trattamenti economici. Le difficoltà di gestione sono state individuate nei problemi esistenti sul mercato, a causa di « una situazione di differenziazione territoriale determinata da un non omogeneo assetto normativo e previdenziale della realtà della cooperazione sociale e per i non adeguati comportamenti della committenza pubblica in materia di affidamenti con il prevalente ricorso alle gare al massimo ribasso che ha ampliato aree di concorrenzialità sleale basata non sulla qualità ma sulla compressione dei costi del lavoro ».

Il nuovo contratto contiene talune integrazioni rispetto alle versioni precedenti. Per la prima volta, applicando compiutamente il Protocollo del 23 luglio 1993, è stata introdotta la contrattazione di secondo livello (c.d. territoriale), la quale può essere alternativamente provinciale, subregionale o regionale e deve contenere materie ed istituti non ripetitivi rispetto a quelli del contratto nazionale: in particolare la definizione delle modalità atte a permettere l'accesso dei dipendenti interessati all'attività di qualificazione, riqualificazione e aggiornamento professionale; l'utilizzo del mezzo proprio di trasporto, per ragioni di servizio; l'attività di soggiorno; l'inquadramento professionale. Fra le novità, inoltre, vi sono le discipline delle borse lavoro (utili per la formazione in situazione nella specifica mansione per la quale la persona ha la possibilità di assunzione), del part-time, dell'apprendistato, del lavoro ripartito, del telelavoro e del lavoro temporaneo. Anche per le cooperative sociali vi è, infatti, l'esigenza di una maggiore duttilità nell'assunzione e nel reperimento di manodopera: la « flessibilità in entrata », intesa come l'insieme degli strumenti finalizzati alla promozione delle occasioni di accesso al lavoro e alla creazione di spazi più elastici per la gestione dei rapporti di lavoro⁶⁷, rappresenta un valido strumento ed un'opportunità per affrontare la realtà economico-produttiva concorrenziale.

Quanto al rapporto a tempo parziale viene, innanzitutto, indicata la funzione di favorire la flessibilità della prestazione di lavoro in rapporto all'attività della cooperativa, tutelando anche le esigenze assistenziali ed educative dell'utenza in genere. L'analisi a livello internazionale effettuata alcuni anni fa⁶⁸ ha individuato settori — fra cui quello dei servizi alla persona — in cui la diffusione del part-time è positiva. Anche in Italia le ricerche sembrano confermare, sia la marcata propensione da parte delle cooperative sociali

⁶⁶ Così nel Documento preliminare al C.C.N.L. Cooperative sociali del 8.06.2000.

⁶⁷ Caccamo-Iannella, *New economy e rapporto di lavoro*, in *DPL*, 2001, 1791.

⁶⁸ Natti, *Part-time work in the Nordic Countries: a Trap for women?*, in *Labour*, n. 9, 1995; Meulders-Plasman-Plasman, *Atypical Employment in the EEC*, Dorthmounth Publishing Company, 1994.

all'assunzione di forza lavoro con tale tipologia contrattuale, sia l'atteggiamento non discriminatorio nei confronti di tali lavoratori⁶⁹. Come richiesto dalla normativa nazionale introdotta con il D.lgs. 61/00, il contratto collettivo in oggetto specifica in modo dettagliato alcuni aspetti relativi ai minimi di orario, al lavoro supplementare e alle clausole elastiche. Circa quest'ultime, in particolare, a fronte del consenso espresso dal lavoratore e formalizzato con apposito patto scritto, il datore di lavoro ha il potere di variare la collocazione temporale della prestazione lavorativa a tempo parziale. In tale patto le parti possono stabilire un arco della giornata all'interno del quale può essere espletato il servizio da parte del lavoratore e di conseguenza definire i tempi di preavviso. Qualora vi sia prestazione lavorativa con variazione nel mese della collocazione temporale riguardante un orario complessivo superiore al 30% dell'orario mensile derivante dal contratto individuale, si applicherà una maggiorazione del 2% sulla retribuzione mensile derivante dal contratto individuale stesso; laddove tale percentuale sia inferiore o uguale al 30% si procederà ad una maggiorazione del 2% per le sole giornate nelle quali si sia effettuata la prestazione lavorativa con variazione di collocazione temporale (ai fini del computo del 30% vanno considerate tutte le ore previste dal contratto individuale per ogni giornata interessata).

Una altrettanto ampia disciplina è stata riconosciuta anche al contratto di apprendistato, considerato « uno strumento prioritario per l'acquisizione di competenze utili allo svolgimento della prestazione lavorativa ed un percorso orientato tra sistema scolastico e mondo del lavoro utile a favorire l'incremento dell'occupazione giovanile ». La formazione è ritenuta uno degli obiettivi prioritari da perseguire per rispondere adeguatamente anche alle esigenze delle aziende del settore. Per tale ragione vengono indicati espressamente i contenuti (competenze relazionali, organizzazione ed economia, disciplina del rapporto di lavoro, le misure collettive di prevenzione e sicurezza ed i modelli operativi per la tutela della salute e della sicurezza sul luogo di lavoro) e soprattutto gli scopi che la formazione deve perseguire, ovvero permettere la conoscenza dei prodotti, dei servizi di settore e del contesto aziendale; la conoscenza e applicazione delle basi tecniche e scientifiche della professionalità; l'utilizzo delle misure di sicurezza individuale e di tutela ambientale. Sul lavoro ripartito — contratto di lavoro subordinato con il quale due o più lavoratori assumono in solido un'unica obbligazione lavorativa — il contratto collettivo in oggetto specifica che deve essere stipulato in forma scritta, indicando la percentuale e la collocazione temporale del lavoro (giornaliero, settimanale, mensile o annuale) di ciascuno dei lavoratori interessati, con la possibilità per i lavoratori stessi di determinare discrezionalmente, in qualsiasi momento, la sostituzione o la modificazione consensuale della distribuzione dell'orario di lavoro, ma con l'obbligo di garantire la prestazione complessiva loro assegnata. Sebbene sia una regolamentazione piuttosto puntuale (sono, fra

⁶⁹ Contrini, *Il part-time nelle cooperative sociali*, in *RCoop*, 1997, sul sito internet www.luzzatti.it su taluni studi compiuti nel Nord Italia e nella provincia di Trento.

l'altro, specificate le modalità in cui viene corrisposta la retribuzione e calcolate l'indennità di malattia ed ogni altra prestazione previdenziale ed assistenziale), per certi aspetti risulta incompleta analogamente alla circolare ministeriale⁷⁰: non si prendono in considerazione i problemi legati, ad esempio, al potere disciplinare oggetto di dibattito in dottrina⁷¹.

Il telelavoro, infine, è definito come attività lavorativa ordinaria prestata presso il domicilio del lavoratore con l'ausilio di tecnologie che permettano la connessione con la sede del datore. Il rapporto può essere instaurato *ex novo* oppure derivare dalla trasformazione (con l'assistenza della R.S.U. o della R.S.A.), in base, in ogni caso, al principio della volontarietà, con la possibilità di reversibilità del rapporto dopo un certo periodo di tempo e la facoltà di rientrare nei locali aziendali. Le modalità pratiche di espletamento della prestazione dovranno risultare da un atto scritto che rappresenterà l'accordo di inizio e/o di trasformazione delle modalità di lavoro: in esso si potrà indicare un periodo massimo di due ore (se full-time) durante la giornata in cui si garantirà la reperibilità per comunicazioni, informazioni e contatti di lavoro.

Quanto alla postazione di lavoro è prevista l'installazione in comodato d'uso *ex art.* 1803 c.c. e ss. Ne resta proprietario il datore di lavoro il quale sceglie ed acquista la strumentazione e ne sostiene le spese di gestione e di manutenzione. Circa il problema della comunicazione e dell'informazione è espressamente indicato il collegamento telematico, il gruppo di lavoro, il gruppo di progetto, i rientri settimanali. Analogamente a quanto pattuito in altri C.C.N.L. ai telelavoratori viene riconosciuto il diritto di accesso alle attività sindacale che si svolgono in azienda, tramite l'istituzione di una bacheca elettronica o altro sistema di connessione che consenta di accedere alle informazioni di interesse sindacale e lavorativo, la partecipazione all'elettorato attivo e passivo alla elezione delle RSU e ai dibattiti di natura sindacale.

Per quanto concerne il delicato tema della sicurezza è previsto l'allestimento della postazione dopo un sopralluogo tecnico sanitario ad opera del responsabile alla sicurezza, l'elaborazione di un piano dei rischi, l'obbligo di informare il dipendente sui rischi associati al lavoro, la facoltà del lavoratore di formulare una richiesta motivata di visite da parte del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza.

Il C.C.N.L. Cooperative sociali indica talune linee di intervento che si dovranno seguire più di quanto non si sia fatto finora: completare il quadro di attuazione regionale anche con interventi di rafforzamento e aggiornamento della l. 381/91 e sviluppare raccordi più coerenti con la legislazione sociale e sanitaria delle regioni; rilanciare il ruolo della formazione professionale; intro-

⁷⁰ Circ. Min. Lav. 7 aprile 1998, n. 43, in *DPL*, 1998, 1423.

⁷¹ Sulla regolamentazione del potere disciplinare in base al particolare legame fiduciario tra le parti ved. Tiraboschi, *La disciplina del job sharing nell'ordinamento italiano*, in *DPL*, 1998, 1407; sulla sola punibilità del soggetto responsabile per le infrazioni al codice disciplinare vedi Pellacani, *La ripartizione dell'obbligazione lavorativa tra più lavoratori: spunti ricostruttivi sul job sharing*, in *MGL*, 2001, 323 ss.

durre forme di agevolazioni contributive e fiscali condizionate al rispetto delle condizioni economiche e normative previste dalla contrattazione; attivare e gestire efficacemente le misure previste nella l. 488/98 di sostegno alla nascita e allo sviluppo di cooperative sociali nel settore socio-sanitario-assistenziale-educativo e di inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati.

Il Testo Unico sui congedi parentali

Enrica Minale Costa

Sommario: **1.** La situazione normativa: dalla direttiva sulla tutela della maternità e sui congedi parentali alla legge n. 53 del 2000. — **2.** Una riflessione nella prospettiva delle finalità e della tecnica dei Testi Unici. — **3.** Impostazione e caratteristiche del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151. — **4.** Una breve analisi del Testo Unico maternità e paternità e qualche nota preliminare. — **5.** Alcuni rilievi sui contenuti del Testo Unico del 2001 rispetto alle disposizioni della previgente legislazione. La disciplina dei permessi e dei congedi. — **6.** La garanzia della stabilità del posto di lavoro. Qualche spunto di riflessione. — **7.** Le disposizioni speciali per particolari rapporti di lavoro. Considerazioni conclusive.

1. Gli interventi comunitari in materia di gestione dei tempi di lavoro e dei tempi di vita, allo scopo di favorire la conciliazione degli obblighi di lavoro con la cura della famiglia secondo una ripartizione il più possibile equilibrata, tra i sessi, delle responsabilità familiari, si concretizzano formalmente con l'accordo quadro sui congedi parentali raggiunto dalle parti sociali¹. (Unice e Ceep per gli imprenditori e Ces per i sindacati) il 14 dicembre 1995, poi recepito, o meglio semplicemente allegato², dalla direttiva 3 giugno 1996, n. 96/34 del Consiglio dell'Unione Europea³.

Le tappe dell'evoluzione della disciplina giuridica italiana sui congedi per la maternità, paternità, parentali, familiari e formativi si concludono con la legge 8 marzo 2000, n. 53 e con il decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 contenente il Testo Unico⁴ delle disposizioni legislative in tema di tutela e sostegno della maternità e della paternità.

* Enrica Minale Costa è ricercatrice di diritto del lavoro nell'Università di Genova.

¹ Sulle incertezze nel rafforzare il quadro istituzionale a favore dell'intervento delle parti sociali alla luce dei « perduranti problemi di rappresentatività e legittimazione » vedi Biagi, *La fortuna ha sorriso alla Presidenza italiana dell'Unione Europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in *q.Rivista*, 1996, 4, ss. La rappresentatività degli attori del dialogo sociale nel procedimento negoziale è stato oggetto di esame da parte del Tribunale europeo di primo grado il 17 giugno 1998 nella causa T-135/96 in *RGL*, 1999, II 289 e ss.

² Gottardi, *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in *LD*, 1999, 497 ss.

³ Biagi, *op. cit.*; Izzi, *Congedi parentali: un passo avanti verso la parità lavoratori - lavoratrici*, in *DPL*, 1997, 1523 ss.; Lai, *I congedi parentali e familiari*, in *DPL*, 1998, 2686 ss.; Nunin, *La direttiva n. 96/34 CE sui congedi parentali ed il suo recepimento nell'ordinamento italiano*, in *DL*, 2000, I, p. 207 ss.

⁴ Rispettivamente in *G.U.* 13 marzo 2000, n. 60 e in s. o., n. 93 alla *G.U.* 26 aprile 2001, n. 96. La nuova legge n. 53 del 2000, si sottolinea da Hoesch, *Padre e madre: finalmente uguali...*, in *RCDL*, 1998, 53 e ss., modifica le caratteristiche di protezione statica delle leggi sulla tutela della maternità del 1950 e del 1971 e consente di arrivare a considerare i servizi di custodia nei confronti

La legge n. 53/2000, la quale contiene disposizioni sul diritto ai congedi per la formazione e sul coordinamento dei tempi della città, presenta una normativa complessa ed articolata, poiché regola una pluralità di congedi⁵ ed innova attribuendo al padre una propria quota di congedo e stabilendo una maggiore durata dei vari tipi d'astensione dal lavoro, di cui è consentita la frazionabilità e, in alcune specifiche ipotesi, inoltre, è concessa la contemporaneità dell'assenza dal lavoro di entrambi i genitori.

Le novità e le modifiche normative riguardano, dunque, sia il congedo per maternità⁶ in cui permane il carattere preminente di tutela della salute della madre e del bambino, sia, in maniera più rilevante, i nuovi congedi parentali⁷ — nozione ricorrente nella maggior parte degli ordinamenti europei, ma ancora inusuale nel nostro —, in qualche modo richiamante le astensioni facoltative, usufruibili, secondo le diverse circostanze, cumulativamente o alternativamente, dal padre o dalla madre, anche affidatari o adottivi, al di fuori d'ogni rilievo attribuito alla posizione di lavoratore subordinato dell'altro genitore⁸.

L'estensione ai padri di alcuni dei diritti riservati tradizionalmente alle sole madri costituisce il riconoscimento, a livello giuridico, del « diritto ordinario del padre lavoratore subordinato »⁹, indipendentemente dalla posizione professionale o meno della madre, alla cura ed assistenza dei figli¹⁰, all'interno di una più ampia visione d'equa distribuzione dei carichi familiari, che tiene conto del valore sociale della maternità e si adegua ai mutamenti culturali, indirizzati

dei figli piccoli e di congedi « come diritti sociali e non solo come benefici lavorativi » come già auspicato da Gottardi, *I congedi parentali in Europa*, in *LI*, 1996, n. 9, 15 e ss. Per un primo commento al testo unico vedi i contributi pubblicati in *G.Lav.*, 15 maggio 2001, n. 19.

⁵ Non sono mancate le critiche a questo « provvedimento *omnibus* », cui si addebita l'introduzione di ulteriori rigidità ed oneri aggiuntivi alle imprese. Vedi in tal senso Riccardi, *I congedi parentali* in *G. Lav.*, 2001, n. 4, 350, la quale A. esprime il suo dissenso a riversare nel settore del lavoro subordinato oneri relativi al lavoro autonomo e ad operare la commistione con regimi che non prevedono l'applicazione della legge n. 1204 del 1971, quali le casalinghe e le disoccupate, categorie di soggetti, le quali, comunque, non sono prese in considerazione dalla stessa direttiva europea n. 96/34.

⁶ La modificazione terminologica, di per sé, riveste un qualche interesse solo qualora « evidenzi un concreto e consapevole mutamento di prospettiva », così Nunin, *op. cit.*, 211. Sull'evoluzione legislativa della disciplina previdente e sul significato della legge n. 53 del 2000 si veda Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1992, 569 ss.; Ballestrero, voce *Maternità*, in *Digesto comm.*, 1993, Torino, IX, 325 ss.; Topo, *La tutela della maternità e della funzione parentale*, in *Diritto del Lavoro, Commentario* diretto da Carinci, Torino, 1998, II (a cura di C. Cester), 579 ss., ed i contributi in *LD*, 2001, n. 1 sul tema « Famiglia, lavoro, diritto: combinazioni possibili ».

⁷ L. Calafà, *La prestazione di lavoro tra assenze e (dis)equilibri familiari*, 2001, 148.

⁸ Si instaura quel rapporto « impresa-coniugi dei propri dipendenti » criticata da Riccardi, 2000, 351. In generale sull'incidenza dell'assolvimento dei doveri di cura familiare sull'attività professionale e sulla capacità di guadagno della lavoratrice autonoma, rispetto al lavoratore, vedi l'analisi di Hundley, *Male/female earnings differences in self-employment: the effects of marriage, children, and the household division of labor*, in *ILRR*, 2000, vol. 54, n. 1, 94 ss.

⁹ Gottardi, *op. cit.*, p. 513.

¹⁰ Saraceno, *Politiche del lavoro e politiche della famiglia: un'alleanza lunga e problematica*, in *LD*, 2001, 45.

verso un'equilibrata partecipazione tanto delle donne quanto degli uomini alle responsabilità familiari, soprattutto in considerazione del fatto che la conciliazione di quest'ultime con gli obblighi professionali rientra all'interno di una strategia globale integrata per una politica effettiva di pari opportunità, in grado di promuovere la presenza delle donne alla vita attiva.

Riprendendo ed utilizzando ai propri fini il discorso già iniziato negli anni passati da altri ¹¹ si ritiene che favorire la libera scelta delle persone, all'interno di un sistema d'equa divisione degli impegni di cura e d'assistenza alla famiglia, tra uomini e donne, dovrebbe impedire che il costo del lavoro sia sopportato dalle categorie le quali si vogliono proteggere e l'estensione degli stessi permessi a tutti i lavoratori dovrebbe concorrere ad aumentare la capacità delle donne di competere sul mercato ¹².

Le nuove regole — applicabili eventualmente anche a situazioni precedenti le modifiche legislative, purché alla presenza dei requisiti legali ¹³ — disciplinano anche i congedi per eventi e cause particolari, quali decesso o grave infermità del coniuge e/o convivente o di un parente entro il terzo grado, nonché le richieste di congedo, continuo o frazionato, per gravi e documentati motivi familiari, risultanti ulteriori rispetto alle necessità urgenti derivanti dalla malattia o dall'infortunio.

Nel quadro d'insieme della recente normativa italiana, la quale presenta ulteriori innovazioni in tema di congedi per l'assistenza a soggetti portatori di handicap e per la formazione personale e professionale, sia essa aziendale o extraaziendale, è dato ampio spazio alla contrattazione collettiva, cui è affidato il compito di disciplinare il modo di fruizione del congedo formativo e di partecipazione del lavoratore ad eventuali corsi di riqualificazione professionale, anche al fine di rendere più agevole il ritorno alla vita professionale ¹⁴ dopo i possibili periodi di sospensione del rapporto di lavoro.

Le parti sociali sono chiamate anche a predisporre accordi contrattuali, diretti a rendere flessibile l'orario di lavoro, per permettere una fruizione parziale e frazionata dei congedi nel tempo e la contrattazione collettiva deve assolvere il compito di regolare i conflitti d'interesse tra i privati, con ipotesi di soluzione ed aggiustamento per i periodi « del rapporto di lavoro — non lavoro ».

È da notare come la flessibilità nel suo significativo « concetto di dinamismo » ¹⁵ diventa una risposta non a questioni economiche o produttive dell'at-

¹¹ Ichino, *Spunti critici sui costi della tutela antidiscriminatoria*, in *RGL*, I, 1994, 355 e *Il contratto di lavoro*, vol. XXVII, t. 2, del *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo, Milano, 2000, 570 ss.

¹² Del Punta, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *RIDL*, 2000, I, 149 ss.

¹³ Ad esempio i genitori con figli minori di otto anni possono chiedere legittimamente di fruire del congedo parentale previsto dalle nuove norme per i periodi mancanti.

¹⁴ Vedi punto 5 delle considerazioni generali dell'allegato « Accordo quadro sul congedo parentale » alla Direttiva di 94/34 UE del 1996.

¹⁵ Del Punta, *op. cit.*, 152 prevede « sul versante degli equilibri « politici » e sistemici dell'ordinamento lavoristico, un'inevitabile ricaduta in termini di ulteriore rafforzamento dell'istanza di flessibilità ». In particolare sull'attuale tendenza del diritto del lavoro verso una disciplina ispirata

tività imprenditoriale, contrapposte alla rigidità normativa sul lavoro subordinato, ma ad obiettivi coordinati a proteggere l'interesse del lavoratore/lavoratrice nello svolgimento della sua funzione familiare e nella ricerca della sua crescita personale e professionale.

La flessibilità del lavoro, dunque, non deve essere interpretata come una possibile forma di pressione sulla donna al fine di accettare forme di lavoro decentrate o prestazioni di lavoro a tempo parziale o lavori atipici, che, se frutto di scelte imposte, può diventare un ulteriore elemento di segregazione delle lavoratrici dal mercato di lavoro, ma come condizione per una libera decisione degli uomini e delle donne che, superati gli stereotipi e cambiati gli atteggiamenti, si ripartiscono equamente le responsabilità di cura ed assistenza nell'ambito della famiglia¹⁶.

Anche i recenti limiti comunitari esprimono la funzione di garanzia di diritti fondamentali o di cittadinanza sociale¹⁷ collegati a valori essenziali, preordinati alla salvaguardia del valore della dignità umana e della libertà morale del lavoratore rispetto alla controparte¹⁸ quindi tutela non di soggetti ritenuti dall'ordinamento giuridico incapaci, ma riconoscimento d'interessi generali per l'ordinamento comunitario ed italiano, riferibili all'uomo in sé.

S'impongono così limiti esterni alle prerogative del datore di lavoro, su cui ricadono e gravano, in parte (almeno per quanto attiene l'organizzazione e la gestione del personale), le conseguenze dei congedi, poiché prevale l'esigenza di tutelare valori generalmente condivisi e persistenti nella società civile e l'autonomia collettiva è spinta nella ricerca di soluzioni, le quali oltrepassano lo stretto dato legislativo con diversità d'approcci e di proposte, temperando le necessità dei processi produttivi e delle strategie aziendali con l'utilizzazione delle risorse umane.

La legge n. 53 s'innesta, completa e, in parte, innova la precedente legislazione in argomento. Al fine « di conferire organicità e sistematicità » alle norme aventi per oggetto la tutela della maternità e della paternità e la disciplina dei permessi e dei congedi parentali, il legislatore ha previsto (art. 15 della legge n. 53/2000) la delegazione al governo ad emanare un decreto legislativo, recante il Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti per una definizione organica, che razionalizzi l'intera normativa allo scopo di eliminare difetti di coordinamento e sovrapposizioni nella materia.

ad una maggiore flessibilità nei confronti dell'organizzazione del lavoro, con un più ampio ricorso ai rapporti di lavoro atipici ed a criteri organizzativi e gestionali meno vincolati dalla legislazione protettiva del lavoratore, vedi tra gli altri Castelvetti, *La flessibilità del lavoro e le funzioni delle discipline giuslavoristiche*, in *q. Rivista*, 1997, 10 e 12, la quale A. affronta il tentativo di precisazione, liberando l'impostazione da ragionamenti di politica del diritto o politica legislativa da premesse poco chiare e stabili per contribuire a chiarire i termini del dibattito legale sulle esigenze della flessibilizzazione.

¹⁶ Gottardi, *op. cit.*; Lai, *op. cit.*

¹⁷ Vedi in argomento Alleva, *Flessibilità del lavoro e unità-articolazione del rapporto contrattuale*, in *LG* 1994, 777 ss.; Scarponi, *Il lavoro delle donne fra produzione e riproduzione: profili costituzionali*, in *LD.*, 2001, 97 ss.; Bozzao, *La protezione sociale della famiglia*, in *LD*, 2001, 68 ss.

¹⁸ Vedi anche Ichino, *op. cit.*, 355.

2. È ormai noto come molte difficoltà interpretative discendono dal fatto che le nuove norme talvolta incidono su altre già vigenti e come numerosi problemi applicativi possono derivare dall'abrogazione innominata e dal rinvio generico ad un precedente testo normativo ed alle sue successive modifiche¹⁹.

Per evitare la possibile confusione che le singole leggi producono su una determinata materia o settore, quando questo è soggetto al concorso di più normative speciali, il legislatore ha maturato la convinzione dell'opportunità di redigere un Testo Unico delle leggi in materia di congedi familiari, al fine di eliminare le incertezze derivanti dalla sovrapposizione del diverso materiale normativo. Queste brevi considerazioni, che non vogliono essere un commento alla legge n. 53 del 2000, sono dirette a richiamare l'attenzione sui problemi interpretativi del recente decreto legislativo n. 151 del 2001, per verificare la coerenza delle soluzioni individuate nelle disposizioni con gli obiettivi perseguiti dal legislatore, consapevole della necessità di emanare un Testo Unico, il quale fornisca un quadro esauriente della disciplina vigente dei congedi per maternità e parentali per i lavoratori e le lavoratrici.

Il recupero e l'ampliamento di parte della normativa già esistente, anche in attuazione delle specifiche direttive comunitarie e dei principi affermati dalla Corte Costituzionale, ha indotto, infatti, il Governo a predisporre il Testo Unico in argomento, quale strumento idoneo per consentire di sapere ciò che il lavoratore può o non può fare, senza addentrarsi nell'esame delle differenti leggi succedutesi nel corso degli anni.

Da tempo il problema della scarsa conoscibilità delle leggi, per il loro numero talvolta eccessivo, per la difficoltà di reperimento delle stesse, per la mancanza di tecnica legislativa, dovuta alla disorganicità delle procedure parlamentari di formazione delle leggi²⁰ e per la loro oscurità di linguaggio, con il conseguente venir meno della chiarezza della legge e della certezza del diritto, ha richiamato l'attenzione del legislatore sulla necessità di un miglioramento della tecnica legislativa e d'idonee strutture di supporto, che siano in grado di assicurare il coordinamento legislativo ed un soddisfacente controllo tecnico dei testi²¹.

Le cause²² addebitate alla crisi del diritto riguardano da un lato i testi

¹⁹ Suppiej, *La tutela della paternità e della maternità nel nuovo Testo unico*, in *G. Lav.*, 2001, n. 19, 7.

²⁰ Sul rapporto tra la legge ed il cittadino e sul valore della certezza del diritto, come fondamento della legalità dello stato democratico, vedi tra gli altri Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 1997.

²¹ Le nuove disposizioni in argomento prevedono il vaglio dei progetti di legge nel corso dell'esame delle Commissioni. Quest'ultime dovranno valutare la necessità dell'intervento legislativo, la sua conformità alla costituzione e la compatibilità con la normativa comunitaria, oltre alla congruità dei mezzi individuati per perseguire gli obiettivi prefissati e l'adeguatezza dei termini, previsti per l'attuazione della disciplina e gli oneri per la pubblica amministrazione, per i cittadini e le imprese, nonché la chiarezza del significato delle definizioni e delle espressioni e la sistemazione della materia in articoli e commi. Cfr. « *Le risoluzioni parlamentari sul programma di riordino delle norme legislative e regolamentari* » in *RP*, 2000, 517 ss. V. da ultimo la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2 maggio 2001, n. 1, in *G.U.*, n. 101 del 3.5.2001.

²² Al riguardo si parla di deficit di normatività, che caratterizza le leggi manifesto e le leggi

normativi e dall'altro la legislazione e, in questi ultimi anni, molti studiosi hanno rilevato la difficoltà dell'opera interpretativa richiesta, tanto maggiore di fronte alle numerose leggi speciali, le quali si susseguono nel tempo su uno stesso argomento e si sono anche soffermati sulla necessità di evitare l'incertezza dei rapporti temporali tra fonti, derivante dal fatto che le leggi possono disporre l'abrogazione esplicita, ma anche quell'implicita²³ lasciando al giudice, in questo caso, la decisione su ciò che rimane o no in vigore della legislazione precedente.

Si è così verificato un intensificarsi degli studi di tecnica legislativa per contrastare il degrado della normazione, che hanno evidenziato la necessità di razionalizzare e di migliorare la qualità delle leggi, quale risposta all'esigenza di un sistema normativo ordinato in modo esplicito²⁴ e molti autori²⁵ hanno posto in luce le conseguenze negative dell'eccesso di legislazione sia sotto il profilo della qualità delle leggi stesse, sia dell'incidenza sull'economia del Paese e sulle garanzie d'effettività dei diritti dei cittadini, invitando il Parlamento ad intervenire con processi innovativi sul piano istituzionale.

Traendo spunto dai contributi dottrinali, susseguitisi soprattutto nell'ultimo quinquennio, rivolti alla semplificazione dell'ordinamento legislativo, intesa come ridefinizione della qualità degli interventi, codificazione ed emanazione di Testi Unici, deregolamentazione, delegificazione e semplificazione procedi-

provvedimento; l'opinione prevalente tra gli studiosi lamenta la carente precisione del titolo e delle rubriche interne, la presenza di norme intrusive, cioè non comprese nel titolo, inserite in contesti diversi; i rinvii innominati ed a catena; la previsione di termini difficilmente rispettabili; la commistione tra linguaggio comune e linguaggio giuridico; la costruzione sintattica e espressiva poco chiara, con la conseguente spinta ad una discrezionalità interpretativa degli operatori, siano essi giuristi, giudici o funzionari. Cfr. in tal senso Pegoraro – Rinella, *Legislazione e procedimento formativo della legge nella proposta di revisione costituzionale*, 1998, 20 ss.

²³ Sulla tipologia delle abrogazioni vedi Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione in Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1993, 291 ss.

²⁴ Malo, *Testi unici*, in *Osservatorio sulle fonti*, a cura di De Siervo, Torino, 1996, 85 ss.

²⁵ Sui problemi derivanti dalla codificazione vedi gli studi pubblicati in AA.VV. *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, a cura di Costanzo, Napoli, 2000. Il dibattito sugli strumenti più utili al fine di rendere permanente « il consolidamento » della legislazione in vigore, si è concentrato sulla necessità di adottare « una norma sulla normazione », vale a dire una legge che regoli il procedimento e l'efficacia dei testi unici di coordinamento, mediante il ricorso a due possibili differenti tipi di intervento: uno a livello costituzionale, con l'attribuzione al Governo di una competenza generale ad approvare testi unici con forza di legge; oppure adottare le procedure già previste per la delega legislativa, conferita a seconda del caso su determinate materie. Su tale legge specifica, che regoli il procedimento e l'efficacia dei testi unici di coordinamento, vedi in particolare ISLE – Scuola di scienza e tecnica della legislazione « Mario D'Antonio », *Progetto di legge. Norme per la formazione dei testi unici di coordinamento e di modificazione della legislazione*, in *RP*, 1996, 718, studio nel quale si opta per la soluzione dell'istituto della delega legislativa e si contempla anche la costituzione di organi e la creazione di procedure peculiari per la redazione dei testi unici. Anche nella *Relazione del gruppo di Studi della Consulta giuridica del lavoro sul « Testo Unico » in tema di mercato del lavoro*, a cura di Ghezzi, *Relazione del gruppo di Studio della consulta giuridica del lavoro sul « Testo Unico » in tema di mercato del lavoro*, in *RGL*, 1995, I, 106, ss., si espone l'idea di formulare i principi portanti e descrivere i contenuti essenziali per un testo unico delle leggi sul mercato del lavoro, che razionalizzi la normativa in relazione all'organizzazione pubblica del lavoro, agli incentivi, agli ammortizzatori sociali.

mentale, nel marzo del 1997 il governo ha fatto propria l'iniziativa con la legge n. 59/1997, relativa al decentramento ed alla semplificazione amministrativa e con la legge 8 marzo 1999, n. 50, intitolata « Delegificazione e Testi Unici di norme concernenti procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1998 »²⁶.

Premesso che tutt'altra cosa sono i testi coordinati e i testi aggiornati, i quali si presentano come semplice riscrittura di testi normativi, con l'introduzione delle espresse modifiche apportate da fonti successive, le caratteristiche del Testo Unico, dopo i numerosi dubbi sollevati dalla dottrina sulla possibilità di costruire una categoria giuridica a sé stante, in considerazione della varietà del regime giuridico e degli effetti, stanno assumendo una fisionomia sempre più definita.

In passato sono state numerose le incertezze circa l'efficacia giuridica del Testo Unico, la cui formazione è sempre risultata limitata e anche variegata nella sua tipologia²⁷ e sovente la dottrina ha sollevato dubbi sul diverso significato da attribuire al termine delegazione ed autorizzazione ad emanare un testo unico. In mancanza di specifici criteri, infatti, il legislatore è ricorso al potere di delega o autorizzazione²⁸ al Governo per la predisposizione di tale atto e l'ambiguità delle formule adottate — delega o autorizzazione — hanno alimentato le problematiche sulla natura giuridica dei Testi Unici, rendendo incerta la loro possibile collocazione tra le fonti del diritto o tra i meri atti amministrativi.

La questione può essere risolta, se si aderisce all'interpretazione dottrinale prevalente, la quale attribuisce un significato equivalente ad una legge che contenga i requisiti della delega legislativa e sia approvata *ex* articolo 72 della Costituzione.

La ragione del Testo Unico²⁹ è quella di ordinare in un *corpus* unitario una materia disseminata in differenti atti normativi per rispondere alla necessità

²⁶ L'articolo 7 della l. 50/1999, non indica in maniera molto precisa i settori prioritari per i quali devono essere redatti i testi unici, comunque una prima categoria è elencata nell'allegato 3 della legge n. 50, un'altra si ricava da un generico rinvio all'art. 4, c. 4 ed una terza categoria si ricava dalle lettere d), f) e dalla lettera b) del primo comma dell'art. 7. Per ciò che attiene più da vicino la materia del lavoro si veda la legge 17 maggio 1999, n. 144, in *G.U.* s.o., 22 maggio 1999, n. 118.

²⁷ In assenza di un preciso programma di riordino generale della legislazione i Testi Unici sono stati compilati caso per caso. A seguito del recente intervento legislativo è stato predisposto il T.U. dei beni culturali ed ambientali (decreto legislativo 490/1999) e il T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, emanato ai sensi dell'art. 7, c. 1, lett. c) della legge n. 50 del 1999. Per ciò che riguarda la compilazione di testi unici nel settore delle leggi sul lavoro subordinato vedi lo studio di Carinci e Zoppoli, *Progettando il testo unico sul pubblico impiego*, in *LPA*, 2000, 5 ss. in tema di pubblico impiego; Ghezzi, *op. cit.*, ed il progetto Smuraglia per un Testo Unico delle leggi sulla sicurezza sul lavoro.

²⁸ Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 12 aprile n. 186, 1990, in *FI*, 1991, I, 739, la legge di autorizzazione a formare un Testo Unico non si differenzia da una legge di delega legislativa, quanto ne rispetta i presupposti procedurali, quale l'approvazione in sede di Assemblea *ex* art. 72, u.c. Cost. Cfr. Malfatti, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazione*, Torino, 1999, 139.

²⁹ Nelle leggi comunitarie è frequente la previsione di Testi Unici, per l'adozione in Testi Unici nelle materie oggetto delle direttive alle quali il Governo è chiamato a dare attuazione con il

della certezza del diritto dei destinatari, degli operatori giuridici e a beneficio dello stesso legislatore, che tende ad eliminare la possibilità di una libera interpretazione, in sede giudiziaria o amministrativa, come conseguenza ed in relazione ad una disciplina troppo frammentata.

I Testi Unici possono essere classificati in modo differente, secondo la loro struttura interna o secondo il sistema delle fonti.

Sotto il profilo formale, i Testi Unici, oltre a quelli spontanei ed autorizzati, sono definiti delegati, per quanto attiene il contenuto si distinguono tra quelli innovativi, normativi o legislativi e quelli compilativi, ricognitivi³⁰.

Il Testo Unico autorizzato³¹ secondo la prevalente, ma non esente da critiche, opinione dottrinale, apparterebbe a quella categoria di atti che non nascono da una delega, ma da una legge d'autorizzazione, quindi sono limitati al solo coordinamento di norme esistenti e non possono innovare la disciplina legislativa in vigore.

I Testi Unici adottati, invece, dal Governo in seguito ad una delega *ex* articolo 76 della Costituzione, sono atti con forza di legge e possono sostituire la normativa preesistente³².

La distinzione tra Testi Unici innovativi, su delegazione del Parlamento e compilatori³³ vale a dire quelli adottati in mancanza o carenza del potere normativo adeguato, o quelli caratterizzati da uno scarso grado di innovazione o da quello solo formale, indurrebbe a far degradare al livello del « Testo Unico meramente compilatorio anche i Testi Unici che, pur avendo fonte idonea a sostituirsi alle fonti precedentemente vigenti, non avessero apportato modifiche tali da oltrepassare il confine della sola forma », per questo si potrebbe parlare di sole modifiche di mero coordinamento.

Tuttavia secondo un'autorevole impostazione³⁴ « il Testo Unico, sostituendo una legge unitaria ad una molteplicità di leggi non può che mostrare divergenze del diritto preesistente », con la conseguenza che l'interpretazione e la ricognizione del diritto presenta sempre qualche aspetto innovativo, poiché l'unificazione ed il coordinamento di diverse disposizioni, se vi è una reale necessità può modificare almeno in parte il loro significato.

Aderendo a quest'interpretazione, ai Testi Unici viene, dunque, riconosciuto il

decreto legislativo (norme di delegazione). In argomento vedi Malo, voce "Testo unico", in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 302; Malfatti, *op. cit.*, 144.

³⁰ Guastino, *op. cit.*

³¹ Sulle problematiche in argomento cfr. Malfatti, *op. cit.* 137 ss.

³² Sul problema del contenuto del testo unico, in rapporto alle fonti prese in considerazione, vedi Malo, *op. cit.*, 303, il quale A. sottolinea l'importanza tanto maggiore della questione, qualora le fonti appartengano a ordinamenti diversi (decreto legislativo e norme comunitarie, legge regionali e legge statale), poiché il testo unico può contenere solo norme « consentite alla fonte con cui viene approvato ».

³³ Vedi Malfatti, *op. cit.*, 137, la quale A. critica la posizione assunta dai giudici della Corte Costituzionale, i quali non hanno contribuito a formare una netta distinzione dei testi unici in due categorie differenti, una di tipo innovativo ed una di tipo compilatorio, con l'attribuzione della forza di legge e l'affermazione a sindacare la legittimità costituzionale soltanto nella prima ipotesi.

³⁴ Esposito, voce *Testo Unico*, in *NDI*, Torino, 1940, vol. XII, pt. II, 181.

carattere di atti normativi, indipendentemente dalla quantità delle innovazioni alla legislazione precedente, innovazioni che ineriscono, invece, all'ampiezza del potere normativo da esercitare.

I recenti provvedimenti che hanno riordinato la materia — in particolare la legge n. 50 del 1999 — propongono una distinzione tra il Testo Unico « codicistico », vale a dire quello contenente il riordino dell'intera materia, quello « induttivo », che coordina la disciplina sostanziale ed assume, pertanto, veste legislativa o procedimentale o organizzativa, cioè regolamentare e tra il Testo Unico di tipo « regolamentare », il quale riunisce in un'unica fonte secondaria più disposizioni di rango diverso, per disciplinare in modo uniforme procedimenti di natura strumentale, senza che rilevi l'amministrazione presso cui essi si svolgono.

Dalla legge 8 marzo 1999, n. 50 risulta, anche, il carattere misto dei Testi Unici: nel secondo comma dell'articolo 7 si legge che i Testi Unici « per materie e settori omogenei » raccolgono « in un unico contesto e con le opportune evidenziazioni, tutte le disposizioni legislative e regolamentari ».

Il dettato dell'articolo 7³⁵ della legge n. 50 del 1999 chiarisce la natura giuridica del potere attribuito al Governo, risolvendo i dubbi sulla natura dei Testi Unici, non inquadrabili con precisione tra le fonti di produzione o di cognizione; soltanto quelli predisposti al di fuori delle regole contemplate nella disposizione ricordata si presentano come una semplice raccolta di norme, priva di rilevanza giuridica, sebbene utile per la conoscenza delle stesse.

Al di là delle indicazioni contenute nel secondo e sesto comma dell'articolo 7³⁶ citato, rilevano, inoltre, le indicazioni testuali che predispongono dei termini precisi e definiscono con chiarezza i criteri per l'emanazione dei Testi Unici; elementi, questi, che mettono in evidenza la struttura della delega legislativa al Governo.

L'esplicita indicazione delle norme abrogate, anche implicitamente, da successive disposizioni e l'esplicita abrogazione³⁷ di tutte le disposizioni rimanenti, non richiamate nel testo, danno luogo ad un'attività con effetti innovativi sul

³⁵ Tale articolo non indica in maniera molto precisa i settori prioritari per i quali devono essere redatti i testi unici come ricordato.

³⁶ Tale comma è stato modificato dall'art. 1, comma 6, lett. a) della legge annuale di semplificazione n. 340 del 2000. Sui rapporti tra testo unico e legge delega, vedi anche G. D'Elia, *Brevi note sulla « novazione della fonte » e l'efficacia retroattiva del testo unico*, in *GC*, 2000, 670 ss.

³⁷ La revoca comporta la fine dell'efficacia di una norma: l'abrogazione espressa identifica il suo oggetto con precisione, senza sostituire necessariamente una nuova disciplina della fattispecie regolata dalle disposizioni abrogate. Sovente l'abrogazione di una norma fa ricadere la fattispecie nell'ambito di efficacia di un'altra norma preesistente. L'abrogazione tacita, compiuta senza l'emanazione di una disposizione abrogatrice, può avvenire per incompatibilità tra la disposizione posteriore ed anteriore, oppure quando è emanata una serie di disposizioni che apprestano una nuova disciplina, anche non necessariamente difforme o incompatibile a quella anteriore per un intero settore, cosicché tutta la legislazione precedente o le norme in essa contenute si considerano implicitamente abrogate. L'abrogazione tacita per sopravvenienza di una nuova disciplina si verifica a seguito di un testo unico, provvisto di forza di legge per la delega legislativa, sia che si limiti a riprodurre le norme precedenti, sia che la nuova disciplina si aggiunga a quella anteriore. Vedi Guastini, *op. cit.*, 292.

sistema delle fonti, ulteriormente confermata dalla resistenza all'abrogazione che è assicurata (comma 6) alle norme contenute nel Testo Unico.

Il coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti deve avvenire con le opportune modifiche che si rendano necessarie per garantire coerenza e semplicità alla normativa e con la «delegificazione delle norme di legge concernenti gli aspetti organizzativi e procedurali». I Testi Unici devono così indicare sia le disposizioni abrogate, certificando il loro effetto sostitutivo, sia le norme oggetto d'abrogazione implicita. L'opera di coordinamento ricomprende anche la competenza a modificare il contenuto delle disposizioni da coordinare in base ad una valutazione di opportunità, rispettando le linee dell'evoluzione legislativa del settore cui si riferisce la delega.

Nell'articolo 15 della legge n. 53 del 2000, tra i criteri direttivi della delega, è inserita la potestà abrogativa ed il riordino previsto può avvenire apprestando le modifiche necessarie per il migliore coordinamento delle disposizioni legislative; pertanto il Testo Unico sui congedi parentali, emanato nell'esercizio della funzione legislativa, ha portata normativa entro i limiti stabiliti dalla legge delega.

Criterio direttivo è il coordinamento, principi generali quelli che si ricavano dalla legislazione da coordinare.

Per quanto riguarda il procedimento per i Testi Unici, il Consiglio dei Ministri delibera lo schema di ciascun Testo Unico, valutato il parere espresso dal Consiglio di Stato (entro trenta giorni dall'invio da parte del Governo).

Lo schema, corredato dall'apposita relazione e dal parere del Consiglio di Stato, è trasmesso alle competenti Commissioni Parlamentari, le quali esprimono il loro parere entro quarantacinque giorni dal ricevimento. Decorso tale termine e tenuto conto delle osservazioni e delle raccomandazioni delle Commissioni, il Testo Unico è emanato con decreto del Presidente della Repubblica³⁸.

3. L'indagine scientifica sui Testi Unici è stata molto ampia e dibattuta ed altrettanto copiosa è la ricostruzione teorica del fenomeno, ma ai fini di queste brevi osservazioni è sufficiente limitarsi al richiamo degli aspetti salienti degli studi elaborati in argomento, che meglio concorrono ad evidenziare le caratteristiche proprie del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 e del suo contenuto.

Al di là della distinzione di quest'atto come «riscrittura coordinata» di diritto già posto, in contrapposizione alle fonti di produzione, vale a dire alla creazione del diritto a seguito dell'esercizio del potere legislativo, si rileva come, alla luce dei riferimenti sopra riportati, la separazione tra la funzione legislativa e la funzione ricognitiva e di coordinamento risiede «nella misura delle modifiche apportate alle disposizioni normative»³⁹.

La funzione normativa esercitata nella formazione del Testo Unico sui congedi

³⁸ Pegoraro e Rivella, *op. cit.*, 35 ss.

³⁹ Malo, *op. cit.*, 1999.

di maternità, paternità e parentali risulta dalla delegazione della potestà legislativa a risolvere tutte le incertezze derivanti dalla molteplicità delle disposizioni nella stessa materia e comunque siano riformulate le disposizioni o siano esse ripetute con le stesse parole delle leggi anteriori, una volta inserite nel Testo Unico queste diventano « parti di un tutto », diverso rispetto alle fonti originarie e perdono la loro identità originaria ⁴⁰.

La finalità perseguita dal decreto legislativo n. 151 del 26 marzo 2001 è quella di ricondurre ad unità la normativa susseguitasi e stratificatasi nel tempo ed essa è sostituita dalla nuova fonte unitaria, poiché si è attinto « al diritto vigente per produrre un diritto rinnovato e coerente », al fine di sostituire la precedente frammentazione normativa ⁴¹.

Il legame con la legislazione precedente è mantenuto attraverso l'indicazione della fonte originaria nella rubrica dell'articolo e la continuità tra la vecchia legislazione e la nuova fonte unitaria è resa evidente attraverso l'indicazione nei nuovi articoli del numero e dei commi delle previgenti disposizioni.

L'espressione « coordinamento formale delle disposizioni vigenti » usata nell'articolo 15 della legge n. 53 del 2000, nel quale si delega il Governo ad emanare il Testo Unico, secondo il parere espresso dal Consiglio di Stato il 30 gennaio 2001, nega l'efficacia innovativa sulle preesistenti norme primarie.

Non si può disconoscere, tuttavia, che il coordinamento non deve esaurirsi in un'attività solo compilativa, poiché deve essere garantita la coerenza logica e sistematica della disciplina legislativa e che la funzione di coordinamento può essere svolta soltanto da disposizioni, le quali nella gerarchia delle fonti hanno natura pari alle norme da coordinare ⁴².

L'utilità ⁴³ del Testo Unico in esame consegue dal rispetto di due condizioni: la prima che esso abbia carattere legislativo, la seconda che esso abroghi espressamente tutte le disposizioni non comprese al suo interno. Sotto tale profilo il legislatore delegante, quando autorizza il Governo ad effettuare le modifiche necessarie al coordinamento delle disposizioni vigenti, specifica che ciò significa abrogare ciò che è superato e le norme obsolete.

Si ricorda che nella materia trattata nel Testo Unico non sono ricondotte tutte le norme della legge n. 53, poiché l'articolo 15 prevede il riordino organico e sistematico delle sole disposizioni in materia di tutela e a sostegno della maternità e della paternità. Restano escluse dalle materie del Testo Unico tutte le indicazioni in tema di tempi della città, anche se queste rivestono comunque importanza ai fini dell'attuazione del godimento del tempo di cura.

È da notare che nella legge n. 53/2000 citata è stata inserita la formula, specifica, con cui si delega il Governo a redigere il Testo Unico. Il legislatore ha evitato, in tal modo, il formarsi delle problematiche cui si è accennato, anche se, in argomento, è utile ricordare gli insegnamenti, che derivano dalla giuri-

⁴⁰ Esposito, *op. cit.*, 182.

⁴¹ Malo, *op. cit.*, 297.

⁴² Per più puntuali riferimenti giurisprudenziali e bibliografici in argomento si rinvia alla nota redazionale a Corte Cost., 4 marzo 1999, n. 49 in *GC*, 2000, 666 e ss.

⁴³ Vedi in generale sull'argomento anche Suppiej, *Il diritto del lavoro oggi*, in *LD*, 2000, 31 ss.

sprudenza della Corte Costituzionale, i quali inducono a ritenere che anche i Testi Unici autorizzati sono dotati di forza di legge, poiché le formule autorizzatorie contenute nella legge attribuiscono al Governo una delega ad operare il coordinamento tra testi legislativi anteriori⁴⁴.

La legge di delegazione si presenta con un contenuto minimo comprensivo di tre elementi necessari: la precisazione dei criteri direttivi e dei principi, cui deve attenersi il Governo, la chiara definizione dell'oggetto, la limitazione temporale (*ex art. 76 Cost.*). Assumono, quindi, valore deterrente i principi, l'oggetto e l'ampiezza della delega e l'ambito entro il quale questa è stata esercitata.

Nell'articolo 15 della legge n. 53 del 2000 i principi e i criteri direttivi ricalcano pedissequamente quanto indicato dall'articolo 7, comma 2, dalla lett. a) alla f); la materia è individuata nelle norme a tutela e sostegno della maternità e della paternità; il termine concesso al Governo, dodici mesi, è stato rispettato e la relazione del Consiglio dei Ministri è stata trasmessa con allegato il parere del Consiglio di Stato alle competenti Commissioni Parlamentari⁴⁵.

Nella redazione del Testo Unico⁴⁶ il Governo si è attenuto al criterio di numerare gli articoli contenenti le disposizioni unificate, suddividendo le norme in capi; il contenuto delle disposizioni oggetto di coordinamento, quando necessario, è stato aggiornato in conformità ad abrogazioni esplicite o a modifiche testuali intervenute successivamente; ha indicato le norme, non inserite nel Testo Unico, che restano in vigore; sono state eliminate le disposizioni già abrogate in forma implicita. Le disposizioni oggetto di coordinamento sono state riformulate per esigenze di rinvio, di raccordo o per rendere esplicite modifiche avvenute in forma non testuale; è stata assicurata uniformità linguistica al testo ed è stato inserito un apposito articolo contenente la formula dell'abrogazione esplicita delle leggi o di quella parte di leggi che hanno concorso alla formazione del Testo Unico.

Tutte le disposizioni mantenute in vigore sono elencate nello specifico articolo 85; è chiaro che tale vigenza è possibile soltanto se la norma anteriore conserva all'interno della nuova normativa una propria portata peculiare, costituendone una deroga, oppure se è stata appositamente sottratta all'effetto abrogativo del nuovo Testo Unico. Al di fuori delle norme innovate, le disposizioni che riguardano la materia, ma sono escluse dal Testo Unico, devono essere riferite e interpretate in base alla disciplina generale di quest'ultimo.

L'ultimo comma dell'articolo 15 della legge n. 53 prevede la possibilità di intervenire con provvedimenti correttivi al Testo Unico, entro un anno dalla sua entrata in vigore. Alle disposizioni in esso inserite si riconosce, tuttavia, la resistenza derivante dal rispetto dei principi e criteri direttivi contenuti nei precedenti primo e secondo comma.

⁴⁴ Malfatti, *op. cit.*, p. 139 ss.

⁴⁵ Sulla trasmissione del decreto legislativo alle competenti Commissioni parlamentari e sulla singolare previsione di decadenza dall'esercizio della delega, per il mancato rispetto del termine di trasmissione, vedi Malfatti, *op. cit.*, 177.

⁴⁶ Con un recente emendamento è stato prorogato fino al 31 dicembre 2001 il termine per l'emanazione dei Testi Unici indicati nell'art. 7 della legge 8 marzo 1999 n. 50.

In breve, successive modifiche alle disposizioni contenute nel Testo Unico devono intervenire attraverso la novella di legge, vale a dire che i successivi interventi legislativi, sulla materia oggetto di riordino, sono attuati solo con la modifica o l'integrazione delle disposizioni in essi contenute, rispettando l'oggetto, i principi ed i criteri direttivi della delega.

Il Testo Unico, articolato in sedici capi, ha sistemato e coordinato il complesso delle innovazioni che interessano la disciplina a sostegno ed a tutela della maternità e della paternità, ma, alla luce della precisazione sopra riportata, si potrà parlare di funzionamento a pieno regime delle nuove regole entro un anno dalla sua entrata in vigore, data la previsione di possibili interventi correttivi.

Rimane ora da esaminare se l'unificazione delle disposizioni è stata effettuata senza apportare sostanziali innovazioni alla legislazione vigente e se è stato effettuato il raccordo con la normativa europea.

4. Richiamati in modo sommario i termini del dibattito sulla tipologia e sulla natura giuridica dei Testi Unici, e chiariti la portata ed il significato dell'articolo 15 della legge n. 53 del 2000, secondo le indicazioni fornite dall'articolo 7 della legge n. 50 del 1999, si può procedere all'esame d'alcune questioni interpretative, preliminari alla redazione del Testo Unico, relative all'aspetto costruttivo dello stesso ed alla sua funzione di riordino delle norme contenute in differenti leggi speciali.

Il raffronto del contenuto degli articoli del decreto legislativo n. 151 del 26 marzo 2001 con la previgente normativa permette di valutare se il legislatore rimanga entro i confini del coordinamento, il quale, come si è già ricordato, deve essere limitato e diretto a garantire la precisione formale e la coerenza logica e sistematica delle norme sottoposte a riordino, esulando da questi limiti le modifiche di carattere sostanziale.

L'aggiornamento dei rinvii ad altre disposizioni, non più rispondenti allo stato della legislazione, non presenta problemi particolari, poiché l'articolo 86 T.U. chiarisce le disposizioni legislative e regolamentari⁴⁷ abrogate dalla data d'entrata in vigore del decreto legislativo n. 151 del 2001.

Si devono ritenere abrogate, anche implicitamente, tutte le norme che, pur non richiamate, disciplinavano materia trattata nel testo delegato, perché esse sono state superate dalla disciplina contemplata nel Testo Unico.

È opportuno precisare che l'abrogazione presenta una causa diversa a seconda che vi sia antinomia tra una norma precedente e quella del Testo Unico, oppure che la disciplina organica successiva si sostituisce per intero a quell'organica vigente nel periodo anteriore o, ancora, vi sono clausole di specifica ed espressa abrogazione.

In quest'ultima circostanza l'abrogazione espressa ha valore innovativo su

⁴⁷ Vedi art. 87 T.U. sulle disposizioni regolamentari di attuazione.

quelle disposizioni, che di per sé potrebbero sopravvivere, ma per fini comprensivi anche della semplificazione si ritiene che debbano essere superate⁴⁸. Per quanto attiene le scelte di merito, operate dal decreto legislativo n. 151/2001, la raccolta in un unico testo delle norme per la tutela della maternità e per i congedi parentali ne facilita la conoscenza e permette di confrontare agevolmente le regole dettate per i diversi settori d'attività.

Ai fini di questa breve indagine è sufficiente limitare il riferimento ai dati più significativi: il riordino della materia dei congedi parentali, introdotti dall'articolo 3 della legge 13 marzo 2000, n. 53 ed ora coordinati nell'articolo 32 del T.U., chiarisce l'ambito d'applicazione della nuova normativa. Merita anche di essere segnalato che la formulazione di alcuni articoli mostra la recezione dei principi affermati dalla Corte Costituzionale nella materia in oggetto.

Nonostante la particolare complessità dei problemi affrontati, la qualità tecnico-giuridica complessiva del testo elaborato dimostrano l'impegno del Governo di esporre con chiarezza di linguaggio i principi innovativi introdotti dalla legge n. 53 del 2000, adeguandosi agli obiettivi generali del Parlamento diretti a migliorare la legislazione e la chiarezza della legge.

5. I contenuti del Testo Unico sono valutabili solo con l'esame dei singoli articoli. Il capo primo, intitolato « Disposizioni generali », contiene cinque articoli dedicati a delimitare la materia contenuta nel Testo Unico ed a specificare il significato delle nuove espressioni, usate per individuare i vari tipi di astensione dal lavoro concessi alla madre ed al padre, poiché si verifica un cambiamento di termini rispetto alle leggi previdenti⁴⁹ e si deve rispondere all'esigenza della certezza del diritto.

La scelta operata nell'articolo 1, nella definizione della materia, individua l'oggetto della delega: l'insieme delle norme che hanno come contenuto la tutela dei diritti delle madri, lavoratrici dipendenti, autonome, libere professioniste, imprenditrici agricole, collaboratrici coordinate e continuative e quella dei padri, lavoratori subordinati. I lavoratori subordinati e le lavoratrici subordinate sono tutti i dipendenti privati e pubblici « privatizzati »⁵⁰ nonché i soci lavoratori di cooperative.

L'articolo 3 ribadisce il divieto di discriminazione, ripetendo quanto specificato agli articoli 2 e 3 della legge 9 dicembre 1977, n. 903⁵¹; questa appare una disposizione ulteriore e non direttamente attinente la materia del Testo Unico.

⁴⁸ Guastini, *op. cit.*, 291 ss.

⁴⁹ Gottardi, *Lavoro di cura. Spunti e riflessioni*, in *LD*, 2001, 121 ss.

⁵⁰ Sul punto vedi Suppiej, *op. cit.*, 9, il quale osserva come, pur non essendo menzionati nell'art. 2, comma 1, tra i dipendenti devono essere compresi anche i lavoratori assunti con contratto di formazione lavoro; mentre l'A. sottolinea che il richiamo ai lavoratori pubblici privatizzati assume rilievo solo in considerazione del fatto che ad alcune categorie di dipendenti pubblici, non privatizzati, si applicano specifiche disposizioni (artt. 9, 10, 58).

⁵¹ Sono disposizioni legislative non interessate da alcun intervento abrogativo da parte del Testo Unico.

L'articolo 5 sull'anticipazione del trattamento di fine rapporto⁵² invece, — come suggerito dal Consiglio di Stato — sarebbe potuto essere collocato all'interno del successivo capo sesto, poiché riguarda, più propriamente, il trattamento economico del congedo parentale.

La tutela della salute della lavoratrice madre⁵³ è presa in considerazione nelle disposizioni contenute nel capo secondo. La disciplina, delineata dall'articolo 6 al 15, è il risultato della riscrittura e del coordinamento di tutte le norme finora vigenti⁵⁴ per la sicurezza e per la tutela della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere, e delle madri adottive ed affidatarie, fino al settimo mese di età del figlio. La lettura delle varie disposizioni risulta più agevole, anche se rimane generico il richiamo — inserito nel primo comma dell'articolo 7 — « alle parti sociali », le quali devono esprimere il loro parere sugli aggiornamenti da apportare, con futuro decreto ministeriale, all'elenco dei lavori ritenuti pericolosi, faticosi ed insalubri, di cui all'allegato A del Testo Unico. Nel secondo comma dell'articolo 6 tra i destinatari delle norme protettive sulla sicurezza e sulla salute sono comprese anche le lavoratrici, le quali hanno ricevuto un bambino in adozione o in affidamento, impegnate nello svezzamento⁵⁵. Bisogna segnalare come quest'ampliamento dei soggetti tutelati corrisponda ad un'innovazione più formale che sostanziale: in primo luogo la legge n. 53 del 2000 ha effettuato la piena comparazione tra i diritti dei genitori naturali e quelli adottivi ed affidatari; in secondo luogo la tutela della salute della lavoratrice madre e del bambino assume in linea generale valore preminente nella nuova normativa e richiede la predisposizione di tutte le misure più idonee per raggiungere tale obiettivo.

La lavoratrice — durante il periodo di gravidanza o lavoratrice che ha ricevuto un bambino in adozione o in affidamento e fino a sette mesi di età del figlio (art. 7 T.U.) — interessata dal divieto di eseguire lavori pericolosi, faticosi e insalubri o che comportano il trasporto ed il sollevamento di pesi o l'esposizione ad agenti nocivi, come risulta dagli allegati A e B al Testo Unico e dagli aggiornamenti previsti, cui concorrono anche le parti sociali, deve essere adibita ad altre mansioni.

Se il trasferimento ad altri incarichi non è possibile, il servizio ispettivo del Ministero del Lavoro, competente per territorio, può disporre l'interdizione dal lavoro fino al compimento del settimo mese del figlio. Nel dettato dell'articolo 7 è indicato il nuovo soggetto che sostituisce l'ispettorato del lavoro.

È ribadito che le assenze per le visite mediche e per gli esami prenatali sono

⁵² Il diritto all'anticipazione vale per tutte le indennità di fine rapporto, comunque denominate, spettanti ai lavoratori/lavoratrici subordinati.

⁵³ In argomento vedi Del Punta, *op. cit.*, 149 ss.

⁵⁴ Solo alcune delle disposizioni legislative puntualmente richiamate nei sopraccitati articoli risultano abrogate.

⁵⁵ Rimane da sottolineare che ragioni di coerenza impongono di ampliare i riferimenti contenuti negli allegati A, B e C al testo unico, riferiti alle sole lavoratrici gestanti e puerpere, anche alle madri adottive e/o affidatarie. Vedi già Corte Cost. n. 341 del 1991.

retribuite e che la sanzione per la violazione del divieto è punita con la sanzione dell'arresto fino a sei mesi ⁵⁶.

Merita una breve osservazione anche il disposto degli articoli 7 e 10. In risposta all'esigenza di delineare un sistema di tutela più ampio e flessibile nel contesto delle politiche per le famiglie sarebbe opportuno estendere le attuali norme di tutela anche al corpo forestale dello Stato ed ai vigili del fuoco.

Un maggiore approfondimento dovrebbe essere dedicato, inoltre, alla verifica, in termini di ragionevolezza e di giustificatezza, della diversa disciplina vigente tra corpi di polizia e personale militare femminile per ciò che riguarda l'individuazione dei lavori pericolosi e faticosi: il lavoro prestato nei corpi di polizia è sempre considerato pericoloso e faticoso, per il personale militare femminile ⁵⁷ gli incarichi pericolosi, faticosi ed insalubri sono invece determinati da un decreto ministeriale.

Nel capo terzo e quarto è coordinata, rispettivamente, la disciplina del congedo di maternità, un tempo astensione obbligatoria dal lavoro e del congedo di paternità ⁵⁸ cioè il diritto all'astensione dal lavoro concessa al lavoratore in sostituzione della madre dopo la nascita del figlio ed i congedi parentali.

Negli articoli contenuti nel capo terzo (dall'art. 16 all'art. 27) il Governo ha provveduto a coordinare le disposizioni sui congedi di maternità, anche in relazione all'adozione ed all'affidamento ed a specificare il relativo trattamento economico, normativo e previdenziale, nonché l'apparato sanzionatorio. Sono riprese o, se necessario, riscritte le disposizioni della legge n. 1204 del 1971, integrate dalla legge n. 53 del 2000 e del decreto legislativo n. 564 del 1996 in materia di trattamento previdenziale ⁵⁹ tenuto conto della legge finanziaria per il 2001.

Nel primo comma dell'articolo 17 si esplicita l'obbligo di anticipare il divieto di adibire la lavoratrice a lavori gravosi e pregiudizievoli alla sua salute ed a quella del nascituro ai tre mesi antecedenti la data presunta del parto. L'individuazione delle ipotesi è rimandata ad un decreto ministeriale, già dalla legge n. 1204 del 1971 e questa disposizione del testo unico è una riformulazione della disciplina anteriore con le necessarie modifiche per quanto riguarda il soggetto incaricato al controllo, ora servizio ispettivo del Ministero del Lavoro, ed il richiamo al livello nazionale ed al criterio della maggiore rappresentatività delle organizzazioni sindacali che devono essere consultate prima di emanare il necessario decreto.

Pare opportuno fare un richiamo alle diverse espressioni usate dal Governo

⁵⁶ La stessa sanzione è combinata nel caso in cui la donna venga adibita al lavoro nel periodo di interdizione e la violazione delle norme in materia di lavoro notturno per le donne in stato di gravidanza comporta l'arresto da due a quattro mesi o l'ammenda da uno a cinque milioni di lire.

⁵⁷ Vedi Scarponi, *op. cit.*, 116.

⁵⁸ Sul rilievo delle questioni terminologiche, come portata dell'evoluzione sociale, vedi anche Gottardi, *La disciplina del congedo di maternità e paternità*, in *G. Dir.*, 2001, n. 19, 16.

⁵⁹ Sono prese in considerazione anche le disposizioni contenute nell'art. 6, comma 1 della legge 9 dicembre 1977, n. 903 e negli articoli 31, comma 3, lett. a), 39 *quater*, lett. a) e c) della legge 4 maggio 1983, n. 184.

nell'indicare i soggetti esterni, chiamati a concorrere alla formazione dell'elenco dei lavori ritenuti gravosi e pregiudizievoli per la salute della lavoratrice madre, il quale è previsto sia nel primo comma nell'articolo 7 e 17, sia nel secondo comma dell'articolo 20. Nel primo e nell'ultimo articolo richiamati si menzionano genericamente le parti sociali, mentre si precisa l'obbligo di consultare le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative soltanto nell'articolo 17.

L'esigenza di semplificazione ed uniformità di linguaggio, nonché l'armonizzazione della normativa vigente, sarebbe stata meglio soddisfatta specificando, in tutte le ipotesi citate, il ricorso alla consultazione preventiva con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative o, adeguandosi alla tendenza che si sta affermando nella più recente legislazione, con i sindacati « comparativamente più rappresentativi ».

Nel disporre in merito alla documentazione relativa alla data del parto, il legislatore delegato si è attenuto alla attuale disciplina sulla semplificazione amministrativa pertanto la lavoratrice può presentare il certificato di nascita o una dichiarazione sostitutiva.

La disciplina del trattamento economico e previdenziale si sviluppa nel capo terzo (articoli 22-25) con le modifiche e le integrazioni alla legislazione precedente necessarie per adeguare le norme agli insegnamenti della Corte Costituzionale e per coordinarle con la nuova configurazione dei congedi a seguito della legge n. 53 del 2000.

Si ricorda che l'indennità giornaliera pari all'ottanta per cento della retribuzione, è corrisposta fino alla fine del settimo mese di età del figlio, qualora la lavoratrice addetta a lavori pericolosi, faticosi ed insalubri sia obbligata ad astenersi dal lavoro, per avviso del servizio ispettivo del Ministro del Lavoro competente per territorio fino a tale periodo.

Per la determinazione della misura dell'indennità si considera la retribuzione percepita nel mese, o nelle quattro settimane o nei giorni, immediatamente precedenti il periodo di congedo, sia esso di maternità, paternità o parentale o di assistenza per la malattia del figlio. Su questo punto è opportuno segnalare che in altre leggi in materia di lavoro subordinato la media per il calcolo delle prestazioni economiche dovute al lavoratore tiene conto di periodi di tempo più lunghi.

Il capo terzo si conclude con le disposizioni che rendono esplicita la piena parificazione del trattamento economico e previdenziale dei genitori affidatari o adottivi con quello corrisposto ai genitori naturali, uguaglianza già indicata nell'articolo 1, primo comma e nell'articolo 4, quarto comma. Non si tratta di innovazioni alla precedente disciplina in vigore, ma, assolvendo il compito di maggior chiarezza della legislazione, il dettato degli articoli 26 e 27 specifica che i congedi, già attribuiti alla madre, sono, comunque, godibili dal padre lavoratore adottivo o affidatario.

Sulla novità⁶⁰, non solo lessicale, del congedo di paternità e del congedo

⁶⁰ Del Punta, *op. cit.*

parentale, astensione facoltativa dal lavoro di entrambi i genitori, si è molto discusso in sede d'elaborazione dei primi commenti alla legge n. 53 del 2000⁶¹, nell'ambito delle precedenti osservazioni sulla formulazione del Testo Unico, si rileva la piena conformità delle disposizioni al recente intervento legislativo.

Il Governo ha badato a semplificare la struttura degli articoli (capo quarto e quinto, del T.U.) e ad inserire le precisazioni, le quali consentono una più chiara ed immediata lettura delle norme. La definizione dei soggetti titolari del diritto al congedo, l'indicazione dei termini di durata dell'assenza dal lavoro, frazionata o continuativa e delle cause che consentono il prolungamento del congedo parentale, la disciplina del trattamento economico e previdenziale attribuito ai lavoratori ed alle lavoratrici confermano il rispetto dei limiti della delega legislativa.

Il regime dei riposi e dei permessi giornalieri⁶² e dei congedi per l'assistenza al figlio portatore di handicap grave e per la malattia del figlio trova la sua sistemazione nel capo sesto e settimo, con un'opera di razionalizzazione del Governo, il quale ha suddiviso nei capi citati la disciplina contenuta in diverse disposizioni di leggi anteriori, in parte esplicitamente abrogate.

È ribadito che i permessi retribuiti⁶³, a carico dell'Inps o di altro ente assicuratore, spettano alla madre o al padre, anche in caso d'adozione o di affidamento, indipendentemente dalla posizione dell'altro genitore e possono essere goduti in alternativa.

Nella redazione dell'articolo 41 il Governo avrebbe dovuto specificare, con apposito richiamo, che il raddoppio dei permessi concesso per il parto plurimo spetta altresì ai genitori che hanno ricevuto in adozione o in affidamento più di un bambino. Il riconoscimento di questo diritto si desume, comunque, dal rinvio all'articolo 41 contenuto nell'articolo 45, tuttavia una più puntuale indicazione avrebbe reso immediata la presenza di tale analogo diritto.

Nell'articolo 42⁶⁴ e seguenti è schematizzata la disciplina dei permessi giornalieri, attribuiti in via alternativa al padre o alla madre per l'assistenza al figlio portatore di handicap grave fino al compimento del terzo anno di età e le modalità di esercizio del diritto al prolungamento del congedo parentale, così come stabilito dalla legge n. 53 del 2000 nell'articolo 4, comma quattro *bis* e nell'articolo 20.

Il capo sesto si conclude con le disposizioni in tema di trattamento economi-

⁶¹ Tra i numerosi studi in argomento, oltre i richiami presenti nel testo, vedi Del Punta-Lazzeroni-Vallauri, *I congedi parentali*, Milano, 2001; Cirioli, *Congedi parentali*, Milano, 2001.

⁶² La durata del riposo giornaliero è variamente modulata secondo la durata dell'orario giornaliero di lavoro o la presenza di idonee strutture per l'assistenza ai neonati, predisposte dal datore di lavoro, vedi art. 39 T.U.

⁶³ I permessi per le malattie del bambino non sono in generale retribuiti, salvo disposizioni più favorevoli dei contratti collettivi, ma rilevano per l'anzianità di servizio e non ai fini delle ferie e delle mensilità aggiuntive. In generale sul nucleo dei familiari destinatari del lavoro di cura v. Gottardi, *op. cit.*, 135 ss.

⁶⁴ Del Punta, *op. cit.*, p. 172.

co ⁶⁵, normativo e previdenziale armonizzate alle nuove situazioni create dalla legge n. 53 e con l'indicazione delle sanzioni applicabili ⁶⁶.

6. All'interno dell'articolo 53 T.U., il legislatore delegato coordina e suddivide, in tre commi, la disciplina che attiene al divieto di lavoro notturno per la lavoratrice, di cui sia stato accertato lo stato di gravidanza e fino al compimento del primo anno di età del figlio e la disciplina delle ipotesi, nelle quali ricorre il diritto della lavoratrice e parzialmente del padre di rifiutare la prestazione di lavoro nell'orario compreso tra le ore ventiquattro e le sei del mattino. Non vi è nulla di nuovo in materia, rispetto a quanto già stabilito dalla legge n. 53 e dalla legge quadro per l'assistenza alle persone portatrici di handicap e dalle sue successive modifiche.

La garanzia della stabilità del posto di lavoro è oggetto del capo nono. L'esposizione dei limiti al potere del datore di lavoro di recesso e di sospensione dal lavoro della propria dipendente, in relazione allo stato di gravidanza e l'indicazione delle condizioni per l'estensione del divieto al padre lavoratore hanno richiesto gli aggiustamenti e le modifiche delle disposizioni anteriori, necessarie per garantire la « coerenza logica e sistematica della normativa », soprattutto in relazione alle nuove norme sulla fruizione dei congedi di paternità e parentale ⁶⁷.

I dati sui quali merita soffermarsi sono quelli che evidenziano la presenza di incongruenze o lacune, tali da creare futuri problemi interpretativi nell'applicazione delle norme. Sotto questo profilo si segnala la scomparsa della previsione del termine entro il quale la lavoratrice deve presentare la certificazione attestante, al momento del recesso, la presenza delle condizioni che lo vietano ⁶⁸.

È probabile che il Governo abbia preferito sottolineare, come ribadito nel secondo comma e nel comma terzo, lett. d) dell'articolo 54 del T.U., che il

⁶⁵ Il rilevante problema della copertura economica del congedo parentale non è trattato dalla direttiva europea già richiamata, ma agli Stati membri è lasciata piena libertà sia di decidere la misura dell'indennità da corrispondere, sia di non stabilire alcun tipo di copertura economica. Izzi, *op. cit.*, 1525.

⁶⁶ Su questo argomento vedi Papaleoni, *Riposi giornalieri, permessi e congedi per la malattia*, in *G. Dir.*, 2001, n. 19, 33, il quale esprime qualche perplessità sul fatto che sia prevista solo la sanzione pecuniaria per l'inosservanza delle disposizioni relative ai riposi e congedi giornalieri e per malattia del bambino (art. 46 T.U.), mentre non sono considerati i congedi per l'assistenza al figlio portatore di handicap grave. L'A. ritiene possibile colmare tale lacuna attraverso l'applicazione per analogia delle medesime sanzioni anche alla violazione dell'articolo 42, poiché si rientra nell'ambito di sanzioni amministrative.

⁶⁷ Artt. 28 e 54, commi 3, 4, 5, 7. Si verifica in questo caso, Basenghi, *Licenziamento, dimissioni, diritto al rientro e lavoro notturno*, in *G. Dir.*, 2001, n. 19, 40, una parziale assimilazione della posizione del padre a quella della madre.

⁶⁸ Il termine di novanta giorni dalla data del licenziamento è indicato nel secondo comma dell'articolo 2 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, legge espressamente abrogata, tuttavia è rimasto in vigore il D.P.R. 25 novembre 1976, n. 1026, che contiene analoga indicazione all'art. 4.

divieto di licenziamento opera in connessione con lo stato oggettivo della gravidanza⁶⁹, rinviando ogni ulteriore precisazione alla via regolamentare.

In realtà sarebbe stato più opportuno il diretto richiamo alla disposizione contenuta nel regolamento di esecuzione della legge n. 1204 del 1971, in cui si indica il termine di novanta giorni per la presentazione della certificazione invalidante il recesso del datore di lavoro; tale richiamo impedirebbe l'eventuale contestazione del licenziamento a distanza di anni.

Bisogna, ancora, ricordare che si è di fronte ad un licenziamento nullo, come ha già affermato la Corte Costituzionale, pertanto la lavoratrice può sempre far valere il vizio senza alcun termine, « fatta salva la prescrizione dei diritti correlati alla declaratoria di nullità »⁷⁰.

A proposito della nullità del licenziamento intimato nel periodo in cui opera il divieto, il Governo non si è occupato di precisare ulteriormente le conseguenze che derivano dalla pronuncia giudiziale di nullità ed ha taciuto sul regime protettivo invocabile⁷¹. Un intervento legislativo avrebbe, invece, risolto le possibili incertezze interpretative sulla natura, retributiva o risarcitoria⁷² — interpretazione, quest'ultima, più rispondente allo stato attuale della normativa — delle utilità economiche perdute dovute dal datore di lavoro inadempiente alla lavoratrice e al lavoratore padre⁷³ nelle ipotesi in cui è destinatario del divieto di licenziamento.

La tutela contro i provvedimenti di sospensione dal lavoro recepisce i risultati più recenti, cui è giunta la produzione dottrinale e giurisprudenziale e corrisponde ai principi enunciati dalla direttiva europea 96/34, pertanto si garantisce alla lavoratrice la tranquillità, anche economica, necessaria per un decorso normale della gravidanza e del periodo di allattamento, nonché per la salvaguardia della salute del nascituro e del bambino.

Tra le deroghe al licenziamento⁷⁴, individuate dalla legge, si inserisce anche l'ipotesi della procedura di mobilità attuata per la cessazione integrale dell'at-

⁶⁹ Sulle « tecniche di tutela tendenti a salvaguardare il diritto al lavoro con la funzione familiare », vedi Scarponi, *op. cit.*, 108.

⁷⁰ Basenghi, *op. cit.*

⁷¹ Vedi De Simone, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e discriminazione nei rapporti di lavoro*, Torino, 2001, 106 e 119. Il licenziamento previsto nel T.U. risulta infatti estraneo al campo di applicazione della legge n. 604 del 1966. In tal senso vedi, per la legislazione anteriore, Cass. 20 gennaio 2000, n. 610, in *RCDL*, 2000, 449; Cass. 30 maggio 1997, n. 4809, in *RIDL*, 1998, II, 146 con nota di Pizzoferrato

⁷² Più in dettaglio sul tema si rinvia a Basenghi, *op. cit.*, 42. Alle conseguenze civili della nullità si aggiunge anche la sanzione amministrativa *ex art.* 54, comma 8.

⁷³ Del Punta, *op. cit.*, 174.

⁷⁴ In base all'opinione prevalente espressa in sede dottrinale e giurisprudenziale si è affermata la tendenza a ritenere che la giusta causa di licenziamento, legittimante il recesso del datore di lavoro deve essere « particolarmente qualificata dal punto di vista soggettivo in ragione delle specifiche condizioni psico-fisiche in cui versa la lavoratrice madre » e deve comprendere, dal punto di vista oggettivo, situazioni più complesse rispetto agli schemi previsti dal codice civile e dalla contrattazione collettiva. Cfr. Cass. 21 settembre 2000, n. 12503, in *LG*, 2001, 343 con nota di Ferrau.

tività dell'impresa⁷⁵, sebbene non espressamente indicata nel testo dell'articolo 54, terzo comma. Si segnala infine che durante il patto di prova è confermata una parziale stabilità, desunta anche dalla decisione della Corte Costituzionale⁷⁶, attraverso il richiamo al divieto di discriminazione a causa del sesso.

Il diritto al rientro nella stessa unità produttiva, che presuppone la conservazione del posto di lavoro, spetta a tutti i lavoratori e lavoratrici, compresi i genitori adottivi o affidatari, al termine di tutte le assenze dal lavoro individuate nel T.U., con una differenza, piuttosto rilevante, relativa alla durata della garanzia: questa si protrae fino al compimento del primo anno d'età del figlio nelle situazioni *ex primo* e secondo comma dell'articolo 56 T.U., si esaurisce al momento del rientro in tutte le altre ipotesi indicate nel terzo comma dell'articolo citato.

7. La molteplicità dei tipi di lavoro ha reso necessario predisporre apposite norme che rendano applicabili a ciascun rapporto di lavoro, con gli opportuni adattamenti, le tutele della maternità e della paternità.

Nel capo decimo del Testo Unico sono così inserite le disposizioni sui rapporti di lavoro a termine e temporaneo⁷⁷ con le pubbliche amministrazioni, cui spetta sia il trattamento economico per i congedi di maternità, paternità e parentali, salvo trattamenti più favorevoli, sia il prolungamento dell'indennità di maternità in caso di risoluzione del rapporto; per il personale militare⁷⁸ si prevede espressamente che le assenze ed i congedi non influiscono sullo stato giuridico e sulla progressione di carriera.

Nei confronti dei lavori stagionali (art. 59 T.U.) il licenziamento per cessazione dell'attività, intimato durante il periodo in cui opera il divieto di recesso del datore di lavoro, attribuisce alla lavoratrice il diritto di precedenza alla riassunzione alla ripresa dell'attività lavorativa.

I lavoratori e le lavoratrici a tempo parziale — per il principio di non discriminazione — hanno lo stesso diritto ai congedi dei lavoratori a tempo pieno, con un trattamento economico proporzionato all'entità ridotta della prestazione lavorativa.

Il diritto al congedo di maternità e paternità compete ai lavoratori e lavoratrici domestiche⁷⁹ e a quelli impegnati in lavori socialmente utili; pari diritto

⁷⁵ Non è possibile applicare il disposto del quarto comma dell'articolo 54 T.U. al verificarsi di tale circostanza, v. Basenghi, *op. cit.*, 41.

⁷⁶ Si tratta della sentenza della Corte cost. 31 maggio 1996, n. 172, in *LG*, 1996, 848 con nota di Gottardi, nella quale si afferma che il datore di lavoro ha l'onere di fornire motivate spiegazioni delle ragioni che giustificano il suo recesso dal patto di prova, quando è a conoscenza dello stato di gravidanza della lavoratrice.

⁷⁷ Vallebona, *Le disposizioni speciali per particolari rapporti*, in *G. Dir.*, 2001, n. 19, 47, segnala un errore nel testo dell'articolo 57 nel punto in cui si riferisce ai lavoratori «assunti dalle pubbliche amministrazioni con contratto di lavoro temporaneo», poiché il contratto di lavoro temporaneo intercorre con l'impresa fornitrice.

⁷⁸ Scarponi, *op. cit.*, 116.

⁷⁹ Bozzao, *op. cit.*, 74.

godono i lavoratori e le lavoratrici a domicilio⁸⁰, mentre la corresponsione dell'indennità di maternità e di paternità è subordinata alla riconsegna al committente di tutte le merci e tutto il lavoro anche se non terminato. L'articolo 63 si occupa del lavoro in agricoltura, sia a tempo indeterminato, sia a tempo determinato.

Il capo undicesimo è dedicato per intero alla tutela della maternità per le lavoratrici autonome. Coltivatrici dirette, mezzadre e colone imprenditrici agricole a titolo principale e artigiane ed esercenti attività commerciali hanno diritto all'indennità giornaliera di maternità⁸¹ nei due mesi antecedenti il parto e durante i tre mesi successivi a tale evento, tale trattamento è corrisposto anche in caso di adozione o di affidamento di un bambino, di età non superiore ai sei anni, nei tre mesi successivi all'effettivo ingresso in famiglia.

Merita di essere segnalato che le madri⁸² di bambini nati dopo il primo gennaio del 2000 hanno diritto al congedo parentale per tre mesi entro il primo anno di età del figlio, purché si astengano da ogni altro lavoro.

La tutela della maternità per le lavoratrici coordinate e continuative avviene nelle forme e con le modalità previste per il lavoro dipendente⁸³ (art. 64); alle libere professioniste, invece, è dedicato il capo dodicesimo del Testo Unico.

Il contenuto degli articoli ricalca, con qualche aggiornamento, quanto già disposto dalla legge 11 dicembre 1990, n. 379; l'indennità di maternità spetta alle lavoratrici iscritte alle Casse di previdenza indicate nella tabella D allegata al Testo Unico, con la precisazione che l'erogazione della trattamento economico avviene indipendentemente dall'effettiva astensione dal lavoro ed anche nei casi di aborto spontaneo o terapeutico; si equipara, anche in questo caso, il trattamento tra la madre naturale e quella affidataria ed adottiva⁸⁴.

Per concludere, gli obiettivi di coordinamento e di semplificazione⁸⁵ assegnati dalla delega sembrano essere stati raggiunti, pur segnalando l'opportunità di provvedere ad alcuni chiarimenti e precisazioni, non ultime quelle relative all'esistenza o no del dovere di astenersi da qualsiasi attività lavorativa durante la fruizione di ogni tipo di congedo⁸⁶ e quelle relative alle misure, le quali permettano al datore di lavoro una precisa verifica della presenza dei requisiti per accedere al diritto al congedo⁸⁷. Si tratta, comunque, di lacune facilmente rimediabili, poiché è praticabile la via regolamentare.

⁸⁰ Cfr. Corte Cost., 26 luglio 2000, n. 360, in *LG*, n. 11, 1027 con nota di Mannaccio.

⁸¹ Cfr. art. 67, c. 3, l'indennità viene corrisposta dall'Inps su presentazione di domanda da parte dell'interessata. Sulla tutela predisposta per tali lavoratrici vedi Bozzao, *op. cit.*, 74.

⁸² L'insieme delle disposizioni a tutela della maternità e della paternità, sotto il profilo del sostegno economico, è completato dalla disciplina delle due diverse tipologie di assegno di maternità, di base e assegni discontinui, di cui al capo XIII del Testo Unico. Vedi Saraceno, *op. cit.*, 46.

⁸³ Cfr. art. 80, c. 12 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 e art. 59, c. 16, quarto periodo della legge 27 dicembre 1997, n. 449, rispettivamente in *DPL*, 2001, n. 2, 143 e 1998, n. 3, 15.

⁸⁴ Cfr. artt. 70, 71, 72.

⁸⁵ Pedrazzoli, *Codice dei lavori*, Milano, 2001; Vallebona, 2000, *Alla ricerca della certezza perduta*, in *GI*, 2000, n. 6, 1334 ss.

⁸⁶ Bozzao, *op. cit.*, 75 ss.

⁸⁷ Ci si riferisce, in particolare, all'ipotesi di padre e madre dipendenti da diversi datori di lavoro

Nell'ambito dei singoli istituti, comunque, le disposizioni e le soluzioni possono essere migliorate in sede di possibile aggiornamento del Testo Unico e nell'ambito delle disposizioni regolamentari di attuazione dello stesso.

Sul piano normativo le innovazioni alla precedente disciplina più frammentata e sotto alcuni profili culturalmente e storicamente datata, sono particolarmente espressive per l'introduzione, anche se con prospettiva di lungo termine, di principi e valori con un rilievo in qualche modo differenti rispetto a quelli che hanno ispirato le leggi, le quali sono state introdotte nel corpo unitario.

Le innovazioni riguardano l'introduzione della bilateralità, l'aggiornamento dei concetti sul diritto individuale dei genitori, naturali, adottivi o affidatari di occuparsi dei figli, l'incentivo ad un'effettiva ripartizione delle responsabilità familiari e professionali.

Non pare possibile oggi esprimere giudizi definitivi sull'adeguatezza della nuova normativa rispetto a quell'obiettivo d'uguaglianza sostanziale tra lavoratore e lavoratrice, che traspare nello spirito della legge, tuttavia si può rilevare il risalto attribuito alle ragioni della persona rispetto alle « ragioni dell'economia »⁸⁸ e apprezzare il superamento delle politiche femminili separate dalle politiche del lavoro generali⁸⁹.

Una più equa ripartizione delle responsabilità familiari e professionali tra il padre e la madre potrà, poi, produrre quegli effetti e quelle conseguenze positive, auspiccate dal legislatore⁹⁰, solo se supportata da un cambiamento culturale e sociale e da concrete misure incentivanti.

o assunti con contratto di lavoro a termine in successione da differenti datori di lavoro, mentre perdurano le circostanze che danno diritto al congedo. E' auspicabile che nella materia intervenga anche la contrattazione collettiva, alla quale, peraltro sono poco frequenti i richiami all'interno del T.U.

⁸⁸ De Simone *op. cit.*, 248.

⁸⁹ Trova così conferma la diversità « biologica » della donna lavoratrice, nello stesso tempo vengono trattate in modo uguale situazioni che non presentano differenze. In argomento vedi Ichino *op. cit.*, 570 e De Simone, *op. cit.*, 253 ss., la quale A. auspica come meta finale degli interventi normativi « un diritto del lavoro, comunitario e interno che sappia superare (senza dimenticarla) la fase dei divieti di discriminazione, per intraprendere con convinzione la via del diritto diseguale, sia ricorrendo alle azioni positive, sia integrando le altre diversità nelle politiche generali del lavoro ».

⁹⁰ Vedi ancora Gottardi, *op. cit.*, 140 ss.

Privatizzazioni, rappresentanza e contrattazione collettiva

Roberto Pedersini

Sommario: **1.** Premessa. — **2.** La riconfigurazione della rappresentanza. — **3.** Rappresentanza e struttura contrattuale nei settori liberalizzati. — **4.** La definizione dei contenuti contrattuali nei settori liberalizzati. — **5.** Conclusioni.

1. I processi di privatizzazione (e di liberalizzazione) possono essere analizzati da molti punti di vista. Un aspetto interessante, ma forse meno studiato di altri, è quello degli effetti dei processi di privatizzazione sui sistemi di relazioni industriali, sia all'interno delle imprese oggetto di dismissione, sia per i settori coinvolti nei programmi di dismissione e di liberalizzazione. Un motivo che può giustificare una presenza relativamente limitata della questione delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva nella letteratura sulle privatizzazioni è forse l'assenza di un quadro teorico unitario e consolidato sui sistemi di relazioni industriali, per cui non è facile analizzare l'impatto delle dismissioni sulla regolazione collettiva del rapporto di lavoro in astratto, prima cioè che le conseguenze si realizzino concretamente. Lo studio delle relazioni industriali, da questo punto di vista, è molto radicato nelle specifiche realtà economiche ed istituzionali e questa caratteristica rende problematica qualsiasi generalizzazione. Anche per tale motivo, è più probabile che lo studioso di relazioni industriali si confronti con il tema delle privatizzazioni attraverso i contenuti della contrattazione sulle riorganizzazioni che spesso accompagnano la privatizzazione di un'impresa od analizzando la ridefinizione del rapporto di lavoro, in conseguenza dell'uscita dall'ambito del settore pubblico ¹.

Tuttavia, oltre a queste implicazioni immediate e dirette, i processi di privatizzazione e di liberalizzazione hanno conseguenze strutturali che toccano

Roberto Pedersini è ricercatore di sociologia dei processi economici e del lavoro nell'Università di Milano.

Il presente lavoro è destinato agli studi in onore di Guido Baglioni.

¹ Si vedano, ad esempio, Ferner e Colling, « *Privatisation, Regulation and Industrial Relations* », *BJIR*, 1991, vol. 29, n. 3, 391-409; Ponzellini e Treu, (a cura di.) *Servizi pubblici, privatizzazione e relazioni industriali in Europa*, F. Angeli, Milano, 1994; Parry, Waddington e Critcher, « *Industrial Relations in the Privatized Mining Industry* », *BJIR*, 1997, vol. 35, n. 2, 173-196; Pedersini, *Privatisation and industrial relations*, European Industrial relations Observatory (Eiro), European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, <http://eiro.eurofound.ie/>, n. di record TN9912201S, dicembre 1999; Pendleton, « *Ownership or competition? An evaluation of the effects of privatization on industrial relations institutions, processes and outcomes* », *Public Administration*, 1999, vol. 77, n. 4, 769-791.

diversi aspetti del sistema di relazioni industriali. Innanzitutto, la rinuncia dello stato ad esercitare il ruolo di « imprenditore » ha conseguenze sul sistema della rappresentanza imprenditoriale e, anche se indirettamente, può influire sull'articolazione della rappresentanza sindacale. Questo è vero soprattutto in quei settori dove l'impresa pubblica, in virtù di un monopolio legale, è l'unico datore di lavoro o comunque quello largamente dominante. In questo caso, la privatizzazione, alla quale è di norma affiancata la liberalizzazione, può avere un secondo effetto, questa volta sulla struttura della contrattazione collettiva: alla « costruzione » di un nuovo mercato può corrispondere la creazione di un sistema di relazioni industriali di settore e la definizione di un nuovo contratto di categoria di riferimento. In questo contributo, si cercherà di analizzare i meccanismi che possono influenzare queste trasformazioni, facendo riferimento ai possibili caratteri e contenuti di tale nuova articolazione settoriale del sistema di relazioni industriali. A questo proposito, sarà importante prendere in considerazione i rapporti fra *incumbent* (ossia l'impresa monopolista o « dominante ») e nuovi entranti e, sia pure in maniera più limitata, le dinamiche della rappresentanza in ambito sindacale. La discussione cercherà di sviluppare alcune riflessioni generali, confrontandole, in particolare, con l'esperienza delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni italiane.

2. La prima serie di trasformazioni del sistema di relazioni industriali introdotta dai processi di privatizzazione riguarda gli attori. È evidente che cambia, innanzitutto, la natura del datore di lavoro: un « imprenditore pubblico » è sostituito da una nuova proprietà privata che esercita il controllo sull'attività di impresa. Di conseguenza, lo stile manageriale e dei rapporti con il sindacato può cambiare anche in modo considerevole. Viene eliminata la sovrapposizione fra fini economici ed obiettivi politici, che può rendere « indeterminato » il mandato del management pubblico, favorire inefficienze (economiche) e causare problemi nell'attribuzione delle responsabilità gestionali. L'atteggiamento di sostegno e promozione dei rapporti sindacali, tipico del settore pubblico, non è più scontato e può essere messo in discussione dai nuovi azionisti di riferimento.

Con ogni probabilità, ciò implica una rinegoziazione complessiva, non necessariamente formale, del sistema di relazioni industriali a livello di impresa, con una conferma od una modifica dei vari aspetti del quadro regolativo, inclusi il riconoscimento reciproco delle parti e l'identificazione degli spazi di contrattazione e confronto fra il management ed i sindacati e quelli, invece, nei quali il management esercita la propria autonomia. Anche se la privatizzazione non pregiudica la continuità degli accordi pregressi e lascia inalterato l'insieme dei contenuti normativi e sostantivi della contrattazione collettiva, il nuovo management potrà cercare di reinterpretare tali norme alla luce delle proprie esperienze e dei propri orientamenti ed eventualmente tentare di trovare un accordo con il sindacato per modificarle. Tuttavia, questo non è l'aspetto più rilevante delle privatizzazioni, in quanto, in sostanza, si propone in qualsiasi cessione di impresa, anche all'interno del settore privato. Al massimo, potrà avere un impatto più evidente, provocando discontinuità relativamente mar-

cate, nella misura in cui le relazioni industriali del settore pubblico (e dell'impresa privatizzata in particolare) si distinguono da quelle del settore privato. Inoltre, gli stili di management e l'atteggiamento aziendale nei confronti delle relazioni industriali possono cambiare in conseguenza della ridefinizione degli obiettivi dell'impresa da parte dell'autorità politica, che può, ad esempio, sottolineare l'importanza dell'efficienza gestionale e dei risultati reddituali, anche senza una relazione diretta con la privatizzazione vera e propria ².

Un'altra trasformazione della rappresentanza può essere provocata dal passaggio delle imprese privatizzate da un'associazione datoriale del settore pubblico ad una del settore privato. Un simile cambiamento può avvenire ed è significativo nei sistemi di relazioni industriali nei quali le associazioni imprenditoriali hanno compiti specifici di rappresentanza e di contrattazione, sono presenti organizzazioni distinte per il settore pubblico e privato, la contrattazione collettiva *multi-employer* (sia essa settoriale o territoriale) è rilevante e vi sono differenze importanti fra la strategia contrattuale ed i contenuti della regolazione nei due diversi ambiti di rappresentanza. Le conseguenze, quindi, saranno più o meno significative, in relazione alle caratteristiche del contesto nel quale avvengono le privatizzazioni.

Nel caso italiano, ad esempio, la distanza fra rappresentanza delle imprese pubbliche e delle aziende private si è progressivamente ridotta negli anni Novanta, con l'entrata delle associazioni datoriali pubbliche Asap ed Intersind e di quasi tutte le maggiori imprese di proprietà statale nel sistema di Confindustria ³, realizzando un concreto coordinamento delle politiche sindacali e contrattuali. La dissoluzione di Asap nel 1993 e, poi, di Intersind nel 1998 ha segnato anche simbolicamente la conclusione di una stagione importante delle relazioni industriali italiane, che aveva visto l'avvio della contrattazione articolata negli anni Sessanta e la firma del Protocollo Iri negli anni Ottanta. È importante ricordare, però, che proprio questo avvicinamento e progressivo « assorbimento » è stato influenzato fortemente dalla ridefinizione in termini di competitività e di efficienza economica degli obiettivi dell'attività imprenditoriale pubblica (avviata con la trasformazione degli enti di gestione in società

² Walsh e Wetzel, « *Preparing for Privatization: Corporate Strategy and Industrial Relations in New Zealand's State-owned Enterprises* », *BJIR*, 1993, vol. 31, n. 1, 57-74.

³ La più importante eccezione è costituita da Enel, che, malgrado le sue ripetute richieste, non è mai stata accolta in Confindustria. Recentemente, la questione ha assunto toni poleмici quando, nel luglio del 2000, il presidente di Confindustria Antonio D'Amato, rispondendo alle rinnovate sollecitazioni di Enel, ha affermato come non ci siano i presupposti per tale adesione in quanto « Confindustria accoglie imprese che si muovono sul mercato libero e che sono private ». Da questo punto di vista, l'atteggiamento del presidente di Confindustria sembra in contrasto con le politiche del passato, che non hanno precluso l'accesso a Confindustria di imprese pubbliche, come i casi di Asap ed Intersind dimostrano. Secondo D'Amato, quelle scelte furono motivate dall'accelerazione dei processi di privatizzazione e liberalizzazione, che però, a suo parere, si sono poi fortemente rallentati. Nell'autunno del 2000, anche Wind, consociata di Enel, è uscita dal sistema confindustriale, in reazione alle aperte critiche del presidente D'Amato all'operazione di acquisizione di Infostrada, annunciata da Enel e France Telecom e tesa alla creazione di una nuova società, attraverso la fusione di Wind ed Infostrada. Un'altra eccezione rilevante è data dalle imprese pubbliche locali che sono rappresentate dalla Confservizi.

per azioni nel 1992), nonché dall'avanzamento delle dismissioni, che hanno portato ad un esaurimento « naturale » dell'esperienza dell'associazionismo imprenditoriale pubblico. Inoltre, nei settori nei quali le imprese pubbliche erano presenti insieme alle imprese private, vi è spesso stata una certa attenzione a non discostarsi troppo dai contenuti della contrattazione collettiva del settore privato, per evitare differenze economiche e normative non sostenibili.

3. La criticità delle privatizzazioni per la rappresentanza può essere particolarmente elevata quando l'impresa pubblica coinvolta nel programma di dismissioni è monopolista. In questi casi, un carattere essenziale della privatizzazione è il fatto di essere di solito associata ad iniziative di riforma e di liberalizzazione dei settori coinvolti. Anzi, le conseguenze maggiori per il sistema di relazioni industriali si possono attribuire alla liberalizzazione, più che alla privatizzazione dell'impresa pubblica in senso stretto. In effetti, la cessione della proprietà statale può essere, e spesso lo è, solo parziale o, al limite, prospettata in un futuro più o meno lontano. È una « privatizzazione » limitata per quanto riguarda l'impresa, ma per altri aspetti è concreta e sostanziale, in quanto implica il passaggio di un intero settore da criteri di regolazione fondati sulla politica a meccanismi di mercato.

Esempi importanti di tale situazione, in Italia ed Europa, sono rappresentati dai settori delle telecomunicazioni, della produzione e fornitura di energia elettrica e, per molti aspetti, del trasporto ferroviario. Fra l'altro, questi tre settori illustrano bene come la permanenza della proprietà pubblica non sia determinante: in Italia, il settore delle telecomunicazioni è stato privatizzato in senso proprio (con la cessione di Telecom Italia e la liberalizzazione del settore), quello dell'energia elettrica solo in maniera marginale, attraverso la vendita di una quota di minoranza dell'Enel sul mercato e l'apertura alla concorrenza, mentre le ferrovie non sono coinvolte in una vera e propria privatizzazione, ma « solo » in un radicale processo di riforma e di liberalizzazione.

Le imprese

Malgrado le differenze nella portata della privatizzazione e della liberalizzazione, il cambiamento per le relazioni industriali e per la contrattazione collettiva non potrebbe essere più radicale: da un'unica impresa che poteva negoziare un contratto aziendale di carattere nazionale in maniera sostanzialmente autonoma rispetto ai condizionamenti « di mercato » ed al sistema di relazioni industriali del settore privato, si passa ad una pluralità di imprese che competono fra di loro su di un mercato in via di « costruzione ». In un certo senso, si potrebbe affermare che il processo di liberalizzazione, oltre a richiedere la creazione di un nuovo mercato, implica la costruzione di un rinnovato sistema di relazioni industriali di settore, a prescindere dalle caratteristiche che assumerà la struttura contrattuale (accentrata o decentrata).

Per quanto riguarda la rappresentanza dei datori di lavoro, all'avvio della riforma, un'associazione settoriale vera e propria non ha ragione di esistere, in

quanto l'impresa monopolista è l'unica presente. La prima questione che si può affrontare è se serva o meno un'associazione imprenditoriale di categoria. Dal punto di vista delle relazioni industriali, un'organizzazione dei datori di lavoro risulta pressoché essenziale se si intende procedere ad una contrattazione di settore⁴. Una simile eventualità può essere sostenuta da diverse ragioni.

In primo luogo, vi è una motivazione che viene addotta tradizionalmente per giustificare l'interesse degli imprenditori alla contrattazione settoriale: la conclusione di un contratto collettivo che regoli in maniera uniforme le condizioni di lavoro in un'industria consentirebbe un certo controllo del mercato ed il contenimento della concorrenza. A questo proposito, vale la pena ricordare le riflessioni di Keith Sisson⁵ che sottolinea come tale spiegazione sia spesso debole. In effetti, da un lato la contrattazione *multi-employer* fissa condizioni minime e nulla vieta alle singole imprese di accordare benefici maggiori. Dall'altro, le strategie di controllo del mercato sono gestibili in maniera autonoma dalle imprese, attraverso forme di collusione: il coinvolgimento del sindacato non è indispensabile, se le imprese sono in grado di coordinarsi fra loro. Secondo Sisson⁶, la possibilità che il contenimento della competizione sia un « motore » della contrattazione settoriale sarà maggiore se il settore è caratterizzato da un'elevata concorrenza. In tale situazione, il coordinamento autonomo da parte dei datori di lavoro sarà più difficoltoso ed il ruolo della contrattazione potrebbe essere più rilevante.

Alcuni settori privatizzati costituiscono un esempio particolare di elevata competizione. In essi, la concorrenza è forte innanzitutto poiché accedono nuovi attori, spesso con strategie aggressive nei confronti dell'ex-monopolista. Tuttavia, l'interesse maggiore a definire un livello di contrattazione settoriale che includa tutti gli operatori è dell'ex-monopolista: è questi che cercherà di rendere più limitata possibile la differenza fra il proprio quadro regolativo, di solito più pesante e complesso rispetto a quello dei nuovi entranti, per sostenere la propria competitività. Tipicamente, nei settori liberalizzati, l'*incumbent* dispone di vantaggi legati alla propria posizione dominante, alla conoscenza del mercato, alla maggiore disponibilità di risorse umane e tecnologiche. I nuovi entranti, invece, possono fare affidamento su di un'organizzazione più flessibile, costi più contenuti (anche del lavoro) ed una maggiore capacità di elaborare strategie *market-oriented*. Dal loro punto di vista, realizzare un quadro contrattuale unico può voler dire rinunciare ad un vantaggio competitivo, forse uno dei pochi di cui dispongono. Il tentativo dell'ex-monopolista di « socializzare » una parte dei « costi » della precedente regolazione si può scontrare, così, con l'opposizione dei nuovi operatori. Ciò non significa che una

⁴ Una rappresentanza degli interessi di tipo « politico », da realizzare attraverso la costituzione di un « gruppo di pressione » che compia attività di lobbying nei confronti dell'autorità politica, può essere giustificata, ovviamente, a prescindere dalle caratteristiche del sistema di relazioni industriali.

⁵ Sisson, *The Management of Collective Bargaining. An International Comparison*, Basil Blackwell, Oxford 1987.

⁶ Sisson, *op. cit.*, 5.

situazione in cui la contrattazione collettiva è presente (l'azienda ex-monopolista) si contrappone ad un'altra, dove la contrattazione non esiste e le relazioni industriali sono assenti (i nuovi entranti). In genere, si confrontano assetti diversi: anche i nuovi entranti applicano un contratto collettivo, ma si tratta di un contratto diverso, di un altro settore od aziendale e comunque del settore privato. Nella « scelta » del contratto collettivo da applicare contano le « origini » delle nuove imprese: se sono attive in altri settori, probabilmente continueranno ad applicare il contratto di quel settore; se sono di nuova costituzione, ne sceglieranno uno fra quelli concretamente utilizzabili.

Un secondo motivo per cui l'impresa dominante potrebbe sostenere la conclusione di un accordo settoriale è il tentativo di rinnovare il proprio quadro regolativo. Il contratto di settore può diventare uno strumento di discontinuità nei rapporti collettivi, consentendo di congelare i « diritti acquisiti » per i dipendenti esistenti, ma di applicare ai nuovi assunti livelli salariali diversi ed un sistema di garanzie modificato. Ancora una volta, la contrattazione di settore rappresenta per l'ex-monopolista uno strumento di competitività e, almeno in parte, di « riorganizzazione » interna.

È una ragione per molti aspetti opposta alla precedente: in quel caso, il sostegno derivava dall'interesse ad estendere il proprio sistema agli altri concorrenti; in questo, l'impresa « dominante » cerca piuttosto di rendere il proprio più simile a quello altrui. Lo scopo ultimo è, però, il medesimo: ridurre la distanza fra sé ed i nuovi entranti. I due scenari hanno implicazioni « strategiche » molto diverse. Il primo può facilitare l'accordo con i sindacati interni all'impresa, interessati a mantenere immutato il livello di protezione ed ad estenderlo alle altre imprese del settore, per evitare forme di « dumping sociale ». Una ferma opposizione dei concorrenti, però, è molto probabile. Nel secondo, è più facile che si realizzi un'azione comune da parte dei datori di lavoro, ma le organizzazioni sindacali, specie quelle attive nell'impresa ex-monopolista, saranno fortemente critiche.

Per certi aspetti, la situazione illustrata dalla prima motivazione potrebbe configurare la contrattazione collettiva come un ostacolo alla concorrenza od alla liberalizzazione *tout-court* del settore ⁷. Secondo questa interpretazione, la definizione di un contratto di settore con contenuti economici e normativi troppo simili a quelli dell'*incumbent* e troppo gravosi per i nuovi entranti, ridurrebbe gli spazi di concorrenzialità, vanificando nei fatti il processo di liberalizzazione. Un'argomentazione simile trascura, però, il fatto che un contratto di settore, per definizione, non può essere concluso da una sola impresa ed ha bisogno comunque di confrontarsi con il problema della rappresentanza e della rappresentatività delle organizzazioni stipulanti. Da questo punto di vista, anche se ci fosse l'intenzione di ridurre lo scarto di competitività fra impresa dominante e nuovi entranti, l'efficacia sarebbe limitata dalla

⁷ Sul rapporto fra contrattazione collettiva e legislazione antitrust si vedano Di Via, « *Sindacati, contratti collettivi e antitrust* », *MCR*, agosto 2000, n. 2, 279-310, e Ichino, « *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto* », *MCR*, dicembre 2000, n. 3, 635-643.

sostanziale libertà di adesione al contratto collettivo: le nuove imprese potranno applicare il contratto che ritengono più opportuno, compatibilmente con la natura dell'attività e delle proprie tradizioni contrattuali.

Quando invece vi siano dei vincoli introdotti per garantire l'applicazione di un determinato assetto contrattuale, come nelle cosiddette « clausole sociali », si tratta solamente di una specificazione del principio generale, riconosciuto in Europa (direttive 77/187/EEC e 98/50/EC) ed in Italia (art. C.C. 2112), per il quale, quando vi è un passaggio di lavoratori, il trasferimento di impresa non può determinare di per sé una riduzione delle garanzie per i dipendenti. Le clausole sociali, poi, includono la possibilità di modificare gli aspetti economici e normativi della contrattazione collettiva, una volta che l'acquirente concluda un nuovo contratto collettivo. In questo senso, la riduzione della competitività, se così si può dire, va incontro ad una serie di limitazioni: nel caso delle imprese ex-monopoliste, riguarda essenzialmente la contrattazione aziendale, tutela i lavoratori trasferiti e può essere modificata da nuovi accordi. Ad esempio, può essere interessante citare la clausola sociale introdotta per i dipendenti dell'Enel dal protocollo di intesa del 30 settembre 1999 fra azienda, sindacati e Ministero dell'industria, secondo la quale tutte le cessioni di ramo di azienda realizzate nel corso del processo di liberalizzazione prevedono « per tre anni e comunque fino alla stipula del nuovo contratto collettivo nazionale di lavoro per il settore elettrico » la « conservazione del trattamento economico, normativo e sindacale », « salvo diversa intesa tra le parti ». Due sono gli elementi che qui interessano: la salvaguardia dell'autonomia contrattuale ed il sostegno indiretto alla contrattazione (« salvo diversa intesa tra le parti ») e l'indicazione esplicita del contratto collettivo nazionale di settore come possibile fonte di modifica del quadro regolativo.

Questo secondo aspetto riporta l'attenzione sulle questioni cruciali della rappresentanza e della possibilità di concludere un contratto di settore. Come già detto, non è pensabile che l'impresa ex-monopolista possa definire un contratto di settore da sola. Se appare problematico che l'*incumbent* ed i nuovi entranti possano collaborare per la definizione di un contratto settoriale, per le conseguenze sulla capacità competitiva di ognuno, è probabile che sia determinante l'intervento di una « istanza superiore ». In altre parole, è importante che sia presente un'organizzazione legittimata a negoziare un nuovo accordo settoriale sulla base di un mandato ricevuto da tutte le imprese che operano nel settore, prima ed a prescindere dall'esistenza di un'associazione di categoria, in modo tale che possa mediare fra gli interessi coinvolti. In teoria, tale organizzazione dovrebbe associare tutte le imprese attive nel settore e questo dipende ovviamente dall'articolazione della rappresentanza imprenditoriale tipica di ogni paese.

In Italia, anche in seguito alle vicende dell'associazionismo pubblico, l'organizzazione che può ambire a ricoprire tale ruolo è Confindustria. Inoltre, a Confindustria viene riconosciuta generalmente la rappresentanza « politica » del settore privato e, in particolare, dei principali settori industriali. Non è un caso, quindi, che sia stata Confindustria a firmare il contratto settoriale per le telecomunicazioni e sia ancora Confindustria a sedere al tavolo delle trattative

sul contratto per i servizi ferroviari (insieme ad Agens) e per i settori elettrico e gas-acqua. Negli ultimi due casi, oltre a Confindustria ed alle associazioni datoriali associate, partecipano al negoziato anche le imprese non appartenenti al sistema confindustriale, come Enel e, attraverso la Confservizi-Cispel, le imprese pubbliche locali. Tuttavia, a Confindustria è riconosciuto un ruolo preminente e, anche simbolicamente, le trattative avvengono nella sua sede di viale dell'Astronomia a Roma.

Esiste comunque una differenza profonda fra il contratto del settore delle telecomunicazioni, intervenuto quando ormai la privatizzazione e la liberalizzazione del settore erano consolidate, e quello dei settori in via di liberalizzazione: elettricità, gas-acqua e ferrovie. Nel primo caso il « mercato » e gli operatori privati esistevano già (fra i quali rientra anche Telecom Italia); questi ultimi avrebbero potuto siglare direttamente il nuovo contratto, ma non l'hanno fatto (anche se hanno partecipato a tutte le fasi della contrattazione), sottolineando e valorizzando il ruolo di mediazione e rappresentanza espresso da Confindustria. Ad ogni modo, i contenuti dei diversi assetti contrattuali in essere erano chiari e Confindustria ha potuto beneficiare di un quadro di riferimento preciso nella conduzione delle trattative. Lo stesso si può dire dei sindacati, forse anche in misura maggiore: i diversi punti di partenza economici e normativi erano ben individuati e la negoziazione partiva da posizioni acquisite.

Nella seconda situazione, invece, i contorni dei nuovi settori non sono ancora definiti. Ciò vale, in particolare, per i servizi ferroviari, ma anche nei settori elettrico e gas-acqua le iniziative delle parti sociali assumono in prevalenza il significato di armonizzazione fra i contratti esistenti, al fine di definire un riferimento contrattuale « unico ». Un possibile problema collegato a tale impostazione è il fatto che tutti i contratti esistenti provengono da mercati regolati e, quindi, possono essere « spiazzati » dalla liberalizzazione, poiché non è facile prevedere i futuri assetti di mercato. Tale residua incertezza rende probabilmente il compito di Confindustria e dei sindacati più difficile. Le iniziative in corso cercano di superare la « anomalia » di contratti aziendali-nazionali, come quelli delle Ferrovie dello Stato e dell'Enel, e di definire i contenuti contrattuali sulla base di un assetto settoriale « previsto », ma le previsioni e le valutazioni dei vari attori potenziali possono essere diverse e poco conciliabili. La regolazione costruita dalle relazioni industriali è per certi aspetti esterna al mercato, ma si realizza « in modi ben radicati dentro di esso »⁸. Se le previsioni fossero contraddette dai fatti, anche questa « contrattazione ex-ante » potrebbe essere messa in crisi.

Ad ogni modo, la consapevolezza di tale problema e l'assunzione di una rappresentanza « estesa » ai potenziali futuri entranti nel settore traspaiono dalle « condizioni di riferimento » presentate dalle organizzazioni datoriali ai sindacati. Nei due documenti preparati dai datori di lavoro per i settori elettrico e gas-acqua si precisa come i futuri contratti settoriali dovranno regolare il

⁸ Cella, *Il sindacato*, Laterza, Bari, 1999, 40.

rapporto di lavoro in modo da consentire alle imprese una gestione del servizio in condizioni di efficienza, economicità e di garantire adeguati livelli di qualità « all'interno di un mercato liberalizzato che impone flessibilità nella gestione del fattore lavoro e rapidità nel processo decisionale delle imprese ». Inoltre, la lettera consegnata ai sindacati dalle federazioni datoriali del settore gas-acqua per l'avvio della trattativa presso Confindustria nel dicembre 2000 indica esplicitamente che i contenuti del contratto unico « dovranno risultare attrattivi per i nuovi operatori che entreranno nel mercato del gas e dell'acqua ».

I sindacati

Quanto scritto finora mostra come i processi di privatizzazione e liberalizzazione mettano in moto una serie di trasformazioni che possono sostenere una riconfigurazione della rappresentanza imprenditoriale. Esistono spinte verso una regolazione interaziendale del rapporto di lavoro per costituire un *level-playground* per tutte le imprese, favorita soprattutto dall'ex-monopolista, ma le difficoltà dell'azione collettiva dei datori di lavoro sono molte, poiché nella fase di liberalizzazione tendono a prevalere le ragioni della competizione, piuttosto che della « collusione ». Il *free-riding* e l'opportunismo possono offrire, infatti, importanti vantaggi competitivi rispetto alla cooperazione. Per questo motivo è importante il ruolo che può giocare una organizzazione *encompassing* che possa offrire rappresentanza a tutte le imprese coinvolte.

Tutto questo, però, non basta per giustificare l'effettiva conclusione di contratti *multi-employer*. La contrattazione collettiva costituisce un modo di regolazione « strategico », nel quale le scelte e le mosse di una parte devono fare i conti con le aspettative e le decisioni della controparte. Per questo motivo, è importante prendere in considerazione quali possano essere gli orientamenti delle organizzazioni sindacali in conseguenza delle dismissioni delle imprese di stato e delle iniziative di liberalizzazione.

Per prima cosa, le organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori potrebbero « allearsi » con l'impresa ex-monopolista per proteggere i livelli di protezione e tutela garantiti dalla contrattazione collettiva precedente, realizzata « al di fuori del mercato ». Inoltre, la conclusione di un contratto settoriale in linea con i contenuti della contrattazione aziendale dell'*incumbent* estenderebbe ad altri lavoratori livelli di protezione relativamente elevati. Ma esiste un'altra motivazione importante degli accordi *multi-employer* che può essere fatta propria, in particolare, dai sindacati: l'equità di trattamento dei lavoratori che ricoprono la stessa posizione lavorativa in aziende diverse. È questa la motivazione principale presente nelle rivendicazioni sindacali per un contratto « unico » di settore, insieme alla riduzione della concorrenza fra lavoratori e, più in generale, fra sistemi contrattuali distinti. Ad esempio, la proposta sindacale per un contratto unico del settore elettrico individua come obiettivo quello di « garantire a tutti i lavoratori dei diversi comparti, un sistema di regole con pari livelli di tutela e di diritti e una omogeneità dei trattamenti, evitando che siano le condizioni di trattamento dei lavoratori a determinare differenziali competitivi tra le aziende, e impedendo processi speculativi e di

distorsione economica sul fattore lavoro ». Così anche la costruzione di un unico contratto per il settore gas-acqua è una « necessità non più rinviabile » « per evitare che l'applicazione di differenti Ccnl diventi un elemento improprio di concorrenza fra le imprese ».

È interessante notare come la comparazione interaziendale possa evidenziare disparità di trattamento difficilmente giustificabili, sostenendo rivendicazioni economiche o normative specifiche, che, se non affrontate ad un livello superiore, si riverserebbero all'interno delle imprese. Entra qui in gioco la motivazione fondamentale che secondo Keith Sisson⁹ giustifica il sostegno accordato dai datori di lavoro alla contrattazione *multi-employer*: l'istituzionalizzazione del conflitto. Le relazioni industriali consentono di porre sotto controllo il conflitto, definendo una regolazione comune di determinati aspetti, individuando le forme e le procedure per presentare le rivendicazioni, nonché i modi per definire soluzioni condivise e legittimando l'autonomia manageriale nelle materie escluse dalla contrattazione. Inoltre, la regolazione *multi-employer* sposta al di fuori dell'impresa il conflitto su determinati aspetti coperti dalla contrattazione interaziendale. Da questo punto di vista, la contrattazione settoriale costituisce un'opportunità rilevante per fornire una risposta adeguata alle istanze di equità dei lavoratori e delle loro organizzazioni di rappresentanza, neutralizzando il conflitto ed eliminando la necessità di contrattare su questi punti all'interno dell'impresa.

Anche per i sindacati, però si pone un problema di rappresentanza: chi contratterà il nuovo contratto settoriale? Le situazioni che si possono presentare sono molteplici. È possibile che all'interno del settore protetto fosse presente una organizzazione sindacale specifica oppure un sindacato che rappresenta i dipendenti dell'amministrazione pubblica o ancora sindacati autonomi ed indipendenti, come spesso accade nel settore statale, specie nei servizi. La caratteristica comune di queste diverse possibilità è la separazione dalle organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori presenti nel settore privato. Ciò di solito non accade, ad esempio, nei casi di privatizzazione di imprese industriali, dove la rappresentanza dei lavoratori è omogenea nel settore pubblico ed in quello privato, anche se il contenuto della contrattazione collettiva può essere diverso. È quanto è accaduto per il settore metalmeccanico in Italia con i contratti di Federmeccanica e di Intersind. Con la privatizzazione e la liberalizzazione, l'eventuale separazione dalle organizzazioni sindacali del settore privato perde significato. In primo luogo l'impresa, ma anche l'intero comparto, esce dall'ambito del settore pubblico. Di conseguenza, il criterio organizzativo dell'appartenenza al settore pubblico o alla pubblica amministrazione non appare più valido. Quando i sindacati presenti nell'impresa ex-monopolista fanno parte di una confederazione sindacale, le principali opzioni sono due: l'aggregazione o la fusione con organizzazioni attive in settori contigui od assimilabili o la costituzione in un nuovo sindacato « di riferimento » per il nuovo settore. Le organizzazioni indipendenti ed auto-

⁹ Sisson, *op. cit.*, 11-12.

nome, ovviamente, hanno maggiori possibilità di non essere influenzate dalla trasformazione dell'impresa ex-monopolista.

Le dinamiche che si innescano all'interno delle confederazioni possono essere molto complesse e gli esiti sono governati dalle scelte e dalle strategie che si sviluppano. Ad ogni modo, sono due le riflessioni principali che si possono fare. Da un lato, vi sarà una tendenza a riprodurre in ambito organizzativo quello che si realizza in termini contrattuali, secondo la logica per la quale ad ogni *bargaining unit* corrisponde tendenzialmente una sola organizzazione sindacale all'interno di ciascuna confederazione (mentre non è vero il contrario). Dall'altro, i sindacati che possono aspirare a rappresentare l'attore « di riferimento » sono molti. Non solo quelli presenti all'interno dell'*incumbent*, ma anche quelli operanti nei nuovi entranti o quelli che ritengono che l'attività del nuovo settore rientri nella propria « sfera di influenza ». Non a caso, i processi di privatizzazione e di liberalizzazione, ma anche più limitatamente la « contrattualizzazione » del rapporto di lavoro in alcuni ex-enti dello stato, hanno dato l'avvio ad una ridefinizione organizzativa all'interno delle confederazioni sindacali italiane. È l'esempio della Fistel nella Cisl o del Slc nella Cgil, che, anche in considerazione delle trasformazioni tecnologiche che modificano i confini tradizionali fra le attività, hanno riunito le organizzazioni sindacali dei settori dei *media* con quelli delle telecomunicazioni. L'instabilità della rappresentanza è testimoniata da una certa turbolenza e dalla ricerca di nuovi criteri di aggregazione, come quello dei servizi a rete individuato nella Cisl, ma le nuove strutture organizzative devono confrontarsi con l'assetto attuale della contrattazione e della rappresentanza, con tutte le difficoltà legata alla modifica di posizioni consolidate. A ciò si aggiunge l'oggettiva « concorrenza » esercitata dai sindacati che organizzano i lavoratori dei nuovi entranti.

Un esempio significativo è fornito dal settore tedesco delle telecomunicazioni dove molti sindacati competono per l'acquisizione di deleghe: oltre al sindacato tradizionale dei lavoratori delle poste, vi sono rappresentati quello delle ferrovie, dei metalmeccanici e dell'energia ¹⁰. È interessante notare come la combinazione di possibili conflitti di attribuzione fra i sindacati con un processo di ridefinizione della rappresentanza nel settore dei servizi, che dovrebbe determinare l'aggregazione di cinque diverse organizzazioni ¹¹, abbia portato la confederazione sindacale tedesca Dgb a firmare un accordo esplicito sulla ripartizione delle competenze nei settori delle comunicazioni, delle tecnologie dell'informazione e dei *media* ¹². Questo accordo ha identificato i criteri per stabilire in modo univoco l'organizzazione sindacale titolare della rappresen-

¹⁰ Eiro, European Industrial Relations Observatory, *Rail workers' union to be renamed TRAN-SNET*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, <http://eiro.eurofound.ie/>, n. di record DE0006263N, giugno 2000a.

¹¹ Eiro, European Industrial Relations Observatory, *DAG, DPG and HBV delegates support foundation of unified service sector union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, <http://eiro.eurofound.ie/>, n. di record DE0012295N, dicembre 2000b.

¹² Schulten, *New agreement clarifies organisational responsibilities between DGB affiliates*, European Industrial Relations Observatory (Eiro), European Foundation for the Improvement of

tanza in ogni singola impresa, nonché quale sindacato debba assumere la funzione di « coordinatore » della contrattazione di settore. In questo senso, sembra che la confederazione sindacale tedesca abbia assunto un ruolo significativamente diverso dalle confederazioni italiane nella costruzione dei nuovi sistemi di relazioni industriali di settore. In Italia, le confederazioni partecipano direttamente al negoziato e svolgono un ruolo di rappresentanza e mediazione attraverso la contrattazione. La Dgb, invece, agisce come mediatore all'interno dell'organizzazione sindacale, regolando e legittimando la rappresentanza dei sindacati nelle diverse imprese e nei settori, senza intervenire nella definizione dei contratti settoriali, ma favorendo una sorta di « cooperazione regolata » fra le varie federazioni presenti in ogni comparto.

Anche sul fronte sindacale, quindi, vi possono essere problemi di rappresentanza, in parte legati alla « rappresentatività » di diverse organizzazioni all'interno del nuovo settore, che possono rendere più difficile la negoziazione di un nuovo contratto di categoria. Ogni sindacato, inoltre, si riconosce probabilmente nell'assetto regolativo di cui è portatore e perciò anche l'accordo sul merito, non solo quello sulla titolarità a contrattare, potrebbe presentare alcune difficoltà. Il contributo diretto delle confederazioni può essere allora determinante, come nel caso degli imprenditori, per superare i problemi di rappresentanza e quelli relativi al contenuto concreto della regolazione. La situazione può apparire più facile da gestire quando non esiste frammentazione sindacale, come in Italia nei casi del trasporto ferroviario o dell'energia. Se questo in parte è vero, bisogna però notare che l'assenza di frammentazione è una conseguenza diretta del fatto che la liberalizzazione è ancora all'inizio ed i tentativi coinvolgono in buona sostanza gli operatori già attivi, sia pure in misura diversa, nel settore: non è possibile prevedere quale sarà la situazione una volta che nuovi operatori entreranno nel mercato. Perciò, le confederazioni possono avere un ruolo significativo anche quando la frammentazione non sembra costituire un problema.

Il caso italiano del settore gas-acqua fornisce un'illustrazione interessante di questo punto. Una comunicazione dei sindacati di settore, infatti, informa della partecipazione delle confederazioni Cgil, Cisl e Uil all'avvio delle trattative per il contratto unico nel dicembre 2000, « ferma restando la titolarità della negoziazione ». La presenza delle confederazioni sindacali è, del resto, la norma nelle trattative per i « contratti unici » elettrico e gas-acqua, come indicano i comunicati delle federazioni di categoria. Il ruolo esercitato dalle confederazioni è probabilmente duplice e paragonabile a quello di Confindustria per la parte datoriale: da un lato, costituisce un allargamento della rappresentatività al di là delle parti direttamente coinvolte e, dall'altro, rappresenta una « garanzia » per il rispetto dell'assetto contrattuale e della politica dei redditi, così come definiti negli accordi triangolari del 1993 e del 1998.

Il ruolo del sistema di relazioni industriali nazionale

Vi è un ulteriore aspetto che può giustificare, in ogni singolo sistema nazionale, la definizione di un accordo unitario per i settori privatizzati e liberalizzati. È il fatto di disporre di una struttura contrattuale che riconosce al contratto nazionale di categoria un ruolo rilevante e che si rispecchia nell'organizzazione delle parti sociali. A prima vista, può apparire una giustificazione banale, quasi tautologica. Tuttavia non è così, poiché aiuta a definire e qualificare meglio quanto è stato esposto fino ad ora. In primo luogo, è il criterio organizzativo settoriale che da un lato crea problemi di rappresentanza e dall'altro indica come possibile soluzione « standard » la definizione di un nuovo ambito organizzativo e contrattuale. Inoltre, è l'esistenza di un tradizionale livello contrattuale di comparto che rende pregnante la richiesta di perequazione da parte delle organizzazioni sindacali; senza questo riferimento, la domanda sindacale per un'equità interaziendale non avrebbe ragione d'essere e probabilmente non si porrebbe nemmeno. È, inoltre, l'esistenza di un livello settoriale che offre l'opportunità alle imprese di spostare all'esterno una parte rilevante del conflitto distributivo, recuperando autonomia nella propria organizzazione. La presenza, poi, di organizzazioni confederali con un'ampia legittimazione e rappresentatività consente di superare possibili *empasse* nei rapporti fra le parti sociali ed al loro interno. Infine, le organizzazioni confederali hanno interesse a riconfermare il modello esistente, eliminando possibili anomalie e riaffermando il loro ruolo nella gestione del sistema contrattuale.

A questo proposito, può essere indicativo fare qualche cenno al caso del settore dei servizi pubblici nel Regno Unito, poiché costituisce un esempio di come le caratteristiche prevalenti del sistema di relazioni industriali nazionale possano contrastare la contrattazione settoriale. In effetti, fino alla realizzazione dei programmi di privatizzazione, la contrattazione collettiva nei servizi pubblici era essenzialmente nazionale, anche in conseguenza dell'elevato livello di regolazione. I processi di privatizzazione e liberalizzazione hanno provocato una crisi di tale struttura contrattuale ed hanno favorito una consistente frammentazione della contrattazione collettiva e la prevalenza del livello aziendale¹³. Si potrebbe dire che la fine dell'intervento pubblico, che sosteneva un quadro regolativo accentrato e nazionale, abbia « consentito » alle relazioni industriali dei settori dei servizi pubblici di uniformarsi al modello fondato sulla contrattazione decentrata aziendale, largamente predominante nel Regno Unito.

4. Nel caso in cui le spinte verso la definizione di un nuovo contratto di settore siano forti, si pone la questione della probabilità di giungere ad un accordo e di quali contenuti potrà avere. I due elementi sono strettamente collegati, poiché la possibilità di siglare un accordo dipenderà dalla capacità di definire

¹³ Colling , « *Privatizzazione dei servizi e deregolazione del lavoro nell'esperienza inglese degli anni '80* », in Ponzellini e Treu (a cura di), *op. cit.* 1994; Ogden, « *The Reconstruction of Industrial Relations in the Privatized Water Industry* », *BJIR*, 1994, vol. 32, n. 1, 67-84.

contenuti accettabili per tutte le parti. Ora, è importante chiarire quali siano le parti in gioco e quali le rispettive strategie. Come già detto, i contratti *multi-employer* definiscono tipicamente dei minimi applicabili a tutte le imprese coperte dalla contrattazione. Dato che la nuova regolazione di solito non intende ridurre le tutele dei lavoratori esistenti (anche per l'esistenza di precisi vincoli contrattuali o legali), ma al più quelle dei nuovi assunti, un'opzione possibile è quella di individuare il « minimo », fornito dai livelli di protezione più bassi applicati dalle imprese operanti nel settore liberalizzato. Questa scelta sarà favorita probabilmente dalle imprese, sia dai nuovi entranti che desiderano evitare che il contratto di settore determini, ad esempio, un aumento dei minimi salariali o una riduzione delle flessibilità del lavoro, sia dall'*incumbent* che, viste le difficoltà ad estendere i propri contenuti contrattuali ai concorrenti, potrebbe cercare di sfruttare al massimo il potenziale « ristrutturante » del nuovo contratto per ridurre la distanza con il « migliore concorrente », almeno dal punto di vista dei contenuti della contrattazione collettiva.

A questo punto è opportuno fare una precisazione, poiché potrebbe apparire che tale ragionamento avvalori un'interpretazione secondo la quale la regolazione collettiva è sempre un costo per l'azienda. In realtà, è vero il contrario, anche a prescindere dalla realizzazione di accordi di *partnership* che determinino un coinvolgimento attivo dei sindacati nel processo decisionale aziendale, per la condivisione di obiettivi e strategie. In effetti, come già segnalato, la contrattazione collettiva costituisce un vantaggio per le imprese poiché, istituzionalizzando il conflitto, riduce la probabilità di incorrere in costi maggiori, rende l'attività di impresa più prevedibile e pianificabile, e legittima, oltre alle norme definite congiuntamente, spazi importanti di autonomia manageriale. Allo stesso tempo, è indubbio che, per quanto riguarda gli aspetti coperti dalla contrattazione, gli accordi collettivi pongono vincoli all'attività di impresa, contribuendo a delimitare le possibilità di azione del management, anche rispetto ai concorrenti.

La propensione al « ribasso » dei contenuti contrattuali, sostenuta dai datori di lavoro, sarà con ogni probabilità contrastata dai sindacati, che vedono nella regolazione omogenea del settore un'importante possibilità per avvicinare le posizioni fra i vari lavoratori. Proprio la scelta del « minimo relativo », invece, lascerebbe la situazione invariata, poiché non indurrebbe alcuna modificazione a livello aziendale. Le opportunità di accordo dipenderanno probabilmente dal fatto che il processo di negoziazione è *multi-issue* e, quindi, è possibile raggiungere un compromesso sulla pluralità delle dimensioni oggetto di regolazione, con compensazioni fra una posizione e l'altra. Da questo punto di vista, mentre la resistenza dei datori di lavoro sulle componenti dirette di costo (come i livelli salariali, le riduzioni di orario) potrebbe essere molto netta¹⁴, può essere più facile trovare un compromesso sugli elementi che vengono mediati dalla organizzazione e dalla contrattazione aziendale (come i regimi di

¹⁴ Si veda, ad esempio, la condizione di riferimento per la struttura retributiva formulata dai datori di lavoro per il contratto unico del settore gas-acqua: « non dovranno in ogni caso

orario, l'inquadramento), oppure su quelli che riguardano i diritti di informazione e consultazione a livello di impresa o le forme di coinvolgimento, che pure dipendono dall'applicazione che viene loro data in azienda.

5. Questo contributo ha affrontato il tema delle conseguenze dei processi di privatizzazione sui sistemi di relazioni industriali. L'analisi è stata di tipo statico: partendo da un punto di « equilibrio », la privatizzazione innesca un processo che tende a trovare un'altra posizione di equilibrio. Il principale effetto della privatizzazione è quello di mutare la natura dei datori di lavoro e di portare al di fuori dell'ambito del settore pubblico le imprese. Questi cambiamenti possono influire sull'atteggiamento del management nei confronti dei rapporti con i sindacati, portando alcune modifiche nel sistema di relazioni industriali di impresa. Allo stesso tempo, la necessità di gestire la transizione senza conflitto e, spesso, il desiderio di realizzare riorganizzazioni aziendali più o meno rilevanti possono favorire la ricerca di un accordo con il sindacato. Ad esempio, in Italia, non sembra che la privatizzazione delle imprese industriali abbia prodotto un deterioramento della relazione con il sindacato: secondo una recente ricerca, i rapporti fra organizzazioni sindacali e imprese sono rimasti quasi sempre buoni¹⁵. Un altro possibile effetto, conseguenza del precedente, è sulla rappresentanza: la privatizzazione può provocare la ricollocazione dell'impresa e dei sindacati all'interno delle organizzazioni di rappresentanza del settore privato, laddove vi sia separazione con quelle del settore pubblico. Il caso più interessante è, comunque, quello della privatizzazione di imprese monopolistiche. In questa situazione la dismissione è accompagnata tipicamente dalla liberalizzazione dei settori coinvolti (che spesso costituisce la trasformazione determinante). Gli effetti sul sistema di relazioni industriali sono molto evidenti, poiché operare in un regime di monopolio può avere favorito lo sviluppo di un sistema di relazioni industriali particolare, isolato da quello esterno, con caratteri simili a quelli di una amministrazione pubblica. Inoltre, la liberalizzazione e l'accesso di nuovi operatori possono portare alla presenza nel medesimo settore di modelli diversi di relazioni industriali, che entrano a far parte della dotazione « competitiva » di ogni impresa concorrente.

In questo modo, è possibile che sorgano spinte per creare un sistema di relazioni industriali di settore, che, al di là delle differenze di stile e di impostazione caratteristici di ogni impresa, trovi un momento di unificazione nel livello di contrattazione settoriale. Le riflessioni svolte sottolineano che, come spesso accade quando si discute di relazioni industriali, contano molto i modelli nazionali ed è probabile che vi sia una tendenza alla *path dependence* della regolazione collettiva. In sostanza, la comparazione interaziendale, e le

determinarsi aumenti di costo, rispetto a ciascun Ccnl esistente, per il mero effetto della adozione di un nuovo unico contratto » (documento Confindustria e Cispel, ottobre 2000).

¹⁵ Mediobanca, Ricerche e Studi, *Le privatizzazioni in Italia dal 1992*, Ricerche e Studi Spa, Milano, 2000, 113-114.

conseguenti richieste di trattamento uniforme, sono rilevanti soprattutto dove sono stabilmente riconosciute dal ruolo attribuito al contratto di settore. La pressione delle imprese per un contemperamento delle diverse situazioni aziendali sarà evidente, così come la richiesta dei sindacati di un trattamento equo per i lavoratori. Quando il ruolo della contrattazione *multi-employer* è marginale, i problemi effettivi di competitività dei diversi sistemi di relazioni industriali verranno affrontati all'interno delle singole imprese. Inoltre, dove il contratto di settore è il fulcro del sistema di relazioni industriali, vi potrà essere una « mobilitazione » per rimediare all'anomalia di un comparto privo di un quadro regolativo omogeneo (ciò può avvenire, come in Italia per le ferrovie e l'elettricità, anche prima che il settore, ovvero il mercato, sia concretamente presente).

Le difficoltà saranno piuttosto nella organizzazione di un'azione collettiva da parte delle imprese, che soprattutto nella fase iniziale hanno interessi sostanzialmente divergenti, e nella ridefinizione della rappresentanza in ambito sindacale, per la possibile sovrapposizione fra diverse organizzazioni settoriali per la titolarità a contrattare nella nuova *bargaining unit*. La presenza di organizzazioni confederali rappresentative può aiutare a risolvere tali problemi, attraverso l'assunzione di un ruolo diretto nella definizione dei nuovi contratti settoriali. Questo intervento, però, segna solo l'inizio della costruzione di un nuovo sistema di relazioni industriali di settore. Una soluzione nata, almeno in parte, come rimedio al *free-riding* dovrà essere riconfermata attraverso un'applicazione puntuale da parte delle imprese coinvolte ed integrarsi in maniera organica con la contrattazione aziendale. Ciò può avvenire solo con il tempo e con una rinegoziazione, un *fine-tuning* degli accordi iniziali, come riconosce lo stesso accordo per il settore delle telecomunicazioni che prevede un'attività di « monitoraggio » dei contenuti contrattuali¹⁶. Nel frattempo, i settori liberalizzati e privatizzati continueranno a presentare sistemi di relazioni industriali relativamente frammentari.

¹⁶ Nella nota di intenti che apre il contratto si legge: « Confindustria e CGIL, CISL, UIL riconoscono di interesse per le imprese del settore e per i loro dipendenti che, nel periodo di vigenza del Ccnl, si sviluppi tra le parti stipulanti una attività di monitoraggio delle normative definite affinché, con modalità non conflittuali, sia possibile individuare modifiche ed integrazioni delle discipline contrattuali in grado di fornire soluzioni adeguate rispetto alle innovazioni tecnologiche e normative che abbiano rilevanti conseguenze sulla organizzazione del lavoro, sulle condizioni prestativa e sull'occupazione ».

DIRITTO COMUNITARIO, INTERNAZIONALE E COMPARATO

Chiusura di stabilimento e rapporti di lavoro negli Stati Uniti

Michele Tiraboschi

Sommario: **1.** Il quadro legale. — **2.** Profili procedurali. — **3.** Il principio della « esclusiva pertinenza manageriale » delle decisioni relative alla gestione economica della impresa e le forme di coinvolgimento del sindacato. — **4.** Oneri procedurali amministrativi e sanzioni. — **5.** Le tutele del lavoratore: sussidi pubblici, obblighi assicurativi, consulenza e riqualificazione professionale.

1. Negli Stati Uniti — coerentemente a quello che è stato definitivo « *the framework of American federalism* »¹ — i riflessi giuslavoristici della cessazione di impresa trovano regolamentazione in un intreccio di leggi federali e statali che, come vedremo, assumono una intensità neppure lontanamente paragonabile a quella presente nelle legislazioni europee².

In linea di principio la disciplina legale è finalizzata a sostenere un minimo di sicurezza finanziaria dei lavoratori, delle loro famiglie e della intera comunità, incoraggiando una informazione preventiva a favore dei lavoratori, dei loro rappresentanti sindacali e delle amministrazioni locali in presenza di situazioni che comportino esuberi del personale, sospensioni temporanee e prolungate della attività lavorativa e, appunto, la chiusura di stabilimenti³.

A livello federale, la legge più significativa è il *Worker Adjustment and Retraining Notification Act - WARN*⁴, comunemente noto come *Plant Closing Act*, emanato nel 1988 ed entrato in vigore l'anno successivo⁵. Questa legislazione trova applicazione per le imprese con almeno 100 dipendenti a tempo

Michele Tiraboschi è professore associato di diritto del lavoro nell'Università di Modena e Reggio Emilia.

¹ Finkin, *Regulation of the Individual Employment Contract in the United States*, in Betten (ed.), *The Employment Contract in Transforming Labour Relations*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1995, 167.

² Per un quadro comparato sulla disciplina vigente nei Paesi europei in caso di cessazione di impresa (e, più in generale di fusione e trasferimento d'azienda) cfr. lo studio condotto dalla Fondazione Europea di Dublino: *Industrial relations aspects of mergers and takeovers*, « <http://www.eiro.eurofound.ie/2001/02/study/TN0102401S.html>.

³ In dottrina cfr. Goldman, *Labor and Employment in the United States*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1996, §§ 158, 689, 958; Skonberg, Mankes, *United States of America*, in *EU & International Employment Law*, Jordans, Bristol, ottobre 2001.

⁴ 29 U.S.C. §§ 2101-2109.

⁵ Si veda anche, nella letteratura italiana, Minale Costa, *Un recente intervento legislativo negli Stati Uniti d'America: crisi aziendale e riduzione del personale*, in *DL*, 1991, 467 ss.

pieno e, con specifico riferimento alla ipotesi di chiusura di stabilimento, a condizione che siano impiegati almeno 50 dipendenti a tempo pieno nell'impianto che si intende chiudere. Dal computo sono espressamente esclusi i lavoratori occupati per meno dei sei mesi nel corso dei dodici mesi precedenti e i lavoratori occupati in media per meno di 20 ore alla settimana.

I diritti e i rimedi stabiliti a favore dei lavoratori dal *Worker Adjustment and Retraining Notification Act* sono comunque previsti in aggiunta (e non in sostituzione) di ogni altro diritto e rimedio di matrice legale e/o contrattuale. Da questo punto di vista, la materia della chiusura di stabilimento è suscettibile di variazioni, caso per caso, non solo in funzione delle diverse legislazioni nazionali di eventuale specificazione del *Worker Adjustment and Retraining Notification Act* - WARN⁶ e delle eventuali previsioni della contrattazione collettiva, ma anche in considerazione della importanza che assumono nell'ordinamento statunitense i c.d. *implied terms of contract* (cioè le condizioni contrattuali implicite), che possono derivare da apposite procedure e/o discipline di *plants closing* contenute negli *employee handbooks* e nei *personal policy manual*, ampiamente diffusi nelle imprese americane⁷. Si tratta infatti di documenti che, almeno secondo un recente ma consolidato orientamento della giurisprudenza statunitense⁸, possono contenere (auto)limitazioni delle prerogative manageriali in punto di gestione economica della impresa.

2. Lo schema base del *Worker Adjustment and Retraining Notification Act* consiste semplicemente – come ben evidenziato dal suo stesso titolo – nell'imporre al datore di lavoro l'obbligo di dare almeno sessanta giorni di preavviso ai lavoratori interessati dalla chiusura dell'impianto⁹. Questa disciplina non si pone dunque l'obiettivo di limitare o sindacare nella sostanza il potere del datore di lavoro rispetto alla decisione di chiudere uno stabilimento, ma semplicemente introduce un onere di *informazione* quale « misura preventiva di particolare importanza » a tutela dei lavoratori e delle loro famiglie¹⁰. Tale risultato viene ottenuto dalle legge imponendo al datore di lavoro di corrispondere i salari (non solo la retribuzione globale, ma anche i *benefits*) ai lavoratori per ciascuno dei giorni (rispetto ai complessivi sessanta) per i quali

⁶ In realtà soltanto pochi Stati dispongono di un proprio *Worker Adjustment and Retraining Notification Act*.

⁷ Cfr. gli autori citati *supra* alla nota 3.

⁸ Tale orientamento, sebbene non generalizzato in tutti gli Stati Uniti, è pacificamente accolto da numerosi Corti Supreme statali.

⁹ Ai sensi del WARN per lavoratori si devono intendere gli « *hourly and salaried workers* », così come i manager e i « *supervisory employees* ». Sono inclusi anche i lavoratori temporanei e part-time (con meno di venti ore settimanali di lavoro), quantunque non vengano computati, come già rilevato, ai fini della definizione del campo di applicazione della legge in esame.

¹⁰ Così Foote, *Il diritto del lavoro statunitense: un sistema deregolamentato?*, in *DRI*, 1999, 130, che tuttavia evidenzia come questo minimale obbligo posto dalla legge sia sistematicamente aggirato dai datori di lavoro, « talvolta rifugiandosi con particolare furbizia nelle pieghe delle eccezioni, ma in molti casi disattendendo senza scrupoli il dettato della legge o, comunque, provvedendo con estremo ritardo alla notifica della chiusura (dello stabilimento).

non sia stata data l'informazione preventiva. Ciò vuole dire che, in teoria, il datore di lavoro può chiudere un impianto anche senza fornire preventiva informazione ai lavoratori, fermo restando che in questo caso dovrà corrispondere ai propri dipendenti sessanta giorni di retribuzione. In questo caso sono peraltro implicite anche ben più rilevanti conseguenze in tema di rapporti tra impresa e sindacato (cfr. *infra* il § 3), ferme restando le responsabilità civili della impresa che procede alla dismissione del sito rispetto alle autorità locali (cfr. il § 4). In caso di violazione dell'obbligo di preventiva informazione, il sindacato può peraltro agire in giudizio a tutela dei diritti economici dei singoli lavoratori.

La legge non precisa peraltro se, nell'arco dei sessanta giorni, ai lavoratori debbano essere concessi permessi (retribuiti e/o non retribuiti) e assistenza per cercarsi un'altra occupazione.

Il *Worker Adjustment and Retraining Notification Act* non prevede una modalità particolare attraverso cui adempiere all'obbligo di informazione. Tuttavia, tutte le comunicazioni di rilievo debbono essere effettuate per iscritto. Ogni ragionevole metodo di informazione scritta è accettabile, purché l'informazione sia specifica e dettagliata. Negli stabilimenti c.d. *unionised*, l'informazione al sindacato è ritenuta sufficiente e assorbente rispetto alla informazione ai singoli lavoratori: sarà poi il sindacato che dovrà provvedere a fornire adeguata comunicazione ai lavoratori dello stabilimento.

La legge stabilisce il venir meno dell'obbligo del preavviso in caso di calamità naturale o di *unpredictable business change*¹¹. Il *Worker Adjustment and Retraining Notification Act* stabilisce anche che viene meno l'obbligo del preavviso di sessanta giorni nell'ipotesi in cui il datore di lavoro offra ragionevoli alternative occupazionali ai lavoratori coinvolti dalla chiusura dell'impianto.

Per sessanta giorni si intendono « sessanta giorni di calendario ». Il computo dei sessanta giorni può variare da Stato a Stato, secondo le diverse legislazioni nazionali. Il periodo di notificazione di sessanta giorni stabilito dalla legislazione federale viene in ogni caso computato parallelamente (e non in aggiunta) a ogni altro periodo di preavviso stabilito nelle legislazioni nazionali.

Un *additional notice* è stabilito nel caso in cui la data di chiusura dell'impianto venga estesa al di là di quanto preventivamente comunicato.

Va peraltro rilevato che è sempre possibile procedere a una chiusura progressiva degli impianti. In questa ipotesi la legge si limita a precisare che singoli licenziamenti adottati nell'arco di 90 giorni rientrano nel campo di applicazione del *Worker Adjustment and Retraining Notification Act*, salvo che il datore di lavoro dimostri che i progressivi licenziamenti siano il risultato di provvedimenti separati ed eziologicamente autonomi e non siano indice del tentativo di eludere gli obblighi di legge¹². La garanzia della produttività della impresa fino

¹¹ 29 U.S.C. §§ 2101-2109.

¹² Cfr. *Hollowell v. Orleans Regional Hospital LLC*, Nos. 98-31105, 99-30123, 2000 WL 867989 (5th Cir. July 18, 2000).

alla cessazione definitiva è data, nella pratica, esclusivamente mediante accordo sindacale: l'accoglimento di parte delle proposte sindacali relativamente alle conseguenze della chiusura dell'impianto per i lavoratori è il « prezzo » per la continuazione della normale produzione aziendale. In mancanza di accordo sindacale, l'unico strumento è quello della responsabilità contrattuale del lavoratore (inadempiente): ma è chiaro che si tratta di un rimedio alquanto ineffettivo, posto che il lavoratore è di fatto già stato licenziato e lo strumento della responsabilità contrattuale non è dunque idoneo a incidere sulla qualità della prestazione lavorativa.

3. La materia della chiusura di stabilimento — così come quella dei licenziamenti e quella dei trasferimenti di impresa — è regolata dal principio della « esclusiva pertinenza manageriale » delle decisioni che riguardano la gestione economica della impresa come, per esempio, appaltare il lavoro, trasferire l'azienda o un suo ramo, cambiare l'attività produttiva, procedere a licenziamenti collettivi e, appunto, chiudere l'impresa o una sua parte¹³. Il *Worker Adjustment and Retraining Notification Act* rappresenta semplicemente, da questo punto di vista, un tentativo di contemperare questo principio generale con minime esigenze di tutela del reddito (e, in prospettiva, della occupazione) dei lavoratori.

In questa prospettiva il *Worker Adjustment and Retraining Notification Act* si limita a richiedere che l'informazione preventiva venga fornita non solo ai lavoratori ma anche ai loro rappresentanti e segnatamente (a) al *chief elected officer of the exclusive representative(s)* ovvero (b) alla *bargaining agency(s) of affected employees*. Per *exclusive representatives* si intendono i rappresentanti designati ai fini della attività di contrattazione collettiva dalla maggioranza dei lavoratori in una specifica *unit bargaining*¹⁴. In caso di mancanza di rappresentanza sindacale (imprese *non-union*) l'informazione deve essere invece data unicamente ai lavoratori interessati dal provvedimento.

L'informazione preventiva deve essere specifica e includere obbligatoriamente:

- la denominazione e indirizzo del sito che si intende chiudere;
- la data progettata di chiusura;
- il numero di lavoratori coinvolti e la loro posizione in azienda (e le conseguenze implicite della chiusura, *i.e.* il licenziamento dei lavoratori);
- indirizzo della rappresentanza sindacale e nome e indirizzo dei dirigenti sindacali aziendali, ove esistenti.

L'informazione può contenere ulteriori indicazioni, relative soprattutto alla assistenza disponibile a favore dei lavoratori che perdono il loro posto di lavoro.

Rispetto al coinvolgimento del sindacato nella decisione di chiudere uno

¹³ Oltre agli autori citati *supra* alla nota 2, cfr., in lingua italiana Finley, *La tutela dei lavoratori negli Stati Uniti fra Statutes e Common Law*, in Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, il Mulino, Bologna, 1989, spec. 241.

¹⁴ Cfr. Biagi, *Rappresentanza e democrazia in azienda*, Maggioli, Rimini, 1990, 246 ss.

stabilimento, la Corte Suprema ha chiaramente escluso l'esistenza di un diritto del sindacato di partecipare a tale decisione di esclusiva competenza manageriale. La posizione della Corte Suprema si basa sulla considerazione che la disciplina di riferimento in materia di rappresentanza sindacale — il *National Labour Relations Act* — non ha inteso imporre in alcun modo all'imprenditore di condividere decisioni di propria esclusiva pertinenza con la rappresentanza collettiva degli interessi dei lavoratori ¹⁵.

Fermo restando il fatto che la chiusura di uno stabilimento rientra dunque nelle prerogative aziendali, il *National Labour Relations Act* stabilisce che per le imprese *unionised*, laddove la contrattazione collettiva non abbia disposto alcunché in punto di chiusura di stabilimento, il datore di lavoro debba comunque procedere in tempo utile ad aprire una trattativa con il sindacato, secondo parametri di correttezza e buona fede, relativamente alle conseguenze della chiusura dello stabilimento (ricerca di soluzioni alternative, corresponsione di indennità di licenziamento, predisposizione di servizi di *outplacement*, e ogni altra possibile forma di assistenza ai lavoratori coinvolti dalla dismissione del sito). Nel caso *First National Maintenance Corp. V. NLRB* ¹⁶ la Corte Suprema ha chiaramente ribadito che un imprenditore non ha un dovere di contrattare con il sindacato l'an della chiusura dello stabilimento, posto che si tratta di una decisione economica di sua esclusiva competenza, ma ha tuttavia l'obbligo di contrattare con il sindacato aziendale le conseguenze del provvedimento sui lavoratori.

Questo significa che la trattativa con il sindacato deve essere aperta in *meaningful time* e in *meaningful manner* e dunque prima che la decisione sulle conseguenze della chiusura siano diventate definitive ¹⁷.

4. Il *Worker Adjustment and Retraining Notification Act* impone al datore di lavoro di fornire preventiva comunicazione dell'intenzione di chiudere l'impianto alle autorità governative locali: l'*appropriate local chief elected official* e la *Dislocated Worker Unit (DWU)* dello *State Department of Labor*. Il termine è, anche in questo caso, di sessanta giorni. Naturalmente l'informazione al sindacato alla autorità locale competente devono essere distinte. Indicazioni più dettagliate sono contenute nella sezione 639.7 del regolamento di attuazione del *Worker Adjustment and Retraining Notification Act*.

Lo scopo di questa disposizione è consentire alle autorità locali di fornire assistenza ai lavoratori e prevenire situazioni di tensione sociale legate alla chiusura dello stabilimento. In particolare, ogni Stato dispone di una *Dislocated Worker Unit (DWU)* (c.d. *Rapid Response unit*) a cui va data comunicazione della chiusura degli impianti al fine di garantire assistenza/formazione ai lavoratori coinvolti.

In caso di mancata informazione della autorità locale è stabilita una sanzione

¹⁵ Cfr. il *leading case Textile Workers Union v. Darlington Mfg o*, 380 U.S. 263 – 1965.

¹⁶ 452 U.S. 666 – 1981.

¹⁷ Goldman, *Labor and Employment in the United States*, cit.

civile che non può eccedere i 500 dollari per ogni giorno di violazione (per un massimo dunque di 30000 dollari).

I rimedi stabiliti dal *Worker Adjustment and Retraining Notification Act* sono rimedi esclusivi rispetto alla violazione delle disposizioni in essa contenute. In applicazione del *Worker Adjustment and Retraining Notification Act* una corte federale non ha pertanto l'autorità di annullare la decisione di chiusura dell'impianto. Va peraltro detto che l'adempimento dell'obbligo di informazione, se effettuato nel rispetto del principio di buona fede, preclude la violazione delle disposizioni di cui al *National Labor Relations Act* in materia di contrattazione collettiva e obbligo a trattare.

5. L'*Economic Dislocation and Worker Adjustment Assistance Act* (ED-WAA), nell'emendare il Titolo III del *Job Training Partnership Act* (JTPA), ha previsto la concessione anno per anno di fondi ai singoli Stati (che a questo fine sono a loro volta suddivisi in unità amministrative sub-nazionali) al fine di sostenere i lavoratori licenziati, anche a seguito di chiusura di stabilimento, nella ricerca di un nuovo lavoro. Attraverso questi fondi possono essere previsti corsi di formazione e riqualificazione professionale, nonché servizi di assistenza/consulenza ai lavoratori (*individual service plans, labor market information, job development, job search and placement, supportive services, etc.*) al fine di trovare una nuova occupazione.

Quando la *Dislocated Worker Unit* (DWU), ottiene informazioni relative alla chiusura di uno stabilimento essa può disporre un servizio di assistenza/consulenza *on-site*. La *Dislocated Worker Unit* (DWU) può altresì coordinare la costituzione *on-site* di un apposito comitato *labor-management* per affrontare le questioni relative alla sorte dei lavoratori interessati dalla chiusura. Per legge, l'impresa non ha obblighi assicurativi particolari nei confronti dei lavoratori. Non esiste una normativa federale che, in questi casi, disponga l'obbligo di corrispondere al lavoratore indennità particolari per la cessazione del rapporto di lavoro. L'unica indennità è quella dei sessanta giorni di preavviso pagato. La materia è dunque interamente devoluta alle determinazioni aziendali e alla contrattazione collettiva, ove presente.

La materia è dunque generalmente decisa in funzione delle diverse *employer's policy* con decisioni *ad hoc*, in relazione alla categoria di appartenenza dei lavoratori e alla anzianità di servizio. Comunque, laddove esista una specifica politica aziendale in punto di indennità di licenziamento, l'*employer's policy* ricade sotto il campo di applicazione dell'*Employee Retirement and Income Security Act* (ERISA), che impone il rispetto di talune garanzie per la predisposizione di *welfare benefit plans* (forma scritta, rispetto della procedura, informazione della attivazione del piano a favore dei lavoratori, ecc.).

Il *Federal Consolidated Omnibus Budget Reconciliation Act* (COBRA) impone comunque al datore di lavoro di consentire ai lavoratori che, contestualmente alla perdita del posto di lavoro, perdono la copertura assicurativa medica fornita dal datore di lavoro di beneficiare di detta copertura per almeno diciotto mesi, che salgono a ventinove per i disabili e trentasei per talune particolari categorie di lavoratrici (madri, divorziate ecc.).

Cessazione di impresa e rapporti di lavoro in Messico

José Alfonso Bouzaz Ortiz -
Mario Vega Huerta

Sommario: **1.** Profili generali del diritto del lavoro messicano. — **2.** In particolare: durata e modalità di estinzione del rapporto di lavoro. — **3.** La cessazione di impresa.

1. I rapporti di lavoro in Messico trovano la propria disciplina in un insieme variegato di fonti, che dà luogo a trattamenti normativi (legali e contrattuali) alquanto differenziati in funzione di numerose variabili. Una prima differenziazione tra i vari tipi di rapporto di lavoro è contenuta nell'articolo 123 della Costituzione, secondo cui i rapporti di lavoro tra gli imprenditori privati e i lavoratori (siano essi operai, impiegati, stagionali, artigiani o altro) devono rispettare i livelli di tutela minimi che sono indicati nel paragrafo « A » dello stesso articolo e nella relativa legge di attuazione, che è la *Legge Federale del Lavoro* (LFT), mentre i rapporti di lavoro dei dipendenti statali sono disciplinati dal paragrafo « B » dell'articolo 123 e dalla relativa legge di attuazione, che è la *Legge Federale dei Lavoratori al Servizio dello Stato* (LFTSE). Esistono inoltre altri gruppi di lavoratori, i cui rapporti di lavoro sono disciplinati da leggi speciali.

La precisazione che si è appena fatta ha esclusivamente lo scopo di focalizzare l'attenzione di questo lavoro sul primo dei gruppi di rapporti di lavoro ai quali si è fatto cenno.

Inoltre, a livello di differenziazioni della normativa, è importante ricordare che la Repubblica Messicana si compone di Stati o *Entidades Federativas* autonome per quanto riguarda la approvazione e applicazione delle leggi, a condizione tuttavia che gli atti normativi dei singoli Stati non siano contrari alla Costituzione e fermo restando che non si tratti di materie per le quali vige la competenza federale.

Una ulteriore caratteristica importante della legislazione messicana in materia di rapporti di lavoro consiste poi nel fatto che il Codice Civile offre la possibilità di stipulare un tipo di contratto diverso da quello che dà luogo al rapporto di lavoro tradizionale. Questo tipo di contratto viene generalmente stipulato sotto la denominazione di « prestazioni professionali o a onorario » e viene solitamente utilizzato per disciplinare i rapporti di lavoro dei dirigenti delle imprese.

José Alfonso Bouzaz Ortiz è professore ordinario di diritto del lavoro nell'Università Autonoma di Città del Messico.

Mario Vega Huerta è professore associato di diritto del lavoro nell'Università Autonoma di Città del Messico.

Traduzione di Silvia Russo e Michele Tiraboschi.

Rispetto al sistema delle fonti il diritto del lavoro messicano contempla l'esistenza sia di diritti individuali sia di diritti collettivi; nelle leggi di attuazione (*regolamentarias*) della costituzione vengono stabilite le prestazioni minime alle quali hanno diritto i lavoratori e che devono essere inserite nei contratti di lavoro, siano essi individuali o collettivi.

I diritti collettivi sono derivazioni del diritto di associazione, che viene garantito dalla legge sia ai lavoratori che ai datori di lavoro per la difesa dei rispettivi interessi e che si realizza mediante la formazione di sindacati e di associazioni professionali. Tutti i diritti contenuti nel contratto collettivo si applicano a ciascun lavoratore di uno stesso posto di lavoro, a prescindere dall'appartenenza o meno al sindacato che ha stipulato il contratto. Questa norma riguarda anche i lavoratori c.d. fiduciari (con mansioni di controllo), salvo che le parti contraenti non stabiliscano delle eccezioni con riguardo esclusivamente ai diritti e ai privilegi, poiché i lavoratori fiduciari non possono appartenere al sindacato di impresa o di stabilimento.

È opportuno segnalare che in Messico esiste anche un particolare tipo di contratto collettivo, che è il c.d. « contratto-legge », che consiste nell'accordo stipulato tra uno o più sindacati di lavoratori e uno o più datori di lavoro o associazioni di datori di lavoro allo scopo di stabilire le condizioni alle quali deve svolgersi la attività lavorativa in un determinato ramo di industria. Questo contratto può essere dichiarato obbligatorio in una o più *Entidades Federativas*, in una o più zone economiche che comprendono più *Entidades Federativas* o in tutto il territorio nazionale. Il contratto-legge si applica obbligatoriamente in tutte le imprese che operano nello stesso settore industriale e la gestione del contratto all'interno dell'impresa spetta al sindacato titolare di ciascuna impresa, sempre che tale organizzazione sindacale rappresenti il maggior numero di lavoratori all'interno di ogni singola impresa, poiché la perdita della maggioranza ha come risultato immediato la perdita della gestione.

Tutti i conflitti che sorgono nel campo dei rapporti di lavoro sono soggetti, per la loro soluzione, alla autorità competente, che è la *Junta di Conciliación e Arbitrato* (che nel caso che ci interessa ipotizziamo essere quella locale), alla quale possono rivolgersi sia i lavoratori che i datori di lavoro. Ciò nondimeno, se un datore di lavoro si rifiuta di sottoporre una questione alla Giunta o non accetta i lodi o le risoluzioni della Giunta stessa, il contratto di lavoro si considera risolto e il datore di lavoro è obbligato a corrispondere al lavoratore, mediante il versamento di una somma corrispondente a tre mensilità, a cui si aggiunge la responsabilità per i danni arrecati dalla controversia.

La *Junta Federale di Conciliación e Arbitrato* è invece l'autorità deputata a risolvere i conflitti di lavoro quando si tratti di imprese che:

- operino in uno dei seguenti settori: tessile, elettrico, cinematografico, produzione di alimenti ecc.;
- siano amministrate in forma diretta o indiretta dal Governo Federale;
- operino in forza di un contratto o di una concessione federale o siano comunque collegate a tali imprese;
- operino in zone federali o che si trovano sotto la giurisdizione federale, o nelle acque territoriali o nella zona economica esclusiva dello Stato.

2. In ragione della durata del rapporto di lavoro la legislazione messicana riconosce l'esistenza di diverse forme di contratto, le più importanti delle quali sono:

— *contratto a tempo indeterminato*: si intende stipulato quando nel contratto non si stabilisce espressamente la durata. Questo tipo di contratto costituisce la regola generale;

— *contratto a tempo determinato*: si ha quando si stabilisce una data di inizio e una data di conclusione del rapporto di lavoro. La legge consente la stipulazione di questo tipo di contratto in tre ipotesi: 1) quando così esige la natura del lavoro che si deve svolgere; 2) quando sia necessario sostituire temporaneamente un altro lavoratore; 3) quando si tratti di alcune professioni particolari (musicisti, attori, etc.) e comunque non sia vietato dalla legge;

— *contratto per un'opera determinata*: in questo tipo di contratto si stabilisce chiaramente ed espressamente il tempo necessario per la realizzazione di un'opera; deve essere specificato nel contratto il tipo di opera e, in ogni caso, si può stipulare solo nelle ipotesi in cui la natura stessa dell'attività lo richieda;

— *contratto c.d. per inversione di capitali determinato*: questo tipo di rapporto di lavoro si può ricondurre o al contratto a tempo determinato o al contratto per un'opera determinata; la differenza è che la durata del contratto dipende in sostanza dalla continuazione o meno della attività d'impresa (per es. fine del giacimento della miniera).

I rapporti di lavoro possono essere sospesi in maniera temporanea o definitiva e la legge disciplina diversamente i vari modi di cessazione, i quali sono:

— *la sospensione temporanea del rapporto di lavoro*, sia che si tratti di un contratto individuale sia che si tratti di un contratto collettivo;

— *la estinzione del contratto di lavoro (conclusion o termination)*;

— *la risoluzione o recesso del contratto di lavoro*, che è un modo per estinguere un rapporto di lavoro su iniziativa di una delle parti contraenti.

Questi tre modi di cessazione del rapporto di lavoro possono realizzarsi in forma individuale o mediante accordo collettivo e richiedono, in ogni caso, un atto scritto. Solo la risoluzione e la estinzione hanno come effetto immediato la conclusione del rapporto di lavoro, ma anche la sospensione temporanea può portare come conseguenza alla estinzione definitiva del rapporto di lavoro.

L'obiettivo della sospensione è quello di mantenere in vita il rapporto di lavoro, sospendendo temporaneamente la produzione degli effetti del rapporto stesso ed escludendo la responsabilità del lavoratore e del datore di lavoro in alcuni casi che impediscono al lavoratore di prestare la attività lavorativa. La sospensione si distingue dalla interruzione del rapporto di lavoro. In caso di sospensione, come regola generale, vengono infatti meno sia l'obbligazione di prestare attività lavorativa sia l'obbligazione di pagare la retribuzione. In caso di interruzione, invece, pur venendo meno l'obbligo di prestare l'attività lavorativa, resta l'obbligo di pagare la retribuzione (si tratta, per esempio, del riposo obbligatorio nell'ambito della giornata lavorativa, delle ferie e dei giorni di riposo obbligatorio).

La estinzione è la risoluzione del rapporto di lavoro per mutuo consenso o per una causa che ne rende impossibile la continuazione, indipendentemente dalla

volontà sia dei lavoratori sia dei datori di lavoro (realizzazione dell'oggetto del contratto, avverarsi del termine finale, morte del lavoratore, ecc.).

Con riferimento alla risoluzione del rapporto di lavoro occorre tenere distinti, come in Italia, i casi di recesso individuale o per colpa del lavoratore da quelli collettivi o per motivi economici.

Rispetto al *licenziamento individuale o per colpa* esiste una ricca casistica legislativa (e giurisprudenziale) di ipotesi di licenziamento illegittimo (ovvero senza giustificazione) con conseguente obbligo di reintegrazione del lavoratore (obbligo che, tuttavia, prevede in alternativa la possibilità di versare al prestatore di lavoro un congruo preavviso). Rispetto al licenziamento collettivo o per motivi economici la legislazione messicana non prevede una elencazione delle cause per le quali è possibile rescindere un contratto collettivo. Esistono tuttavia degli obblighi procedurali da rispettare.

La chiusura dell'impresa o dello stabilimento ovvero il licenziamento collettivo generano, in particolare, la conclusione dei rapporti di lavoro, in modo totale o parziale. Alcune delle cause per le quali può verificarsi la cessazione dei rapporti di lavoro, sia in caso di chiusura totale che di riduzione del personale per esubero, seguono una apposita procedura che comincia con la presentazione di una informazione scritta alla *Giunta di Conciliazione e Arbitrato* (*supra* § 1), nel quale il datore di lavoro può offrire le motivazioni della propria decisione; successivamente la *Giunta di Conciliazione e Arbitrato* convoca le parti (datore di lavoro e rappresentanze dei lavoratori) ad una udienza di conciliazione. Se il convenuto non compare all'udienza, si considerano ammesse le richieste della controparte, salvo che siano contrarie alla legge. Invece, quando non compare l'attore che ha promosso la causa, si considera integralmente riproposto il contenuto dell'atto di citazione iniziale, cosicché il procedimento segue il suo corso e la Giunta pronuncia una decisione.

Si definiscono conflitti collettivi di natura economica quelli che hanno ad oggetto la modificazione o l'inserimento di nuove clausole sulle condizioni di lavoro oppure la sospensione o la conclusione dei rapporti di lavoro. Questo tipo di conflitti si svolge davanti alla Giunta competente, ma segue un procedimento speciale, che si applica solo per alcune delle cause di conclusione dei rapporti di lavoro collettivi sopra individuati. Questo procedimento si distingue poiché la Giunta cerca fin dall'inizio di far addivenire le parti a un accordo, cioè in qualsiasi momento del procedimento, fino al momento in cui viene emessa la decisione che pone fine al conflitto, può aversi una conciliazione. Questo procedimento può essere interrotto solo per l'esercizio del diritto di sciopero. Una altra possibilità per i datori di lavoro, stabilita dalla legislazione nazionale, riguarda la modificazione dei termini e delle condizioni dei contratti di lavoro, sia individuali che collettivi. Questa modificazione può essere di due tipi: a) soggettiva, quando si sostituisce una delle parti del rapporto di lavoro (il caso più comune è quello della sostituzione del datore di lavoro); b) oggettiva, quando si modificano le condizioni di lavoro contenute nel contratto individuale o collettivo.

La modificazione deve essere fatta per iscritto e deve essere ratificata dalla Giunta di conciliazione. La modificazione soggettiva dei rapporti di lavoro ha

come conseguenza l'istituto della sostituzione del datore di lavoro, (« *sustitution patronal* »); il nuovo datore di lavoro subentra nell'impresa — a seguito dell'acquisto della stessa — nella stessa posizione del precedente imprenditore, assumendo sia i crediti che i debiti: pertanto, i rapporti di lavoro non vengono meno. La sostituzione del datore di lavoro obbliga il nuovo datore di lavoro a pagare tutti i debiti, sempre che così sia stabilito nel contratto di compravendita dell'impresa, nel qual caso il datore di lavoro precedente continua a essere obbligato solo per i sei mesi successivi alla cessione, per rispondere delle questioni relative ai rapporti di lavoro, come il pagamento delle pensioni e altre prestazioni. Quella appena descritta rappresenta, in termini economici, la modalità di uscita dall'impresa più conveniente, poiché permette di ottenere una serie di *liquidaciones*, non solo ai lavoratori, ma anche alle autorità fiscali, del lavoro e della sicurezza sociale. Tuttavia in certi casi le responsabilità di natura fiscale cessano con il termine dell'anno fiscale.

3. Le possibilità disciplinate dalla legge per gli imprenditori che hanno problemi o che intendono chiudere l'azienda sono le seguenti.

Quando i problemi o comunque le ragioni per chiudere l'impresa siano temporanee, l'imprenditore può decidere di continuare la produzione riducendo per un periodo di tempo determinato le ore di lavoro e quindi le retribuzioni (modificazione oggettiva), fino a quando le circostanze permettano di riprendere in pieno l'attività e di pagare le intere retribuzioni. Oppure l'imprenditore può ricorrere all'istituto della sostituzione del datore di lavoro (modificazione soggettiva), che comporta il trasferimento delle obbligazioni derivanti dai rapporti di lavoro a un altro imprenditore.

A seconda della situazione dell'impresa e dell'interesse a proseguire la produzione, si può tentare la via della sospensione temporanea dell'attività, totale o parziale, con il proposito di riprenderla non appena le circostanze lo permettano, con l'autorizzazione delle autorità del lavoro, ottenuta seguendo il procedimento di sospensione e versando un indennizzo per la sospensione corrispondente al massimo a una mensilità di retribuzione per ciascun lavoratore. In questo caso, si può cercare di raggiungere un accordo con il sindacato per determinare le condizioni della sospensione.

La interruzione definitiva delle attività e, conseguentemente, la conclusione dei rapporti di lavoro, sia per la chiusura dell'impresa che per alcune delle cause che si sono già indicate, è posta in essere con l'obiettivo di ritirarsi dal mercato o di dedicarsi ad una attività diversa, o di trasferirsi in una delle città di frontiera al nord del Paese.

Il trasferimento dell'impresa verso la frontiera con gli Stati Uniti d'America, che è una delle soluzioni spesso preferite dalle multinazionali che operano in Messico, richiede una analisi approfondita delle aspettative e degli interessi dell'impresa stessa, del tipo di produzione e del mercato al quale ci si rivolge e nel quale si intende operare; qui ci si limiterà a segnalare solo alcuni dei vantaggi e degli svantaggi che devono essere considerati.

Prima di arrivare alla chiusura dell'impresa, le autorità del lavoro, dapprima cercano di trovare con gli imprenditori il modo di non cessare l'attività, e poi,

se è impossibile evitare la chiusura e viene in essere un conflitto in materia di indennizzo dei lavoratori, svolgono il ruolo di intermediari nell'ambito delle negoziazioni relative alla liquidazione dei lavoratori, il che si traduce in un tavolo di trattative tra datori e lavoratori alla presenza delle autorità medesime. La frontiera settentrionale del Messico rappresenta un luogo fisico particolarmente propizio per l'apertura di imprese per tutti i vantaggi che offre, soprattutto per la distribuzione delle merci prodotte.

Un primo aspetto importante di queste città frontaliere è l'abbondanza di manodopera, sebbene poco qualificata, dovuta al fatto che è una zona ad alta intensità di popolazione, sia messicana che straniera, che si dirige verso gli Stati Uniti in cerca di lavoro. Questa gente si trova costretta a rimanere per un po' di tempo nelle zone di frontiera e accetta lavori temporanei, che non garantiscono certi diritti come la anzianità di servizio e le ferie. Tuttavia esistono delle eccezioni. La retribuzione che si paga nelle zone di frontiera è in genere più elevata di quella delle altre zone del Paese. Le autorità offrono tuttavia alcuni vantaggi a quelli che impiantano imprese nei diversi Stati di frontiera, come per esempio l'esonero da alcune imposte, il sussidio di alcuni servizi, il rilascio di permessi in un tempo minore; questi benefici vengono riconosciuti nel rispetto della politica interna di ciascuno stato o *Entida Federativa*. D'altra parte, le autorità esigono il rispetto della legge e di alcuni requisiti, soprattutto in materia ambientale e ecologica. Questi sono alcuni dei punti da tenere in considerazione al momento di decidere se trasferire l'impresa in una città della frontiera settentrionale del Paese.

In caso di estinzione del rapporto di lavoro devono essere pagati i seguenti indennizzi:

— *indennizzo di lavoro*. Addizionale al salario che un'impresa versa al lavoratore in caso di licenziamento ingiustificato nei termini previsti dalla Legge Federale del Lavoro. In Messico si calcola in proporzione al salario che percepisce giornalmente il lavoratore;

— *determinazione del salario*. Tutti gli indennizzi per i lavoratori devono essere calcolati prendendo come base la retribuzione che ricevono individualmente, ma in maniera integrata; si parla infatti di retribuzione integrata che si definisce come la somma data dalle paghe effettive, per quota giornaliera, dalle gratifiche e da tutte le voci che compongono la retribuzione.

Di conseguenza, per quantificare l'indennizzo che deve percepire ciascun lavoratore è necessario conoscere tutti gli emolumenti che riceve individualmente non soltanto quelli che vengono formalmente versati dal datore di lavoro e che vengono registrati presso le autorità fiscali del lavoro o dello Stato. Questo si rappresenta con la seguente formula:

$$\begin{aligned} & \textit{retribuzione integrata} \\ & \textit{salario fisso (retribuzione formale) +} \\ & \textit{retribuzioni periodiche e prestazioni fisse (contributi per l'abitazione ecc.)} \end{aligned}$$

Nel caso in cui il lavoratore percepisca una retribuzione ogni giorno diversa la sua retribuzione integrata si calcola sulla base della media di quanto ha percepito nei trenta giorni precedenti.

Il Libro Bianco sul lavoro e la delega del Governo

Tiziano Treu

Sommario: **1.** Premessa. — **2.** L'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori. — **3.** Le tipologie contrattuali. — **4.** Individualizzazione dei rapporti di lavoro. — **5.** Federalismo e concertazione. — **6.** Lo strumento della delega.

1. Molti dei temi e dei contenuti del *Libro Bianco* riprendono orientamenti europei, in particolare le linee guida sull'occupazione: sono gli stessi orientamenti europei che hanno guidato l'azione riformatrice del centro sinistra, e che anche ora costituiscono un punto utile di riferimento: salvo discutere ovviamente le modalità applicative. Altri contenuti segnano invece discontinuità o addirittura elementi di rottura rispetto alle politiche fin qui seguite e vanno quindi valutati in modo critico. Ma al di là dei singoli aspetti di merito, il senso delle proposte va giudicato tenendo conto del contesto politico in cui si collocano e dell'uso che ne sta facendo il Governo.

Va considerato anche il metodo che il Governo sta seguendo sia con il Parlamento sia con le parti sociali dove il *Libro Bianco* sostiene di voler sostituire un non meglio precisato « dialogo sociale » alla concertazione sociale fin ora adottata. L'esame di queste proposte va quindi svolto senza pregiudizi, ma valutando nel merito le singole proposte ed il metodo politico con cui il Governo le sta facendo procedere (o non procedere).

Alcune modifiche nella normativa dirette a modernizzare ulteriormente il funzionamento del mercato del lavoro, e a favorire l'occupabilità e la adattabilità, costituiscono un completamento dell'azione cominciata col patto del lavoro del '96: ad es. la semplificazione della normativa sul part-time per renderlo veramente accessibile; il completamento della liberalizzazione dei servizi all'impiego, con l'abolizione dell'oggetto esclusivo di attività delle Agenzie private di interinale; la valorizzazione della iniziativa personale nella formazione professionale continua che sia di stimolo alla offerta formativa (crediti formativi ai singoli da utilizzare nel corso della vita ecc); una rimodulazione delle tutele che garantisca un minimo di diritti comuni a tutti i lavori compresi quelli cd. atipici e tutele differenziate a singoli tipi di lavoro, favorendo maggiore sicurezza e mobilità. Il senso dello Statuto dei Lavori, non è di smantellare le tutele dei lavoratori ma di adeguarle alle diverse esigenze dei vari tipi di lavoratori.

Altre aree su cui dobbiamo misurarci sono: la partecipazione dei lavoratori nell'impresa che è prevista dallo stesso statuto della società europea appena approvato dalla Comunità, e che è un punto troppo a lungo trascurato dal riformismo del centro sinistra; le procedure di conciliazione e di arbitrato, necessarie per rendere più celere e meno costosa la giustizia del lavoro.

* *Tiziano Treu è professore ordinario di diritto del lavoro nell'Università Cattolica di Milano.*

2. Efficienti soluzioni conciliative e arbitrali (come avevo proposto in un ddl del marzo 2000) possono servire anche a sdrammatizzare la questione della tutela dei licenziamenti — e rendere più adattabile la disciplina, senza snaturare l'art. 18 dello Statuto. Non è accettabile invece cambiare l'art.18 solo per alcune categorie di lavoratori. Così si balcanizza ulteriormente il mercato del lavoro.

Nessun argomento è tabù, neppure quello dei licenziamenti: ma esso solleva questioni di principio, molto profonde — come le pensioni: e infatti le reazioni sono di 'principio' da tutte e due le parti, imprese e sindacati.

Proprio perché le guerre ideologiche non servono e perché lo scontro sociale provocato dal Governo in un momento economico e sociale così delicato è molto dannoso, occorre trovare una via d'uscita — come nelle pensioni — più morbida. Occorre farlo ancora oggi dopo la decisione sbagliata del Governo di procedere comunque, senza neppure prendersi una pausa di riflessione su un tema così delicato.

La proposta del governo è sperimentale solo a parole. Di fatto svuota l'art. 18 senza dirlo, perché porta a non applicarlo a quasi tutti i nuovi assunti.

Così si creano ulteriori divisioni tra i lavoratori di "serie a e di serie b". Se si vuole sperimentare e spero ancora che si possa fare, si può farlo utilizzando l'arbitrato. Invece di insistere nella sua proposta, così conflittuale, il Governo dovrebbe lasciare la possibilità di scegliere l'arbitrato, guidato dai contratti collettivi e incentivato sul piano fiscale ed economico. L'arbitrato può decidere in modo veloce e pragmatico i rimedi più appropriati in caso di licenziamento ingiustificato. L'arbitrato può offrire alle parti, anche ai lavoratori, vantaggi concreti di velocità e praticità. Se la sperimentazione funziona avremo fatto un passo avanti senza pregiudicare i diritti di nessuno ed evitando scontri ideologici. Se l'esperimento non funziona si potrà ritornare sull'argomento. Intanto il Governo deve riformare gli ammortizzatori sociali per dare a tutti quella rete di sicurezza necessaria a rendere accettabile la flessibilità.

Motivo di più per sospendere la decisione sull'art. 18.

La riforma degli ammortizzatori sociali deve renderli più efficaci e più equilibrati soprattutto a favore dei lavoratori « atipici » e più bisognosi: solo così possiamo evitare che le forme anche nuove di flessibilità diventino socialmente pericolose. Il *Libro Bianco* ne parla genericamente e, non prevede le risorse necessarie per una vera riforma.

3. Per altre questioni affrontate dal *Libro Bianco* la sfida non è tanto di modificare le normative ma di migliorare la implementazione delle riforme già attuate: attrezzare in modo efficiente i servizi all'impiego sul territorio e quelli per la formazione continua, secondo le competenze ormai trasferite alle regioni in modo che possano offrire informazioni e occasioni di lavoro e di formazione a tutti, in particolare ai soggetti più bisognosi; migliorare e rendere più organici gli incentivi esistenti. È questo che ci chiede l'Europa: non tanto più flessibilità, ma una gestione più efficace delle politiche attive del lavoro che sostengano l'occupazione e la mobilità.

Nel *Libro Bianco* ci sono proposte che sollevano molte riserve. Il "contratto di progetto", ad es., non è chiaro se sia utile o invece pericoloso. Se la proposta vuole regolare e razionalizzare le forme di « collaborazione » parasubordinata, allora occorre valutare attentamente i contenuti specifici di merito; e il tema va affrontato comunque nel quadro dello Statuto dei Lavori.

Il "lavoro a chiamata" è una forma di flessibilità « estrema » di cui non si sente il

bisogno; e che rischia di rendere aleatoria un modo inaccettabile la disponibilità del tempo di lavoro delle persone. La proliferazione dei tipi (lavoro occasionale, accessorio, etc.) è del tutto inopportuna.

La struttura della contrattazione collettiva è un altro tema delicatissimo – che però va trattato direttamente dalle parti sociali.

Personalmente ritengo i due livelli contrattuali concordati nel 1993 vadano mantenuti; ma che il loro rapporto vada modificato attribuendo al contratto collettivo nazionale un ruolo di contratto quadro su alcuni minimi di trattamento e dando più spazio alla contrattazione decentrata per diversificare di più la retribuzione in rapporto alle diverse condizioni di produttività.

Ma questa è una materia di esclusiva competenza delle parti sociali. Per essere discussa proficuamente richiede un clima di buoni rapporti sindacali e di fiducia reciproca.

Purtroppo le condizioni attuali sia per i difficili rapporti fra i sindacati sia per la tensione con la Confindustria, e oggi per il conflitto aperto, non sono le più adatte. Il che ci porta alle condizioni di contesto, di cui parlavo all'inizio. I temi del *Libro Bianco*, anche quelli meritevoli di considerazione per il loro carattere innovativo, vanno fatti oggetto di un confronto approfondito e condotto in buona fede fra Governo e parti sociali. Cioè appunto con il metodo della concertazione sociale. La concertazione sociale è stata decisiva per sostenere lo sforzo del risanamento economico che ha permesso l'entrata dell'Italia in Europa. Non c'è motivo di ritenere che non sia più utile per sostenere ora la fase di sviluppo e le ulteriori riforme necessarie al nostro paese. I paesi europei che hanno avuto più successo nella configurazione di un modello sociale moderno e insieme equo, come l'Olanda, dimostrano che la concertazione è essenziale nelle stagioni di austerità come in quelle di crescita e di sviluppo.

La sostituzione di « dialogo sociale » a « concertazione » sarebbe innocua, se i termini fossero sinonimi. Ma così non è. Allora o è poco pertinente o è sospetta. Altro è cercare di razionalizzare i confronti fra le parti per evitare tavoli sovraccarichi (33 sigle) e inconcludenti. Come è stato spesso di recente. Altro è spezzettare il confronto in « tavolini » insignificanti.

Non si può ritenere che la concertazione sociale permetta a qualcuno di porre veti alle decisioni: ma essa deve essere una ricerca seria di convergenze con l'obiettivo di trovare un accordo, non una formalità che copra decisioni unilaterali; o peggio che serva per acuire le divisioni fra i sindacati. Questo è un punto su cui il Governo va più che mai giudicato alla prova dei fatti. Crediamo sbagliato che il sindacato rifiuti il confronto – o ponga delle pregiudiziali; ma il contesto è difficile e autorizza forti preoccupazioni. Purtroppo confermate dalle decisioni del governo di procedere nonostante il dissenso sindacale.

4. C'è un altro punto fondamentale nel quale il senso del *Libro Bianco* va verificato alla prova dei fatti: il punto dove si parla di « individualizzare » i rapporti di lavoro. Certamente molte prassi e regole del lavoro vanno « personalizzate » per essere rese più vicine alla sensibilità moderna, e alla diversità delle esperienze e dei bisogni dei lavoratori. Questa è una sfida per il sindacato che non può riproporre le stesse forme di rappresentanza e di tutela « massificate » proprie di un mondo fordista che non c'è più. Ma ciò non autorizza a pensare che le regole collettive siano derogabili e sostituibili in generale da contratti individuali. Mitizzare la capacità dei singoli di fare da soli, nel mercato del lavoro odierno è nel migliore dei casi illusorio nel peggiore un grave inganno. Minare le capacità di organizzazione

sindacale e collettiva, con dosi indifferenziate di individualismo è pericoloso per la coesione sociale.

Anche su questo occorrerà osservare attentamente, al di là delle intenzioni degli estensori del *Libro Bianco*, i comportamenti del governo: per verificare quale senso politico si vuole dare alla « individualizzazione dei rapporti ». Si tratta di vedere se la si vuole utilizzare come strumento per allargare le opzioni degli individui all'interno di soluzioni concordate collettivamente — come sono le ipotesi dal sistema olandese citato dal *Libro Bianco* — ovvero come strumento per una destrutturazione del sistema di relazioni collettive fra le parti.

5. Un'altra questione sorge dalla lettura del *Libro Bianco* in seguito all'approvazione del referendum sul « Federalismo » e in particolare alla norma che demanda alla competenza delle regioni la normativa in tema di tutela e di sicurezza del lavoro. La questione è delicatissima e quasi inedita. Anche nei sistemi federali più consolidati come quello tedesco le normative fondamentali di diritto del lavoro restano nazionali; e per altro verso sono influenzate largamente dalle direttive europee. Oggetto di « decentramento » regionale sono piuttosto le politiche attive del lavoro e della formazione professionale e gli strumenti istituzionali che le pongono in essere (servizi all'impiego, istituzioni formative).

Questa è la direzione in cui sperimentare un federalismo del lavoro anche in Italia, magari con qualche altro capitolo: ad es. certi aspetti degli incentivi per l'occupazione, gli ammortizzatori sociali, la previdenza complementare.

La innovazione costituzionale può costituire un ulteriore stimolo a ripensare in termini flessibili di *soft law* la normativa sul mercato del lavoro e la sua applicazione alle singole realtà regionali e per altro verso a sostenere la stessa differenziazione contrattuale di competenza delle parti sociali. Ma non può invece giustificare una regionalizzazione dei diritti fondamentali — che devono restare affidati a scelte unitarie nazionali — anche qui con crescente influenza europea (tanto più se si realizza l'auspicata operatività della carta dei diritti europei). Il nucleo fondamentale dei diritti sociali fra cui quelli riconosciuti dallo Statuto dei Lavoratori (a cominciare dall'art. 18) deve restare unitario, pena una inaccettabile « balcanizzazione » del sistema — che sarebbe dannosa per la coesione sociale e per la stessa mobilità e funzionalità del mercato del lavoro.

Una revisione del sistema dei diritti — anche nell'ottica nuova dello Statuto dei Lavoratori — va discussa in sede nazionale con il concorso delle parti sociali, delle Regioni e delle autonomie locali. Ma non rientra nella disponibilità di queste ultime.

Se questa è l'impostazione costituzionalmente corretta, va detto che il testo approvato dal Governo è in parte al di fuori del quadro: per molte materie si può dire che è fortemente sospetto di incostituzionalità. Esso non contiene principi generali, ma una disciplina di dettaglio — talora di estremo dettaglio — fino al punto che la delega appare una 'foglia di fico' che copre una normativa compiuta. Una disciplina di dettaglio si può giustificare, come si diceva, in tema di diritti civili e sociali e di regolazione fondamentale del rapporto di lavoro (come quella dei licenziamenti) ma non nelle materie del collocamento, della formazione professionale dei contratti misti di formazione lavoro.

Qui la competenza regolatrice e di gestione è affidata alle regioni e alle autonomie locali rispettivamente. Allo Stato rimane solo il compito di intervenire (eventualmente) al fine di evitare che la regolazione locale possa contrastare con i principi e gli interessi generali della Repubblica. Ma nella delega del Governo non si tratta di questo. Anche nella materia degli ammortizzatori sociali e degli incentivi

all'occupazione la nuova ripartizione di competenze deve suggerire cautela. La delega dovrebbe limitarsi ai principi generali: ad es. nel caso degli ammortizzatori, alle garanzie di tutele minime, comuni a tutti i lavoratori, lasciando alle regioni sia eventuali integrazioni, sia la decisione sulle modalità applicative e gestionali.

La delicatezza di questa materia richiede un di più di concentrazione sia con le parti sociali sia con le autonomie locali: cosa che il Governo si è ben guardato dal fare. La concertazione sociale è stata a dir poco sommaria. Quella con le istituzioni locali non c'è stata.

Deve adottare (non solo in questo settore) forme organiche almeno in due direzioni: fra i Governi centrali e locali con la cabina di regia auspicata anche dal Presidente Ciampi e fra il Parlamento e le autonomie con la commissione mista prevista dalla stessa l. 3/2001.

6. Un'altra osservazione generale riguarda il ricorso alla delega. Pur non avendo opposizioni pregiudiziali all'utilizzo di questo strumento, il modo in cui esso si è concretato nel testo governativo è ridondante e a volte aberrante. L'uso della delega si giustifica soprattutto per il carattere tecnicamente complesso di certe materie. Il che si verifica anche nella nostra materia: ad es. in tema di ammortizzatori sociali, di incentivi, di certificazione, etc.

Ma in molti casi tale esigenza non c'è per niente. In particolare non c'è nessun motivo di ricorrere alla delega e si possono regolare direttamente per legge le modifiche sul part-time, quelle sull'oggetto esclusivo delle agenzie di lavoro interinale sull'arbitrato e sugli stessi nuovi contratti (salvo le riserve su alcuni di questi che ho sopra espresso). In alcuni casi del resto il testo governativo è già così esplicito che contraddice in termini la necessità della delega: ad es. che senso ha abolire per delega l'oggetto esclusivo dell'interinale? Si può fare con un articolo di due righe direttamente.

D'altra parte queste sono materie in cui nel recente passato si è intervenuti con disciplina diretta, senza delega: così è stato per la l. 196/97 che viene ricordata (anche troppo) come antecedente di alcune proposte del *Libro Bianco*.

Anche in tema di pensioni la delega si giustifica solo in parte. Nel 1995 la riforma Dini è stata fatta con legge ordinaria, e così molte delle modifiche introdotte nel 1997.

Siamo ricorsi alla legge solo per la materia complessissima della armonizzazione dei regimi pensionistici speciali.

In conclusione le indicazioni generali del *Libro Bianco*, anche quelle in sé accettabili e coerenti con le direttive europee richiedono di essere profondamente riviste e calate in un quadro più corretto. Anzitutto quanto al merito della concertazione. Al di là delle parole 'dialogo' o altro il giudizio dipende dalla pratica concreta. La prima applicazione che ne ha fatto il Governo in tema di mercato del lavoro non si è rivelata positiva e conferma i dubbi che già aveva sollevato.

In secondo luogo quanto al metodo della delega. La proliferazione nell'uso di questo strumento è ingiustificata e inaccettabile: anzitutto dal Parlamento, ma anche dalle parti sociali.

In terzo luogo quanto alla ripartizione delle competenze fra stato e regioni. L'attuale testo è in buona parte fuori dal nostro quadro costituzionale. La sua approvazione da parte del Governo è stata a dir poco improvvida. Va rivisto profondamente nel merito. A tal punto che il Governo dovrebbe prendersi un momento di riflessione, cioè sospendere le sue decisioni, per continuare nella concertazione con le autonomie locali e con le parti sociali.

La legalizzazione del lavoro interinale in Grecia

Olga Rymkevitch

Sommario: 1. Premessa. — 2. La disciplina sostanziale. — 3. Divieti e sanzioni.

1. Dopo la Spagna nel 1994 e l'Italia nel 1997 anche la Grecia ha proceduto alla legalizzazione della fattispecie del lavoro interinale. Il 23 ottobre 2001, infatti, il Parlamento greco ha adottato una nuova legge riguardante i servizi per l'impiego (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 6 novembre 2001), la quale contiene anche disposizioni in materia di fornitura di lavoro temporaneo. La nuova legislazione, per la prima volta, ha stabilito un quadro legale relativo alla istituzione, alla attività e agli obblighi delle agenzie di lavoro temporaneo, nonché l'insieme dei diritti dei lavoratori intermittenti per molti aspetti analogo a quello stabilito dalla legislazione italiana¹. Nell'ambito della Unione Europea non esistono dunque più ordinamenti che vietano *tout court* la fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo.

2. Ai sensi dell'articolo 20 della nuova legge le agenzie di lavoro temporaneo sono le imprese la cui attività consiste nel fornire dei prestatori di lavoro a imprese utilizzatrici (c.d. « datore di lavoro indiretto ») secondo il noto schema trilaterale tipico di questa fattispecie.

Caratteristica di queste imprese è l'oggetto sociale esclusivo. Non possono cioè svolgere altra attività. Tuttavia, in taluni casi eccezionali, è loro concesso di svolgere attività di mediazione nell'incontro tra domanda e offerta di lavoro. Inoltre, salvo che non sia vietato dalla legge, queste agenzie possono effettuare anche il bilancio delle competenze e svolgere attività di formazione professionale. Le agenzie del lavoro temporaneo — dispone l'articolo 21 della nuova legge — possono essere create solo nella forma società anonima a responsabilità limitata con capitale sociale non inferiore a 60 milioni di dracme greche (pari a 176.082,17 EURO). Per creare tale agenzia e svolgere attività di fornitura di lavoro temporaneo è richiesta una autorizzazione del Ministero del Lavoro, previo parere favorevole della *Commissione di controllo dell'impiego temporaneo*.

Ai sensi dell'articolo 23 della legge, ogni agenzia del lavoro temporaneo deve ottenere una licenza per presentare due fideiussioni dalle banche agenti in qualità del garante finanziario. La prima deve garantire le retribuzioni dei prestatori di lavoro temporaneo e la seconda il versamento dei contributi previdenziali e assicurativi. Il valore di questa fideiussione viene periodicamente stabilito con

* *Olga Rymkevitch è collaboratrice del Centro Studi Internazionali e Comparati dell'Università di Modena e Reggio Emilia.*

¹ Sul quadro legale italiano cfr., anche in una prospettiva comparata, Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999.

decisione del Ministero del Lavoro e Sicurezza Sociale a seconda del numero dei lavoratori temporanei, e in alcuni casi alle agenzie è richiesto di presentare fideiussioni supplementari entro tre mesi per evitare la revoca della licenza.

Per la fornitura di lavoro temporaneo, per il quale è richiesta forma scritta, le agenzie possono avvalersi di lavoratori dipendenti assunti con contratto di lavoro a tempo determinato ovvero a tempo indeterminato in forma scritta è richiesto. Ai sensi dell'articolo 22 della legge, il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo deve contenere le seguenti informazioni: durata della prestazione (c.d. missione); termini e condizioni della prestazione lavorativa resa a favore dell'utilizzatore effettivo (datore di lavoro indiretto); condizioni retributive e assicurative, nonché altri dati che riguardano la prestazione di cui il lavoratore deve essere informato in buona fede.

La retribuzione del lavoratore temporaneo non può essere inferiore a quella prevista dai contratti collettivi di categoria e dai contratti collettivi aziendali che si applicano agli altri dipendenti a tempo indeterminato dell'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa. Nel caso non sia possibile al momento della stipulazione del contratto far riferimento ad uno specifico utilizzatore (ipotesi di assunzione a tempo indeterminato) ovvero determinare la durata della prestazione, il contratto deve prevedere un quadro generale delle condizioni in cui la prestazione verrà resa a favore del datore di lavoro indiretto. Il lavoratore deve dare il suo consenso.

La durata della prestazione a favore dell'utilizzatore non può superare gli otto mesi. Il rinnovo del contratto è consentito solo se la durata complessiva non supera gli otto mesi. Nel caso in cui il lavoratore proceda a svolgere la sua mansione dopo la scadenza del termine contrattuale e il contratto è stato rinnovato per un periodo che supera di due mesi gli otto stabiliti dalla legge (rinnovi compresi), il contratto tra il lavoratore e l'agenzia è considerato nullo e viene convertito *ipso facto* in un contratto a tempo indeterminato con l'utilizzatore della prestazione lavorativa.

Qualsiasi clausola che ostacoli la possibilità di assunzione del lavoratore temporaneo con contratto di lavoro a tempo indeterminato presso l'impresa utilizzatrice è considerata nulla e non comporta alcun effetto legale nei confronti del lavoratore e dell'utilizzatore della prestazione lavorativa. Oltre questo qualsiasi clausola che ostacoli in modo diretto o indiretto i diritti sindacali del lavoratore temporaneo ovvero i suoi diritti previdenziali è nulla. Al lavoratore temporaneo devono essere applicate condizioni contributive uguali a quelle degli altri dipendenti del datore di lavoro indiretto assunti con le stesse qualifiche.

Sono inoltre vietate le clausole che impongono al prestatore di lavoro temporaneo di versare un corrispettivo alla agenzia per ogni missione effettuata o per la iscrizione delle banche dati della agenzia.

Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo tra l'agenzia e l'utilizzatore della prestazione lavorativa deve essere stipulato in forma scritta e deve contenere le clausole in materia di retribuzione e di assicurazione del lavoratore per tutto il periodo della prestazione dovuta. Previa la disponibilità di un lavoratore temporaneo, il contratto di fornitura deve specificare i requisiti necessari per l'esecuzione del lavoro, le mansioni richieste e la sorveglianza medica necessaria, se ci sono rischi specifici relativi al lavoro da eseguire. Sia l'agenzia che l'utilizzatore della prestazione lavorativa hanno una responsabilità solidale e individuale verso il lavoratore temporaneo rispetto ai diritti retributivi e contributivi. Questo obbligo da parte del datore di lavoro indiretto può essere sospeso nel caso nell'accordo sia previsto che i contributi assicurativi siano versati dalla agenzia (art. 23 della legge).

Al lavoratore temporaneo spettano le stesse tutele sul luogo di lavoro in materia di salute e sicurezza che sono riconosciute dalla legge e dai contratti collettivi agli altri dipendenti dell'utilizzatore della prestazione lavorativa. Nonostante la disposizione contrattuale sulla co-responsabilità dell'agenzia, l'utilizzatore è responsabile delle condizioni di salute e sicurezza in cui si svolge il lavoro e degli eventuali infortuni sul luogo di lavoro.

- 3.** Ai sensi dell'articolo 24 è vietata la fornitura di lavoro temporaneo:
- per sostituire lavoratori dell'impresa utilizzatrice che esercitano il diritto di sciopero;
 - nel caso in cui l'utilizzatore della prestazione lavorativa abbia proceduto nel corso dell'anno precedente a licenziamenti collettivi con riferimento a mansioni lavorative per le quali si chiede l'invio del lavoratore temporaneo;
 - nel caso in cui l'utilizzatore della prestazione lavorativa sia soggetto alla legge n. 2190/1994, che dispone la istituzione di una autorità indipendente ai fini della ricerca e selezione del personale.

Ai sensi dell'articolo 25 ogni violazione delle disposizioni della legge sulle agenzie del lavoro temporaneo comporta l'applicazione di una ammenda che può variare da 2.936 fino a 29.360 EURO a seconda del grado di gravità della violazione. Le sanzioni di ammenda sono disciplinati dalle disposizioni dell'articolo 16 della legge n. 2639/1998.

**Profili evolutivi dell'obbligo di sicurezza
nell'elaborazione giurisprudenziale**

Massimo Lanotte

Sommario: **1.** Il rapporto tra disciplina legale e diritto giurisprudenziale. — **2.** L'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 2087 c.c. e l'adeguamento delle misure di sicurezza al progresso tecnologico. — **3.** La tutela dai rischi connessi con l'ambiente di lavoro. L'attività criminosa di terzi. — **4.** La protezione della salute dal fumo passivo nei luoghi di lavoro. — **5.** La tutela della personalità morale del lavoratore. — **6.** Le molestie sessuali. — **7.** Il mobbing: dagli studi sociologici alle prospettive di regolamentazione normativa. — **8.** Segue: le molestie morali e gli atteggiamenti persecutori sul lavoro nei recenti indirizzi giurisprudenziali. — **9.** La violazione dell'obbligo di sicurezza e la responsabilità contrattuale del datore di lavoro. — **10.** L'accertamento della responsabilità datoriale e la ripartizione degli oneri probatori. — **11.** L'obbligo di vigilanza del datore di lavoro e il concorso di colpa del lavoratore.

1. La giurisprudenza giuslavoristica ha sempre dimostrato un vivo interesse all'individuazione ed alla valorizzazione degli strumenti giuridici atti a consentire una maggiore e più effettiva protezione del lavoratore dai rischi connessi con l'ambiente di lavoro.

Corti di merito e giudici di legittimità sono stati, e sono tuttora, i destinatari privilegiati delle sempre più radicate istanze sociali di tutela dei diritti fondamentali della persona nell'ambito del rapporto di lavoro, sia per quanto riguarda il più tradizionale profilo dell'integrità fisica, sia con riferimento a situazioni soggettive emergenti riconducibili alla personalità morale del prestatore¹.

Nella tutela delle condizioni di lavoro, la fonte giurisprudenziale assume, più che in altri settori, rilevanza primaria per le stesse caratteristiche del *corpus* normativo che, pur nella disordinata imponenza quantitativa, mantiene il suo fulcro in una disposizione a contenuto aperto, quale l'art. 2087 c.c.

La felice formulazione della norma ha consentito alla giurisprudenza — attraverso un'opera di interpretazione evolutiva e, nella sostanza, creativa di diritto — di colmare le inevitabili lacune della normazione tecnica di fronte alla continua e rapida innovazione tecnologica, anche in considerazione del colpevole ritardo dell'azione legislativa nell'adeguare gli *standards* di sicurezza esistenti ai nuovi fattori di rischio.

Invero, solo la crescente attenzione nutrita dalla Comunità Europea verso le problematiche della sicurezza — e la conseguente emanazione a partire dagli anni ottanta di un considerevole numero di direttive volte ad armonizzare le legislazioni dei singoli stati membri mediante l'adozione di prescrizioni minime per migliorare

* Massimo Lanotte è ricercatore di diritto del lavoro nell'Università di Parma.

¹ Sul tema, cfr., da ultimo, Smuraglia, *Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro. (Situazioni soggettive emergenti e nuove tecniche di tutela)*, in *RGL*, 2000, I, 447.

gli ambienti di lavoro ² — ha permesso di aggiornare e integrare l'originario complesso normativo degli anni cinquanta ³.

Proprio in attuazione degli obblighi comunitari, il legislatore — dopo decenni di silenzio caratterizzati da interventi collettivi di contrattualizzazione della sicurezza attraverso clausole di monetizzazione del rischio — ha dapprima colmato le lacune esistenti in alcuni settori lavorativi comportanti un'esposizione a particolari fattori di rischio ⁴, per rivoluzionare poi l'intera materia prevenzionistica con una serie di fondamentali innovazioni contenute principalmente nel D.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 e nelle successive modificazioni e integrazioni ⁵.

Le novità più significative introdotte dal citato decreto rispetto alla precedente legislazione riguardano più le modalità di gestione della sicurezza e di adempimento degli obblighi di prevenzione che il contenuto degli stessi.

Sotto quest'ultimo profilo, l'attuale disciplina — al di là di un generale e doveroso « svecchiamento » di specifiche norme che riguardano i luoghi di lavoro, l'uso della attrezzature di lavoro, l'uso dei dispositivi di protezione individuale, la movimentazione manuale dei carichi, l'uso di attrezzature munite di videoterminali, la protezione da agenti cancerogeni e biologici — si pone in linea di continuità rispetto alla precedente legislazione e costituisce una puntuale specificazione del generale precetto normativo contenuto nell'art. 2087 c.c.

La maggiore articolazione degli obblighi di sicurezza in specifiche disposizioni di legge non ha peraltro ridimensionato la funzione di chiusura dell'intero sistema prevenzionistico unanimemente riconosciuta all'art. 2087 c.c., né ha limitato l'individuazione giurisprudenziale di ulteriori cautele « innominate » in base ai parametri della particolarità del lavoro, dell'esperienza e della tecnica richiamati dal disposto codicistico.

Si consideri, inoltre, che l'opera di adeguamento storico delle fattispecie legali alle nuove dinamiche economiche e sociali non solo ha consentito di supplire alla rapida obsolescenza della normazione tecnica, ma anche di fornire soddisfacenti risposte alle più recenti esigenze di tutela dei valori personali e fondamentali del

² La tutela della salute e la sicurezza sul lavoro trova un primo riferimento a livello comunitario nell'art. 137 del Trattato, nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali e nella recente Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza il 18 dicembre 2000. Tra le direttive più significative si possono ricordare la direttiva-quadro n. 89/391 e le quindici direttive particolari n. 89/654, n. 89/655, n. 89/686, n. 90/269, n. 90/270, n. 90/394, n. 90/679, n. 92/57, n. 92/58, n. 92/85, n. 92/91, n. 92/104, n. 93/103, n. 98/24 e n. 1999/22 sull'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro; la direttiva n. 93/104 sull'orario di lavoro; la direttiva n. 94/33 relativa alla protezione dei giovani sul lavoro.

³ Cfr. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute, sicurezza: per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino 1997; Galantino (a cura di), *La sicurezza del lavoro*, 2^a ed., Milano 1997; Loy, *La tutela della salute nei luoghi di lavoro*, Padova 1996.

⁴ Cfr., ad esempio, la disciplina introdotta dal D.lgs. 15 agosto 1991, n. 277 e dal D.lgs. 25 gennaio 1992, n. 77, in materia di protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da esposizione ad agenti chimici, fisici e biologici.

⁵ Oltre al D.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, tra i numerosi provvedimenti attuativi di direttive comunitarie, v. il D.lgs. 14 agosto 1996, n. 493 in materia di segnaletica di sicurezza sui luoghi di lavoro; il D.lgs. 14 agosto 1996, n. 494, modificato dal D.lgs. 19 novembre 1999, n. 528, sulle prescrizioni minime di sicurezza e salute da attuare nei cantieri temporanei e mobili; il D.lgs. 25 novembre 1996, n. 645 sulla miglioramento della sicurezza e la salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento; il D.lgs. 4 agosto 1999, n. 345 relativo alla protezione dei giovani sul lavoro.

lavoratore. Proprio in quest'ultimo ambito la giurisprudenza ha manifestato la maggiore vivacità interpretativa, valorizzando il riferimento dell'art. 2087 c.c. alla tutela della personalità morale del prestatore di lavoro. E sotto tale profilo è dato cogliere le novità più rilevanti.

2. L'art. 2087 c.c. impone al datore di lavoro di « adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore ». Il valore della norma codicistica è stato inizialmente oscurato dalla qualificazione dell'obbligo di sicurezza datoriale come dovere di natura pubblicistica, operante solo nei confronti dello Stato ⁶. Di conseguenza, al lavoratore era riconosciuto un interesse legittimo e non un diritto soggettivo alla predisposizione delle cautele antinfortunistiche.

Ben presto superata tale impostazione, attualmente dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'affermare che l'art. 2087 c.c. non contiene soltanto l'enunciazione di un dovere imposto nell'interesse generale, ma attribuisce al lavoratore un vero e proprio diritto soggettivo alla sicurezza dell'ambiente di lavoro ed alla tutela della propria salute, sia sotto il profilo della prevenzione, sia per quanto riguarda gli aspetti risarcitori pur con differenti argomentazioni ⁷.

Secondo la prevalente interpretazione, il riconoscimento del diritto del lavoratore alla sicurezza comporta la legittimità del rifiuto di eseguire la prestazione lavorativa in caso di mancata predisposizione delle necessarie cautele antinfortunistiche, con diritto alla retribuzione e alla conservazione del posto di lavoro.

Va tuttavia rilevato che la funzione prevenzionistica della norma — finalizzata a garantire un ambiente di lavoro sicuro, sano ed esente da rischi mediante un automatico e continuo aggiornamento della legislazione vigente ai mutamenti tecnologici — è stata purtroppo sovente dimenticata, determinando il fallimento dell'originario disegno prevenzionista a favore di una criticabile « monetizzazione » del bene-salute ⁸. Solo in rari casi, infatti, si è utilizzata la norma codicistica per fondare in via preventiva la richiesta di adempimento dell'obbligo di sicurezza gravante sul datore

⁶ Cfr. D'Eufemia, *Norme inderogabili e interessi legittimi nel rapporto di lavoro*, in *RDL*, 1964, 14; per un'analisi di tale orientamento, v. Zoli, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano 1988; Natullo, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Torino, 1995, 12.

⁷ Cfr. Loy, *Linee di tendenza della normativa italiana in materia di salute*, in *QDLRI*, 1993, n. 14, 11; Montuschi, *Diritto alla salute ed organizzazione del lavoro*, Milano, 1989, 56; Smuraglia, *La tutela della salute del lavoratore tra principi costituzionali, norme vigenti e prospettive di riforma*, in *RIDL*, 1988, I, 417; Suppiej, *Il diritto dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente di lavoro*, in *RIDL*, 1988, I, 442; Bianchi-D'Urso, *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Napoli, 1980, 167; Santoni, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Napoli, 1979, 135; Spagnuolo Vigorita, *Responsabilità dell'imprenditore*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da Riva Sanseverino e Mazzoni, II, Padova 1972, 41.

Il riconoscimento del diritto soggettivo di ogni singolo lavoratore alla tutela della propria integrità psico-fisica è oggi un principio fermo nella giurisprudenza della Suprema Corte. Cfr. Cass. 17 novembre 1993, n. 11351, in *DPL*, 1994, 365; Cass. 6 luglio 1990 n. 7101, in *RGL*, 1991, II, 328. Per la giurisprudenza di merito v. Pret. Torino 27 gennaio 1994, in *RCDL*, 1994, 573; Pret. Milano 15 gennaio 1994, *ivi*, 1994, 578.

⁸ Cfr. Galantino (a cura di), *La sicurezza del lavoro*, 2^a ed., Milano, 1996, 4; Montuschi, *La tutela della salute e la normativa comunitaria: l'esperienza italiana*, in Biagi (a cura di), *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive CEE*, Rimini 1991, 11.

di lavoro. Al contrario, molto più frequentemente, si è fatto ricorso all'art. 2087 c.c. in seguito al verificarsi di un pregiudizio alla salute del lavoratore, al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa dell'inadempimento degli obblighi in materia di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali, ovvero in seguito ad atti datoriali lesivi delle dignità e della personalità morale del lavoratore. Il disposto codicistico ha trovato puntuale e dettagliata specificazione in una copiosa produzione legislativa che delinea i principi fondamentali del sistema di igiene e sicurezza sul lavoro sia con riferimento alla generalità delle attività produttive, sia riguardo ad aree e settori specialistici, caratterizzate da particolari lavorazioni, sostanze e apparecchiature.

Peraltro, anche dopo l'emanazione dei più recenti provvedimenti in materia antinfortunistica, l'art. 2087 c.c. conserva la valenza di norma generale e sussidiaria rispetto alla particolare disciplina prevenzionistica contenuta nella legislazione speciale⁹. La particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica continuano, infatti, a costituire i fondamentali parametri di riferimento per l'individuazione giurisprudenziale di nuovi obblighi « atipici » o « innominati », ulteriori rispetto a quelli previsti dalle norme prevenzionistiche speciali.

Significativo, in tal senso, è il consolidato orientamento che impone al datore di lavoro di adottare tutte le misure di sicurezza ritenute necessarie per tutelare la salute del lavoratore alla luce delle cognizioni della migliore tecnologia e del patrimonio di esperienza¹⁰.

La *ratio* si fonda sull'esigenza di supplire alle lacune di una normativa antinfortunistica che — per quanto dettagliata e specifica — non può essere in grado di prevedere qualsiasi fattore di rischio, nonché di evitare l'obsolescenza delle misure di sicurezza mediante automatici aggiornamenti imposti dal progresso tecnico¹¹.

Il principio della massima sicurezza tecnologicamente possibile è stato interpretato per anni in modo estremamente rigido, ritenendo che l'imprenditore dovesse adottare tutte le misure di sicurezza ritenute necessarie in base alla miglior scienza ed esperienza del momento, indipendentemente dal loro costo economico¹².

Di recente, la Corte Costituzionale ha ritenuto di dover meglio contemperare i contrapposti interessi della tutela della salute e della certezza del diritto in campo

⁹ Cfr. Cass. 15 aprile 1997, n. 3439, in *DPL*, 1997, 1648; Pret. Sanremo 19 aprile 1994, in *GI*, 1995, I, 2, 226.

¹⁰ V. Cass. 16 giugno 1995, n. 6944, in *DPL*, 1995, 2120; Cass. 27 settembre 1994, n. 10164, *ivi*, 1994, 209, in cui si afferma il principio interpretativo, pacifico in giurisprudenza, secondo il quale il datore di lavoro è tenuto ad adeguarsi alle acquisizioni della migliore tecnologia.; Cass. 23 gennaio 1993, n. 937, in *RIMP*, 1993, 128; Cass. 5 aprile 1993, n. 4083, in *MGC*, 1993, 619.

¹¹ Tale principio trova ora conferma in altre norme di legge contenute nel D.lgs. n. 626/94. Sia la valutazione dei rischi, sia l'adozione di misure idonee per ridurli o eliminarli sono adempimenti da assolvere periodicamente, « in occasione di modifiche del processo produttivo significative ai fini della sicurezza e della salute dei lavoratori » (art. 4, 7° comma). Si aggiunga, inoltre, che il datore di lavoro ha l'obbligo di eliminare i rischi « in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico » e, ove ciò non sia possibile di ridurli al minimo (art. 3, 1° comma, lett. b). Ciò mediante l'aggiornamento delle « misure di prevenzione in relazione ai mutamenti organizzativi e produttivi che hanno rilevanza ai fini della salute e della sicurezza del lavoro, ovvero in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione e della protezione » (art. 4, 5° comma, lett. b). Tra le norme a carattere specifico, v. l'art. 35, 2° comma, sull'uso delle attrezzature di lavoro; l'art. 62, 1° comma e l'art. 64, 1° comma, lett. c, sulla protezione da agenti cancerogeni.

¹² V. Cass. pen., sez. IV, 29 aprile 1994, in *GP*, 1995, II, 505.

penale¹³. Da un lato va considerato che il carattere primario ed assoluto dell'integrità psico-fisica di ogni persona umana deve prevalere sugli interessi economici di produzione¹⁴. Dall'altro non bisogna dimenticare che l'obbligo di aggiornamento delle misure di prevenzione è sanzionato penalmente ed è pertanto necessario rispettare, nella formulazione del precetto, i principi di tassatività e sufficiente determinatezza della fattispecie¹⁵.

Ne deriva — secondo il giudice delle leggi — che « l'art. 41 della Costituzione e il pregnante dovere, che da esso è desumibile di protezione dei lavoratori potrebbe, è vero, pretendere dall'imprenditore assai di più e giustificare una raffigurazione legislativa che assegni all'impresa il compito di realizzare innovazioni finalizzate alla sicurezza, nella quale il ruolo di impulso fosse assegnato al giudice civile ed alla pubblica amministrazione. Ma la scelta di sanzionare penalmente, con una norma generale e onnicomprensiva, tutte le fattispecie in cui l'imprenditore si sottragga a questo ruolo, ha di necessità il suo contrappeso costituzionale, che è dato dall'esigenza di restringere, in un'interpretazione costituzionale vincolata, le potenzialità della disposizione, per non vanificare il canone di determinatezza della fattispecie penale »¹⁶.

Invero, il miglioramento e l'aggiornamento delle misure di prevenzione in base alle innovazioni tecnologiche e al progresso scientifico è un compito che dovrebbe competere in via primaria al legislatore. Basti considerare che l'art. 28 del D.lgs. n. 626/94 prevede — attraverso decreti ministeriali che si dovrebbero caratterizzare per snellezza e rapidità di emanazione — un continuo adeguamento della normativa di natura strettamente tecnica al progresso tecnologico.

In tale prospettiva, il datore di lavoro dovrebbe essere in grado — rispettando una normativa tecnica aggiornata tempestivamente e periodicamente — di garantire all'interno della propria impresa un elevato grado di sicurezza, senza essere gravato dal compito di ricercare e realizzare personalmente innovazioni che migliorino gli *standards* esistenti¹⁷.

3. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, gli obblighi che l'art. 2087 c.c. impone all'imprenditore in tema di tutela delle condizioni di lavoro non si riferiscono soltanto alle attrezzature, ai macchinari e ai servizi che il datore di lavoro fornisce o deve fornire, ma si estendono — nella fase dinamica dell'espletamento della prestazione — anche all'ambiente di lavoro, in relazione al quale le misure e le cautele da adottarsi devono prevenire sia i rischi insiti nell'ambiente stesso, sia i rischi derivanti dall'azione di fattori ad esso esterni ed inerenti al luogo in cui tale ambiente si trova.

¹³ V. Corte cost. 25 luglio 1996, n. 312, in *MGL*, 1996, 503.

¹⁴ Cfr. Smuraglia, *Salute*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, XXVII, 2).

¹⁵ Sui contenuti innovativi della sentenza, cfr. Vallebona, *Sicurezza del lavoro e certezza del diritto: finalmente scende in campo la Corte costituzionale*, in *MGL*, 1996, 829; Marino, *La minimizzazione del rischio sui luoghi di lavoro nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in *RIDL*, 1997, II, 21; Brignone, *Certezza del diritto e sicurezza del lavoro*, in *DPL*, 1996, 3277.

¹⁶ V. Corte cost. 25 luglio 1996, n. 312, cit., 504. Sull'obbligo di ridurre al minimo l'inquinamento da rumore adottando le tecnologie disponibili sul mercato v. Cass. 2 aprile 1997, n. 3048, in *DPL*, 1997, 1261.

¹⁷ Per un'interpretazione meno rigida del principio della massima sicurezza tecnologica cfr. Vallebona, *op.cit.*, 1996, 829; Balandi, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in *QDLRI* 1993, n. 14, 77; Lorusso, 1992, *La responsabilità civile del datore di lavoro per infortunio del dipendente: ambito di operatività*, in *MGL*, 1992, 501.

L'interpretazione estensiva dell'art. 2087 c.c. — che, viceversa, in base a una lettura più aderente al testo normativo, risulterebbe circoscritto ai rischi connessi al normale esercizio dell'attività produttiva — trova giustificazione sia nel valore costituzionale del diritto alla salute, sia nei principi di correttezza e buona fede, ormai ampiamente valorizzati dalla giurisprudenza¹⁸.

Ne deriva che, nell'individuare ed adottare le misure di prevenzione, devono essere considerati non solo gli aspetti igienico-sanitari ed antinfortunistici correlati con lo svolgimento dell'attività produttiva, ma anche i rischi che potrebbero derivare da fattori esterni. Tra questi, una posizione preminente è senza dubbio assunta dalle aggressioni conseguenti all'attività criminosa di terzi, in relazione alla frequenza assunta da tale fenomeno rispetto ad alcune tipologie di impresa, *in primis* gli istituti di credito¹⁹.

Le rapine alle banche, pur costituendo le ipotesi più frequenti, non esauriscono, peraltro, la casistica giurisprudenziale. Così, ad esempio, ad aggressioni esterne possono essere esposti anche i lavoratori che operano all'estero, in zone di guerra²⁰. Inoltre, specifici rischi connessi all'ambiente in cui viene svolta la prestazione lavorativa possono essere individuati nei casi di attività svolta in zone geografiche con presenza endemica di malattie infettive, come, ad esempio, la malaria²¹.

Spetta, dunque, al datore di lavoro valutare se l'attività dell'impresa presenti rischi extralavorativi di fronte al cui prevedibile verificarsi insorga uno specifico obbligo di prevenzione, in applicazione del principio che impone a ciascun imprenditore — in riferimento, da un lato, alla particolarità del lavoro, dall'altro all'esperienza e alla tecnica — di adottare le misure più consone e aggiornate, al fine di scongiurare la realizzazione di eventi pregiudizievoli per la salute dei propri dipendenti.

In particolare, va rilevato che l'attuale diffusione dell'attività criminosa è tale da far considerare l'esercizio di determinate imprese come attività che costituiscono quanto meno un'occasione di rischio per i dipendenti, stante la prevedibilità dell'irruzione di terzi, con disegni criminali, nei locali aperti al pubblico. Tant'è che, ad esempio, nel settore del credito la stessa contrattazione collettiva di categoria ha introdotto specifiche clausole che regolamentano la predisposizione di misure e mezzi di sicurezza idonei a salvaguardare i lavoratori da eventuali rapine realizzate nei locali aziendali.

Sulla base di tali argomentazioni, la giurisprudenza è univoca nel ritenere che il datore di lavoro debba rispondere *ex art.* 2087 c.c. dell'evento lesivo subito dal dipendente, qualora in situazioni di rischio prevedibile ed accertabile — alla stregua dei comuni criteri di diligenza o, addirittura, sulla base di quanto disciplinato in sede di contrattazione collettiva nazionale o aziendale — non abbia predisposto gli adeguati mezzi di tutela.

¹⁸ Cfr. Cass. 20 aprile 1998, 4012, in *OGL*, 1998, 530; Cass. 17 luglio 1992, n. 8724, in *RGL*, 1992, II, 993; Cass. 3 settembre 1997, n. 8422, in *MGL*, 1998, 98.

¹⁹ Cfr. Cass. 7 novembre 2000, n. 14469; Cass. 20 aprile 1998, 4012, cit., 520; Cass. 3 settembre 1997, n. 8422, cit., 95; Cass. 8 settembre 1995, n. 9401, in *MGC*, 1995, 1617; Cass. 17 luglio 1992, n. 8724, cit., 988; Cass. 6 settembre 1988, n. 5048, in *GC*, 1988, I, 2875, con nota di Marino.

²⁰ Per un caso di infortunio subito da lavoratori all'estero in seguito a sequestro da parte di guerriglieri v. Trib. Parma 22 dicembre 1998, in *LG*, 1999, 547, con nota di Banzola; Pret. Parma 28 febbraio 1996, in *GC*, 1996, I, 2121, con nota di Franco.

²¹ Per lo svolgimento di un'attività lavorativa in zona malarica v. Cass. 29 maggio 1990 n. 5002, in *RGL*, 1991, II, 328.

Va peraltro rilevato che la responsabilità datoriale, come delineata dall'ampio contenuto della norma di cui all'art. 2087 c.c., non può essere dilatata sino a comprendere ogni ipotesi di danno verificatosi a carico dei dipendenti pur se in conseguenza di eventi criminosi non addebitabili a colpa del datore di lavoro, posto che, altrimenti, sarebbe ipotizzabile una sorta di responsabilità oggettiva ancorata al presupposto teorico che qualsiasi rischio possa essere evitato pur se esorbitante da ogni umana previsione o prevedibilità.

Pertanto, qualora l'evento produttivo di danno non sia riconducibile — in base alle comuni regole di esperienza ed a eventuali parametri di frequenza statistica relativi alla specifica attività — tra quelli prevedibili e probabili, ma sia solo meramente possibile o occasionale, il datore di lavoro non può essere ritenuto responsabile della lesione subita dal proprio dipendente.

Così, in applicazione di tale principio, la giurisprudenza ha recentemente escluso la violazione dell'art. 2087 c.c. in un'ipotesi di aggressione di un medico dipendente dell'INAIL da parte di un assicurato negli uffici dello stesso Istituto, posto che l'aggressione di un medico da parte di un paziente deve ritenersi del tutto occasionale e non fa sorgere in capo al datore di lavoro l'obbligo di adottare particolari misure di prevenzione ²².

4. Un ulteriore fattore di rischio collegato con l'ambiente di lavoro può essere costituito dall'esposizione al fumo passivo. Nonostante la nocività di quest'ultimo sia ormai pacificamente dimostrata dai dati riportati dalla letteratura scientifica mondiale, nel nostro ordinamento non è infatti previsto un divieto assoluto e generalizzato di fumare in ogni luogo di lavoro chiuso ²³.

Un primo riferimento normativo è contenuto nella legislazione prevenzionistica degli anni cinquanta, la quale prevede il divieto di fumare solo in riferimento a situazioni particolari, caratterizzate da lavorazioni comportanti pericoli di incendio o esposizione a determinate sostanze, quali amianto e piombo ²⁴.

Va inoltre considerata la disciplina generale in materia di fumo contenuta nella legge 11 novembre 1975, n. 584. Quest'ultima prevede la protezione dei non fumatori contro gli inconvenienti del fumo soltanto in relazione ad alcuni locali tassativamente individuati — quali, ad esempio, corsie di ospedale, aule scolastiche, mezzi di trasporto pubblico, sale chiuse di cinema, teatro, ballo — nonché a tutti i locali chiusi adibiti a pubblica riunione ²⁵, ma non introduce alcun divieto di fumare nei luoghi di lavoro.

²² Cfr. Cass. 6 febbraio 1998, n. 1241, in *GI*, 1999, 29, con nota di Morrone.

²³ Sul tema, cfr. da ultimo, Bacchini, *Il fumo passivo*, in *Prev. sic.*, 2000, 1.

²⁴ Cfr. l'art. 34 del d.p.r. 27 aprile 1955, n. 547; l'art. 75 del D.P.R. 20 marzo 1956, n. 302; l'art. 40 del D.P.R. 20 maggio 1956, n. 321; il D.P.R. 9 aprile 1959, n. 128.

²⁵ La norma di legge è stata interpretata dal TAR Lazio, Sez. I, 17 marzo 1995, n. 462, in *MGL*, 1995, 180, nel senso che il divieto di fumare nei locali chiusi adibiti a pubblica riunione, a tutela dal c.d. fumo passivo, è da intendersi circoscritto ai luoghi ordinariamente aperti al pubblico, ivi compresi quelli in cui gli utenti possono usufruire dei servizi, mentre non va esteso ai luoghi di lavoro dei dipendenti pubblici, in cui l'accesso al pubblico sia solo occasionale. In seguito a tale pronuncia è stata emanata la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 14 dicembre 1995, la quale — allo scopo di agevolare la corretta applicazione della normativa — contiene un elenco esemplificativo dei locali in cui si applica il divieto di fumo. Da ultimo, sull'interpretazione e sull'applicazione delle leggi vigenti in materia di divieto di fumo, v. la Circolare del Ministero della Sanità 28 marzo 2001, n. 4.

In tale quadro normativo si collocano i primi, e non sempre convincenti, interventi giurisprudenziali volti ad estendere il divieto di fumare negli ambienti di lavoro²⁶. La legittimazione del divieto in circostanze e luoghi diversi da quelli previsti dalla legge si fonda principalmente sull'art. 2087 c.c.²⁷, ma non mancano riferimenti ad altre norme di natura penale²⁸.

La giurisprudenza persegue anche l'obiettivo di sollecitare una modifica del diritto positivo, sottoponendo le limitazioni previste dalla legge n. 584 del 1975 al giudizio della Corte Costituzionale²⁹. Quest'ultima — pur pervenendo a una pronuncia di inammissibilità della questione, soprattutto per motivi di non rilevanza nel giudizio *a quo* — non manca di sottolineare « la necessità di apprestare una più incisiva e completa tutela della salute dei cittadini dai danni cagionati dal fumo anche cosiddetto passivo, trattandosi di un bene fondamentale e primario costituzionalmente garantito »³⁰.

Tuttavia, la settorialità e la marginalità del divieto di fumare nei luoghi di lavoro è successivamente confermata dal D.lgs. n. 626 del 1994, dalla cui lettura si ricava che il divieto sussiste solo per le lavorazioni comportanti esposizione ad agenti cancerogeni, mentre limitatamente ai locali di riposo è prevista l'adozione di misure adeguate per proteggere i non fumatori dagli inconvenienti del fumo.

Ne sono scaturiti nuovi dubbi di legittimità costituzionale, non ravvisandosi nell'intervento legislativo la realizzazione di quell'incisiva e completa tutela dei danni da fumo passivo auspicata dalla Corte costituzionale³¹.

Quest'ultima, investita una seconda volta della questione, ha tuttavia ritenuto che nel nostro ordinamento già esistono disposizioni intese a proteggere la salute dei lavoratori da qualsiasi fattore potenzialmente dannoso, ivi compreso il fumo passivo³².

L'art. 2087 c.c. — nonché degli artt. 1, 4 e 31 del D.lgs. n. 626/94 — si configurano infatti come norme « aperte », di natura non solo programmatica ma precettiva, che impongono al datore di lavoro di tutelare adeguatamente la salute dei lavoratori predisponendo le misure organizzative e preventive sufficienti a conseguire la protezione dei lavoratori anche dai fattori di rischio che non sono oggetto di specifica ed organica regolamentazione.

Di conseguenza, « la tutela preventiva dei non fumatori nei luoghi di lavoro può ritenersi soddisfatta quando, mediante una serie di misure adottate secondo le

²⁶ Cfr. Guariniello, *Il fumo nei luoghi di lavoro*, in *DPL*, 1993, 683.

²⁷ Cfr. Pret. Santhià 11 aprile 1986, in *GM*, 1988, 353, che — in applicazione dell'art. 2087 c.c. e dell'art. 32 Cost. — respinge l'istanza dei lavoratori che chiedevano la rimozione del divieto generalizzato di fumo introdotto dal datore di lavoro.

²⁸ Cfr. Pret. Milano 30 marzo 1988, in *OGL*, 1988, 900 — successivamente riformata da Cass. pen., sez. III, 24 gennaio 1989, n. 901, in *DPL*, 1989, 475 — che riconduce alla violazione dell'art. 20 del d.p.r. n. 303 del 1956 la mancata adozione di provvedimenti atti a impedire la diffusione del fumo di sigaretta nei luoghi di lavoro; Pret. Nardò 4 febbraio 1989, in *DPL*, 1989, 937, che, qualora non siano predisposte misure idonee contro il fumo di sigaretta, ritiene configurabili i reati di lesioni personali colpose e di danneggiamento aggravato dei beni giuridici aria salubre e salute.

²⁹ Cfr. Ponzanelli, *I danni da fumo passivo: l'opinione del non fumatore*, in *FI*, 1991, I, 2314; Pardolesi, *Dalla parte di Zeno: fumo passivo (negli occhi?) e responsabilità civile*, in *FI*, 1991, I, 23122312).

³⁰ Cfr. Corte cost. 7 maggio 1991, n. 202, in *GI*, 1992, I, 1, 70.

³¹ Cfr. l'ordinanza di remissione alla Corte effettuata da Trib. Torino 9 febbraio 1996, in *RIDL*, 1997, II, 93.

³² V. Corte cost. 20 dicembre 1996, n. 399, in *RIDL*, 1997, II, 260, con nota di Marino.

diverse circostanze, il rischio derivante dal fumo passivo, se non eliminato, sia ridotto ad una soglia talmente bassa da far ragionevolmente escludere che la loro salute sia messa a repentaglio »³³.

L'introduzione del divieto di fumare nei luoghi di lavoro appare pertanto come una delle possibili soluzioni che il datore di lavoro può adottare per adempiere l'obbligo di sicurezza impostogli dall'art. 2087 c.c., tenuto comunque presente che qualora si profili una incompatibilità tra il diritto alla tutela della salute, costituzionalmente protetto, e i liberi comportamenti che non hanno una diretta copertura costituzionale, deve ovviamente darsi prevalenza al primo.

In tale prospettiva pare indirizzarsi la più recente giurisprudenza di merito, escludendosi che il divieto di fumare nei luoghi in cui viene svolta l'attività lavorativa sia l'unica misura adottabile da parte del datore di lavoro, il quale può, invece, disporre anche altri interventi relativi a dislocazioni, orari e impianti³⁴.

5. L'art. 2087 c.c. impone al datore di lavoro di adottare le misure necessarie per salvaguardare non solo l'integrità fisica, ma anche la personalità morale del prestatore di lavoro.

Sotto quest'ultimo profilo applicativo, la norma codicistica è rimasta per lungo tempo dimenticata dalla giurisprudenza, la quale ne ha fatto un utilizzo limitato pressoché esclusivamente a casi di lesioni fisiche del lavoratore conseguenti a infortunio o malattia professionale.

Solo ultimamente si è fatta strada la convinzione che la libertà, la dignità, la personalità morale e la sfera privata del lavoratore debbano essere tutelate da qualsiasi forma di abuso dei poteri imprenditoriali non funzionalizzati all'organizzazione di impresa e al fine produttivo, indipendentemente da altri profili tipizzati di illegittimità.

Una prima soluzione per il perseguimento di tale obiettivo è costituita da una piena valorizzazione dell'art. 2087 c.c., interpretato alla luce dei principi costituzionali che affermano il diritto fondamentale di ogni persona al rispetto della dignità umana sia nei rapporti interpersonali, sia nelle formazioni sociali, sia all'interno dei luoghi di lavoro.

Anche per quanto riguarda la personalità morale del lavoratore la disposizione codicistica riacquista dunque pieno possesso del proprio fondamentale ruolo di norma di chiusura dell'intero sistema normativo posto a tutela del lavoratore, affiancandosi alle disposizioni di legge che già delimitano e regolamentano l'esercizio dei poteri datoriali.

Come in materia di igiene e sicurezza sul lavoro il datore di lavoro non è vincolato solamente al rispetto della specifica normativa antinfortunistica, ma deve adottare le ulteriori misure che si rendono necessarie per tutelare l'integrità fisica dei lavoratori, così sotto il profilo dei diritti personali non è sufficiente osservare i singoli precetti di legge posti a tutela della dignità e della libertà del dipendente, ma occorre integrare tali comportamenti con il dovere di astensione da atti non tipizzati da cui possa derivare un pregiudizio alla personalità morale del prestatore di lavoro.

³³ V. Corte cost. 20 dicembre 1996, n. 399, cit., 266.

³⁴ Cfr. Trib. Torino 19 ottobre 1998, in *LG*, 1998, 1039, che — riformando Pret. Torino 8 febbraio 1993, in *RIDL*, 1995, II, 124 — ha ritenuto assolto l'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. mediante l'adozione di idonei impianti di areazione dei locali. Interventi alternativi rispetto all'introduzione del divieto di fumare erano già stati ritenuti legittimi, prima dell'intervento della Corte costituzionale, da Pret. Torino 20 febbraio 1995, in *GI*, 1995, I, 2, 916.

Quest'ultima, infatti, può essere lesa non solo quando sono violate norme poste direttamente a tutela della stessa, ma anche quando il comportamento datoriale — pur contrastando con altre norme giuridiche che non tutelano in via immediata i valori di dignità e libertà — è comunque tale da pregiudicare i valori fondamentali della persona, in quanto le modalità di esercizio del potere organizzativo e direttivo possono determinare la violazione di un singolo diritto, ovvero possono manifestare una plurioffensività con contemporaneo pregiudizio di più interessi giuridicamente protetti.

6. Una significativa applicazione dell'art. 2087 c.c. a tutela della personalità morale del lavoratore si riscontra in tema di molestie sessuali nei luoghi di lavoro³⁵. Da un'interpretazione della norma conforme ai principi costituzionali e comunitari si evince, infatti, un generale divieto di porre in essere comportamenti, commissivi o omissivi, lesivi dell'integrità fisica e della personalità morale del dipendente, quali le condotte sessualmente moleste attuate durante lo svolgimento dell'attività lavorativa³⁶.

Alla responsabilità contrattuale ex art. 2087 c.c. si affianca peraltro una concorrente responsabilità aquiliana per violazione del generale principio del *neminem laedere*. È infatti innegabile che le molestie sessuali — oltre a realizzare un inadempimento di obblighi inerenti al rapporto di lavoro — costituiscono una violazione di diritti della personalità costituzionalmente garantiti, quali la dignità, l'integrità e il benessere psico-fisico³⁷.

Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, la responsabilità contrattuale per molestie sessuali sussiste non solo quando la condotta sia posta in essere dal datore di lavoro, ma anche qualora quest'ultimo non abbia scongiurato la possibilità che all'interno dell'azienda si verificino episodi perpetrati da colleghi di lavoro³⁸.

Di conseguenza, qualora si accerti che un lavoratore nell'esercizio delle proprie mansioni abbia tenuto nei confronti di una collega reiterati e intenzionali comportamenti sessualmente molesti e che il datore di lavoro pur a conoscenza di tali fatti non abbia adottato alcun provvedimento a tutela dell'integrità psicofisica e morale della dipendente, sussiste sia una responsabilità civile extracontrattuale in capo all'autore delle molestie, sia una responsabilità contrattuale ex art. 2087 c.c. del datore di lavoro³⁹.

³⁵ Cfr. Pizzoferrato, *Molestie sessuali sul lavoro*, Padova, 2000.

³⁶ Cfr. Angiello, *Molestie sessuali e rapporto di lavoro: responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *RCP*, 1996, 332; Iafisco, *Un'importante pronuncia della Suprema Corte in tema di responsabilità del datore di lavoro colpevole di molestie sessuali*, in *GI*, 1996, I, 1109.

³⁷ Cfr. Pret. Trento 22 febbraio 1993, in *GC*, 1994, 556. Per la configurabilità in capo al datore di lavoro della sola responsabilità aquiliana e per la conseguente incompetenza per materia del pretore in funzione di giudice del lavoro v., in senso isolato, Pret. Montepulciano 16 marzo 1994, in *GM*, 1995, I, 243, poi riformata — in seguito a ricorso per regolamento di competenza — da Cass. 17 luglio 1995, n. 7768, cit., 561.

³⁸ V. Cass. 18 aprile 2000, n. 5049, in *DG*, 2000, n. 17, 14; Cass. 8 gennaio 2000, n. 143, in *FI*, 2000, I, 1554, con nota di De Angelis; Cass. 17 luglio 1995, n. 7768, in *MGL*, 1995, 561. Per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Torino 6 ottobre 1999, in *QG*, 2000, 580; Pret. Milano 31 gennaio 1997, in *RCDL*, 1997, 619; Pret. Milano 12 gennaio 1995, in *GC*, 1995, I, 2267, 2267; Trib. Milano 19 giugno 1993, in *RCDL*, 1993, 130.

³⁹ Pret. Milano 31 gennaio 1997, in *RCDL*, 1997, 619.

In merito a quest'ultimo profilo, va peraltro sottolineata l'esigenza di evitare un'applicazione generalizzata e distorsiva della norma codicistica, ravvisando una violazione della stessa in ogni caso di molestie sessuali poste in essere da colleghi di lavoro. La responsabilità datoriale *ex art.* 2087 c.c. non può infatti, in nessun caso, essere presunta ovvero assumere una natura oggettiva⁴⁰.

Così, da un lato deve escludersi la sussistenza di una responsabilità datoriale qualora il comportamento del dipendente possa considerarsi non prevedibile nè prevenibile⁴¹. Dall'altro, la mancata irrogazione di sanzioni conservative o espulsive da parte del datore di lavoro nei confronti dell'autore delle molestie non costituisce un inadempimento contrattuale qualora gli elementi probatori raccolti non abbiano una rilevanza tale da giustificare l'instaurazione di un procedimento disciplinare⁴².

Inoltre, in presenza di un'impossibilità oggettiva derivante da ridottissime o comunque modeste dimensioni aziendali, al datore di lavoro non può essere contestato il mancato trasferimento del dipendente ovvero la mancata individuazione, nell'ambito dell'equivalenza delle mansioni, di « diverse soluzioni topografiche idonee a creare un diaframma spaziale »⁴³.

Per quanto riguarda la presunzione di responsabilità sancita dall'art. 2049 c.c. a carico del datore di lavoro per il danno arrecato a terzi dai propri dipendenti, la giurisprudenza è unanime nel richiedere un rapporto di occasionalità necessaria tra il fatto dannoso e le mansioni esercitate⁴⁴.

Pertanto, non è necessario un vero e proprio nesso di causalità, ma è sufficiente che l'attività di lavoro determini una situazione tale da agevolare o rendere possibile la condotta illecita. E ciò si verifica anche qualora il dipendente agisca oltre i limiti delle sue incombenze, purché sempre nell'ambito dell'incarico affidatogli, in modo da non configurare una condotta del tutto estranea al rapporto di lavoro.

Nell'applicazione di questi principi ai casi di molestie sessuali poste in essere da un dipendente la giurisprudenza di merito non è ancora giunta a soluzioni univoche. Un primo orientamento esclude che l'art. 2049 c.c. — anche se interpretato in modo estensivo — possa essere applicato in caso di molestie sessuali⁴⁵. Queste ultime, infatti, sono delle condotte illecite riferibili esclusivamente all'autore materiale delle stesse, prive di un qualsiasi legame — pur marginale o indiretto — con le

⁴⁰ V. Cass. 6 febbraio 1998, n. 1241, in *MGC*, 1998, 259.

⁴¹ Cfr. Pret. Modena 29 luglio 1998, in *LG*, 1999, 559, con nota di Lanotte.

⁴² In tema di sanzioni disciplinari cfr. Pret. Milano (ord.) 20 febbraio 1995, in *FI*, 1995, I, 1985, che ha considerato provvedimento disciplinare sproporzionato il licenziamento di un dipendente per aver molestato due compagne di lavoro compiendo atti esibizionistici, invece congruamente punibile attraverso la massima sanzione conservativa. Ha invece ritenuto legittimo il licenziamento di un lavoratore che aveva tentato di abusare con violenza di una collega Pret. Torino 26 gennaio 1991, in *RIDL*, 1991, II, 431. V., inoltre — sull'illegittimità del licenziamento della lavoratrice che abbia denunciato fondatamente il proprio superiore per le molestie subite — Pret. Frosinone 11 agosto 1989, *ivi*, 1990, II, 705, con nota di Ghinoy.

⁴³ Cfr. Pret. Modena 29 luglio 1998, cit., 560. Secondo Pret. Milano (ord.) 20 febbraio 1995, cit., 1987, il trasferimento « nelle ipotesi di molestie e di atti posti in essere comunque in danno delle lavoratrici può assurgere addirittura a 'positiva azione' per ripristinare un corretto e rispettoso comportamento nei loro confronti e si imporrebbe, per il datore di lavoro, ai sensi dell'art. 2087 c.c. ».

⁴⁴ V. Cass. 9 giugno 1995, n. 6506, in *LG*, 1996, 333; Cass. 17 marzo 1990, n. 2226, in *GI*, 1991, I, 354.

⁴⁵ Cfr. Pret. Modena, 29 luglio 1998, cit., 560.

mansioni esercitate. Dunque, gli atti di molestia compiuti da un collega di lavoro si collocano nella sua sfera personale e privata e sono collegati con il rapporto di lavoro esclusivamente sotto il profilo temporale e spaziale.

Altro indirizzo giurisprudenziale è giunto a conclusioni opposte. Si afferma infatti che il rapporto di occasionalità necessaria non può essere escluso, in quanto lo svolgimento di determinate mansioni ovvero il ruolo ricoperto dal dipendente possono agevolare o rendere possibili episodi di molestie ⁴⁶.

7. Le violenze morali, le molestie psicologiche e gli atteggiamenti persecutori perpetrati nei confronti dei lavoratori dal datore di lavoro, dai superiori gerarchici e dagli stessi colleghi sono stati recentemente oggetto di approfondite ricerche ad opera di psicologi e sociologi del lavoro ⁴⁷.

Ai primi studiosi del fenomeno sotto il profilo medico-sociale si deve la riconduzione di questi comportamenti vessatori — caratterizzati dall'aggressività della condotta, dalla reiterazione della stessa nel tempo e dalla finalità di emarginare la vittima per provocarne l'estromissione dall'ambiente di lavoro — a una categoria definitoria unitaria: il c.d. *mobbing*.

Quest'ultimo ha ben presto suscitato un notevole interesse anche in ambito giuridico, proponendosi come una nuova fattispecie di illecito che pregiudica i diritti fondamentali e la personalità morale dei lavoratori ⁴⁸. L'improvvisa emersione del fenomeno — agevolata anche dalla crescente attenzione della stampa e degli altri mezzi di informazione — ha determinato in sede parlamentare una moltiplicazione delle iniziative di regolamentazione normativa, mediante la presentazione nella XIII legislatura di progetti e disegni di legge volti a introdurre nel nostro ordinamento una specifica tutela di natura sia penale che civile.

Sotto il primo profilo, il progetto di legge n. 1813 prevede l'introduzione di una nuova fattispecie di reato che attribuisce rilevanza penale alle condotte tese ad instaurare forme di terrore psicologico nei luoghi di lavoro attraverso molestie, minacce, calunnie e ogni altro atteggiamento vessatorio che conduca il lavoratore all'emarginazione, alla diseguaglianza di trattamento economico e di condizioni lavorative, all'assegnazione di compiti o funzioni dequalificanti.

Più articolato è il progetto di legge n. 6667, che configura come illecito penale il porre in essere atti di violenza psicologica inequivocabilmente e strumentalmente finalizzati a provocare un danno lesivo della dignità, fisica o morale, del lavoratore. Il reato è aggravato qualora in conseguenza della condotta si verifichino dei danni psico-fisici di natura temporanea o permanente, dei danni materiali ed economici o uno stato di indigenza economica.

⁴⁶ V. Pret. Milano 31 gennaio 1997, cit., 621, la quale ha ritenuto responsabile il datore di lavoro ex art. 2049 c.c. per le molestie sessuali poste in essere da un preposto in quanto la mansione di quest'ultimo « è proprio quella di dirigere, controllare e, dunque, di esercitare un potere gerarchico e disciplinare sui dipendenti, non ultimo un potere-dovere di tutelare l'integrità psico-fisica degli stessi, per conto del datore di lavoro che egli rappresenta ».

⁴⁷ Cfr. Hirigoyen, *Le harcèlement moral*, Paris 1998; Ege, *Il mobbing in Italia*, Bologna; 1996; Leymann, *Mobbing. Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann*, Hamburg 1993.

⁴⁸ Miscione, *I fastidi morali sul lavoro e il mobbing*, in *ILLeJ*, 2000, n. 2, 1; Tullini, *Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *RIDL*, 2000, I, 251; Monateri-Bona-Oliva, *Mobbing. Vessazioni sul lavoro*, Milano 2000; Oliva, *Mobbing: quale risarcimento?*, in *DR*, 2000, 27).

Sostanzialmente analoga, anche se maggiormente particolareggiata rispetto al progetto di legge n. 1813, è l'esemplificazione delle condotte riconducibili alla fattispecie astratta: molestie psico-fisiche; minacce e calunnie; comportamenti vessatori che conducono altri a conclamata emarginazione sociale e/o lavorativa; ingiustificate discriminazioni e penalizzazioni del trattamento retributivo; costringimento a compiti o funzioni dequalificanti per la dignità personale, che comportano l'accettazione volontaria di decisioni costrittive ingiustificate e pretestuose nella vita lavorativa; atti e comportamenti di violenza psicologica atti a conseguire o assicurare a sé o ad altri profitti e/o consensi altrimenti disciplinati dalla legge. Per quanto riguarda i profili di illiceità civile, l'identificazione del *mobbing* in comportamenti ostili, violenze e persecuzioni psicologiche sistematiche, durature e palesemente premeditate — esemplificabili in maltrattamenti verbali e in atteggiamenti che danneggiano la personalità del lavoratore, quali il licenziamento, le dimissioni forzate, il pregiudizio delle prospettive di progressione di carriera, l'ingiustificata rimozione da incarichi già affidati, l'esclusione dalla comunicazione di informazioni rilevanti per lo svolgimento delle attività lavorative, la svalutazione dei risultati ottenuti — è rinvenibile sia nel progetto di legge n. 6410, sia nel disegno di legge n. 4265.

Al lavoratore sono poi riconosciute forme di tutela — quali l'annullamento degli atti discriminatori e il diritto al risarcimento del danno — invero già ricavabili da consolidati principi del nostro ordinamento, pur con una formulazione normativa che evidenzia vistose imprecisioni, solo in parte comprensibili in considerazione dell'iniziale stadio di elaborazione del testo di legge. Più innovativa appare, invece, l'introduzione di strumenti di informazione e prevenzione del fenomeno, nonché l'obbligo di pubblicizzare all'interno dell'azienda l'eventuale condanna riportata dal datore di lavoro.

8. In questa prima fase, peraltro, la giurisprudenza conserva un ruolo fondamentale, se non esclusivo, nel disegnare i confini entro i quali le istanze di tutela provenienti dalle vittime del *mobbing* possono trovare accoglimento. La norma di riferimento è ancora una volta l'art. 2087 c.c., nella parte in cui tutela la personalità morale del lavoratore, da leggersi alla luce dei principi costituzionali sul diritto alla salute (art. 32) e sul temperamento del diritto di libera iniziativa economica privata con la sicurezza, la libertà e la dignità umana (art. 41, 2° comma).

Dall'analisi delle pronunce sinora emanate — invero ancora di numero assai ridotto — emerge una definizione di *mobbing* incentrata sulla reiterazione nel tempo di soprusi, di aggressioni della sfera psichica e di pratiche di emarginazione⁴⁹. In particolare, a questa nuova fattispecie vengono ricondotti sia atti già tipizzati e sanzionati, espressione di un esercizio illegittimo dei poteri organizzativi e direttivi, sia comportamenti atipici, censurabili più sotto il profilo relazionale e interpersonale che per la loro contrarietà a regole giuridiche.

Nella prima categoria vi rientrano, ad esempio, gli atti di molestia sessuale, i trasferimenti illegittimi, l'assegnazione di mansioni peggiorative e dequalifican-

⁴⁹ Cfr. Trib. Milano 20 maggio 2000, in *LG*, 2001, 367, con nota di Nunin; Trib. Torino 16 novembre 1999, *ivi*, 2000, 361, con nota di Santoro; Trib. Torino 30 dicembre 1999, *ivi*, 2000, 832. Cfr., inoltre, Cass. 8 marzo 2000, n. 143, in *GLav.*, 2000, 4, 25, con nota di Gottardi.

ti⁵⁰. Alla seconda appartengono i comportamenti finalizzati ad impedire, o a rendere difficile e infrequente, il contatto con altri colleghi; il rifiuto sistematico di progetti e proposte; la mancata risposta a richieste scritte o verbali; l'esclusione da feste aziendali o da altre attività sociali; gli atteggiamenti irritanti e arroganti; l'uso di un linguaggio incivile e offensivo della sensibilità del lavoratore.

L'indirizzo giurisprudenziale che si va delineando in tema di *mobbing* merita alcune considerazioni critiche. Accogliere, infatti, una nozione di *mobbing* estremamente lata, di stretta derivazione medica e sociologica, rischia di ingenerare incertezze ed equivoci in ordine alla qualificazione e all'inquadramento di quelle fattispecie che già hanno un'autonoma rilevanza giuridica e che parrebbero ora essere assorbite e riunificate in una nuova categoria unitaria.

In altre parole, affermare che gli atti di molestia sessuale, di discriminazione, di trasferimento illegittimo, di demansionamento, di induzione forzata alle dimissioni, e, più in generale, di abuso dei poteri datoriali configurano delle azioni di *mobbing*, pare più un'inutile riqualificazione terminologica che un'innovazione sostanziale⁵¹.

In tali ipotesi, il nostro diritto positivo già tutela il lavoratore, sancendo l'illegittimità degli atti contrari ai fondamentali principi di non discriminazione; di protezione della salute, della personalità morale e della professionalità; di correttezza e buona fede nell'esecuzione del rapporto di lavoro.

Ciò non significa, peraltro, che il *mobbing* sia un concetto medico-sociologico senza alcuna utilità in campo giuridico. Al contrario, va rilevato che il riconoscimento giurisprudenziale del *mobbing* può aprire nuove ed interessanti prospettive di tutela dei diritti fondamentali del lavoratore sotto un duplice profilo.

Da un lato, occorre considerare i casi in cui al fatto illecito si aggiungono altri comportamenti, di per sé neutri sotto il profilo giuridico se considerati singolarmente, ma apportatori di circostanze che contribuiscono a determinare o ad aggravare le ripercussioni negative in capo al soggetto passivo. Così, ad esempio, l'adibizione di un lavoratore a mansioni peggiorative — già in sé illegittima per contrasto con l'art. 2103 c.c. — potrebbe costituire l'ultimo e più grave atto di una serie di comportamenti finalizzati ad instaurare un ambiente di lavoro ostile, tale da indurre il lavoratore alle dimissioni.

In questi casi, poter contare su una fattispecie più ampia, che riconduce ad unità sotto il profilo finalistico l'insieme degli atti e dei fatti posti in essere dal datore di lavoro — anche tramite l'operato di propri collaboratori — consente indubbiamente al lavoratore di attenuare le difficoltà probatorie che spesso si frappongono al conseguimento dell'effettiva riparazione dell'illecito.

Deve infatti ribadirsi — in dissenso con certa parte della giurisprudenza che afferma l'esistenza di un danno *in re ipsa*, automaticamente risarcibile in tutti i casi di violazione di una norma posta a tutela di diritti fondamentali della persona — che, ai fini risarcitori, il lavoratore ha l'onere di provare l'effettiva sussistenza dei danni patrimoniali e biologici eziologicamente conseguenti alla condotta illecita (Lanotte, 1998, 136).

In tale prospettiva, sia singoli atti di dequalificazione professionale, di molestia

⁵⁰ Cfr. Tullini, *op. cit.*, 2000, 254; Matto, *Il mobbing fra danno alla persona e lesione del patrimonio professionale*, in *DRI*, 1999, 493.

⁵¹ Cfr., ad esempio, Trib. Torino 30 dicembre 1999, *cit.*, che qualifica come *mobbing* il comportamento del datore di lavoro, il quale, dopo aver fatto pressione su una dipendente affinché rassegnasse le dimissioni, la sostituisce con un'altra impiegata trasferendola dagli uffici amministrativi al magazzino, con variazione *in peius* delle mansioni.

sessuale o di trasferimento illegittimo — che atomisticamente considerati non sempre consentono di affermare un nesso di causalità materiale o giuridica con le conseguenze pregiudizievoli, sovente di natura psichica, lamentate dal lavoratore — sia le condotte « atipiche » di supporto, possono assumere rilevanza all'interno di una fattispecie unitaria di *mobbing*, con conseguente possibilità di riconoscere un risarcimento del danno in ipotesi prima sprovviste di tutela ⁵².

Il secondo profilo applicativo del *mobbing* riguarda i casi in cui datore di lavoro, superiori gerarchici o colleghi di lavoro pongono in essere dei comportamenti che nella loro singolarità, anche se sconvenienti o socialmente deprecabili, sono giuridicamente riconducibili in un'area di assoluta liceità.

In queste ipotesi l'elaborazione del concetto di *mobbing* rivela appieno la sua forza innovativa, in quanto il collegamento eziologico e finalistico delle singole condotte consente di creare una fattispecie illecita unitaria sino ad ora inesistente ⁵³.

Si intende sottolineare, in altre parole, che il *mobbing* può favorire l'emersione di quei fenomeni di piccole e ripetute vessazioni quotidiane finora celati da una sostanziale impunità. E la creazione di una nuova fattispecie di illecito è positivamente apprezzabile proprio qualora sia finalizzata ad attribuire un disvalore giuridico ad atti e comportamenti in precedenza censurabili solo sotto il profilo sociale e interpersonale, con conseguente ampliamento della tutela predisposta dall'ordinamento nei confronti del lavoratore.

Va tuttavia rilevato che la realizzazione di determinati comportamenti « atipici » — intesi come atteggiamenti provocatori, ostili o offensivi, singolarmente non riconducibili ad alcuna fattispecie illecita tipizzata — non deve essere ricondotta, in via automatica, ad un'ipotesi di *mobbing*.

Esso, infatti, si caratterizza da un lato per la frequenza e la ripetitività degli atti vessatori, dall'altro per il collegamento finalistico degli stessi, teleologicamente preordinati all'isolamento e all'espulsione della vittima dall'ambiente di lavoro. E sulla sussistenza di entrambi tali elementi si ritiene debba incentrarsi il rigoroso accertamento giudiziale del *mobbing*, per evitare fenomeni di incontrollata e ingiustificata moltiplicazione degli illeciti e dei danni risarcibili.

Tali conclusioni trovano conforto nel più recente orientamento giurisprudenziale di merito. Si afferma, infatti, che deve escludersi la configurabilità di ipotesi di *mobbing* qualora dalle risultanze istruttorie risulti « l'assenza di sistematicità, la scarsità degli episodi, il loro oggettivo rapportarsi alla vita di tutti i giorni all'interno di un'organizzazione produttiva che è anche luogo di aggregazione e di contatto (e di scontro) umano » ⁵⁴.

⁵² Sotto il profilo dei danni risarcibili, assume rilievo in primo luogo il danno alla salute subito dal lavoratore. Si tratta, in particolare di ipotesi in cui sia possibile accertare l'esistenza di una patologia psichica rilevante secondo i canoni della scienza medica, posto che anche in caso di comportamenti illegittimi riconducibili al *mobbing* rimangono applicabili i principi generali in tema di risarcimento dei danni elaborati in relazione ai più tradizionali profili di uso illegittimo dei poteri datoriali. Ne deriva, che le semplici sofferenze morali patite a causa delle ripetute vessazioni subite possono essere risarcite soltanto qualora il comportamento del datore di lavoro assuma una rilevanza anche penale. Oltre al danno alla salute, può configurarsi anche un danno alla professionalità del lavoratore, qualora le pratiche mobbizzanti racchiudano anche degli aspetti legati alla dequalificazione del lavoratore.

⁵³ Monateri-Bona-Oliva, *Il mobbing come « legal framework »: una categoria unitaria per le persecuzioni morali sul lavoro*, in *RCDP*, 2000, 557.

⁵⁴ Cfr. Trib. Milano 20 maggio 2000, cit., 368.

9. La violazione dell'obbligo di sicurezza può essere causa di un infortunio o di una malattia professionale, con conseguente lesione dell'integrità psico-fisica del lavoratore. In ambito giuslavoristico, tuttavia, il risarcimento del danno alla salute non è sempre soggetto ai principi generali di responsabilità civile.

La recente riforma dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro ha infatti introdotto una copertura assicurativa per lesioni che comportano un danno biologico pari o superiore al 6%. In tali casi il danno alla salute conseguente ad infortunio o malattia professionale viene indennizzato in capitale, se inferiore al 16%, o in rendita, se superiore a tale percentuale, nella misura indicata nelle apposite tabelle⁵⁵. Al di fuori di queste ipotesi, l'assoggettabilità del risarcimento del danno alla salute ai comuni principi di diritto civile non consente peraltro un'automatica trasposizione delle elaborazioni giurisprudenziali che hanno individuato nell'art. 2043 c.c. — interpretato alla luce dei principi affermati dall'art. 32 Cost. — il fondamento normativo che permette la risarcibilità del danno biologico in ogni caso di lesioni alla persona.

Se infatti, in via generale, il danno alla salute viene ricondotto ad un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale per la violazione del principio del *neminem laedere*, qualora la lesione dell'integrità psico-fisica si verifichi durante lo svolgimento di un'attività lavorativa subordinata non può essere tralasciata la natura contrattuale del vincolo che lega il datore di lavoro responsabile del danno al soggetto leso, nè la conseguente origine negoziale delle obbligazioni gravanti sulle parti.

In particolare, nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, l'art. 2087 c.c. — imponendo espressamente all'imprenditore di adottare le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del dipendente — introduce un obbligo di sicurezza che trova fonte immediata e diretta nel contratto.

Pertanto, in virtù del rapporto che lega il lavoratore con l'autore del fatto illecito, qualora si verifichi una lesione della salute del prestatore di lavoro — dovuta sia al mancato rispetto di norme prevenzionistiche speciali, sia alla mancata adozione di misure di tutela innominate, ma comunque necessarie in base ai parametri della particolarità del lavoro, dell'esperienza e della tecnica di cui all'art. 2087 c.c. — muta la norma di riferimento su cui fondare l'obbligo risarcitorio nonché la natura della responsabilità⁵⁶. Quest'ultima assume natura contrattuale indipendentemente dal fatto che la violazione integri anche gli estremi di un reato, ovvero configuri un'ipotesi di illecito aquiliano⁵⁷. Va tuttavia rilevato che per consolidato orientamento giurisprudenziale tale qualificazione della responsabilità del datore di lavoro per il danno alla salute subito dal dipendente non esclude che quest'ul-

⁵⁵ Per un primo commento della riforma, v. Pietropaoli-Pietropaoli, *La tutela assicurativa del danno biologico*, 2000, 611.

⁵⁶ Cfr. Cass. 5 febbraio 2000, n. 1307, in *MGL*, 2000, 1169, con nota di Santoro-Passarelli; Cass. 9 ottobre 1997, n. 9808, in *RIDL*, 1999, II, 61; Cass. 22 aprile 1997, n. 3455, in *MGC*, 1997, 623; Cass. 8 aprile 1995, n. 4078, in *NGL*, 1995, 885; Cass. 23 giugno 1994 n. 6061, *ivi*, 1994, 619; Cass. 4 dicembre 1992 n. 12911, in *RIDL*, 1993, II, 792; Cass. 23 marzo 1991 n. 3115, in *MGL*, 1991. *Contra*, per la configurazione di una responsabilità extracontrattuale, sostenuta soprattutto dalla giurisprudenza meno recente, v. Cass. 26 novembre 1984, n. 6134, in *RGL*, 1985, II, 689, con nota di Poletti.

⁵⁷ Cfr. Scognamiglio, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *ADL*, 1997, 23; Montuschi, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 1994, I, 324; Vallebona, *Il risarcimento del danno biologico nel sistema di tutele del lavoratore*, in *DL*, I, 1994, 414).

timo possa agire a tutela del proprio diritto ponendo a fondamento della propria domanda l'art. 2043 c.c., in via alternativa o anche concorrente rispetto all'azione contrattuale⁵⁸. Ciò in quanto il comportamento del datore di lavoro si configura nello stesso tempo sia come inadempimento contrattuale, sia come violazione di un diritto assoluto del lavoratore alla tutela della salute, costituzionalmente garantito dall'art. 32 cost.⁵⁹.

Conserva, invece, carattere esclusivamente extracontrattuale l'azione promossa *iure proprio* dai congiunti del lavoratore rimasto vittima di un infortunio mortale, volta ad ottenere la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno biologico e patrimoniale da essi subito, costituendo il rapporto di lavoro la mera occasione della responsabilità oggetto dell'accertamento⁶⁰.

Recentemente, sempre sotto il profilo risarcitorio, la giurisprudenza ha poi valorizzato il riferimento contenuto nell'art. 2087 c.c. alla tutela non solo fisica, ma anche morale del prestatore di lavoro, ravvisando una responsabilità contrattuale del datore di lavoro nelle ipotesi in cui da un abuso o un illegittimo esercizio dei poteri direttivi, organizzativi e disciplinari sia derivato un danno alla dignità ed alla personalità morale del dipendente.

Sotto quest'ultimo profilo, va rilevata in tempi recenti una marcata tendenza alla moltiplicazione delle tipologie di danno alla persona non riconducibili nè al pregiudizio patrimoniale, nè alla tradizionale nozione ristretta di danno morale, nè al danno alla salute fisica del lavoratore⁶¹. Da un lato si avverte la consapevolezza che la categoria dei danni non patrimoniali è più ampia e non si identifica con il danno morale subiettivo. La lesione dei diritti della personalità non si esaurisce infatti in manifestazioni di dolore, sofferenza o patemi d'animo da parte della vittima, ma consiste anche e soprattutto nel pregiudizio alla sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva e ad ogni altro ambito e modo in cui il soggetto svolge la sua personalità. Dall'altro emerge spesso l'incapacità di individuare chiari e solidi istituti dogmatici su cui fondare il risarcimento dei danni alla persona del lavoratore non identificabili nè con il danno alla salute psico-fisica, nè con le sofferenze morali.

Pertanto, anche in ambito giuslavoristico si ripropongono in tutta la loro complessità le questioni relative alla risarcibilità dei danni « personali » o « esistenziali » — intesi come l'insieme dei riflessi pregiudizievoli sulle attività realizzatrici dell'individuo derivanti dalla lesione dei diritti fondamentali della persona — già emerse in ambito civilistico⁶².

⁵⁸ In senso critico, V. Montuschi, *op. cit.*, in *RIDL*, I, 1994, 325; Vallebona, *op. cit.* 1994, 414.

⁵⁹ V. Cass. 20 gennaio 2000, n. 602, in *MGC*, 2000, 94; Cass. 21 dicembre 1998, n. 12763, *ivi*, 1998, 2635; Cass. 10 maggio 1997, n. 4097, *ivi*, 1997, 708; Cass. 4 novembre 1996, n. 9522, *ivi*, 1996, 1455; Cass. 26 ottobre 1995, n. 11120, *ivi*, 1995, 1779; Cass. 8 aprile 1995, n. 4078, *cit.*, 885; Cass. 1° febbraio 1995, n. 1168, in *NGL*, 1995, 421; Cass. 5 ottobre 1994, n. 8090, in *DR*, 1996, 614, con nota di Simone; Cass. 23 giugno 1994 n. 6061, *cit.*, 619; Cass. 23 marzo 1991 n. 3115, *cit.*, 241; Cass. S.U. 14 maggio 1987 n. 4441, in *NGL*, 1987, 619.

⁶⁰ V. Cass. 4 settembre 1999, n. 9359, in *MGC*, 1999, 1900; Cass. 23 luglio 1996, n. 6608, *ivi*, 1996, 1031; Cass. 21 febbraio 1996, n. 1342, in *LG*, 1996, 692.

⁶¹ Vallebona, *Prevenzione e repressione degli illeciti contro la persona nel rapporto di lavoro*, in *DL*, 1995, I, 447; Pedrazzoli, *Lesione di beni della persona e risarcibilità del danno nei rapporti di lavoro*, in *DLRI*, 1995, 269; Montuschi, *op. cit.* 1994, 317).

⁶² Cfr. Ziviz, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *CI*, 1994, 845; Messinetti, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *RCDP*, 1992, 173.

10. È convinzione del tutto consolidata che l'art. 2087 c.c. non configuri un'ipotesi di responsabilità oggettiva, basata su di un criterio di imputazione dell'evento lesivo collegato direttamente al rischio inerente all'attività imprenditoriale, in quanto la responsabilità del datore di lavoro deriva dalla violazione dolosa o colposa degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali e tecniche del momento⁶³.

A fronte di questa affermazione di principio, non sempre, tuttavia, è dato riscontrare nella giurisprudenza una rigorosa e corretta applicazione delle regole civilistiche in materia di inadempimento contrattuale, ponendo, di fatto, in capo al datore di lavoro una sorta di responsabilità oggettiva attenuata.

Una parte della giurisprudenza ritiene infatti che, ai fini dell'accertamento della responsabilità datoriale, grava sul lavoratore, che lamenti di aver subito un danno alla salute a causa dell'attività lavorativa svolta, l'onere di provare esclusivamente l'esistenza del danno, la nocività dell'ambiente di lavoro e il nesso causale tra questi due elementi. Qualora sia fornita la prova di tali circostanze, incombe sul datore di lavoro l'onere di dimostrare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno, ovvero che la patologia lamentata dal lavoratore non è ricollegabile alla violazione degli obblighi di sicurezza⁶⁴.

In tal modo, tuttavia, si sostituisce la presunzione di colpa di cui all'art. 1218 c.c. con una presunzione di inadempimento dell'obbligo di sicurezza. La prova liberatoria che il datore di lavoro deve fornire non riguarda più, come sarebbe richiesto dal sistema di responsabilità contrattuale, l'elemento soggettivo dell'illecito — cioè la non imputabilità a dolo o colpa della violazione, contestata e dimostrata dal lavoratore, di un precetto antinfortunistico — ma la stessa sussistenza dell'inadempimento contrattuale.

In altre parole, il lavoratore invece di dimostrare che il danno alla salute è derivato dall'inadempimento datoriale di uno o più obblighi di sicurezza — accollando al datore di lavoro la prova della causa non imputabile — può limitarsi ad addurre una generica nocività dell'ambiente di lavoro, trasferendo sull'imprenditore l'onere di vincere la presunzione di inadempimento che si ricava dall'esistenza nell'ambiente di lavoro di potenziali rischi per la salute dei dipendenti.

Altro, e più condivisibile, indirizzo giurisprudenziale ritiene che « il carattere contrattuale dell'illecito e l'operatività della presunzione di colpa del datore di lavoro non escludono che la responsabilità ai sensi dell'art. 2087 c.c. in tanto possa essere affermata in quanto sussista una lesione del bene tutelato che derivi causalmente dalla violazione di determinati obblighi di comportamento, imposti dalla legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche⁶⁵.

Di conseguenza, la verifica di un infortunio non è, di per sé sola, sufficiente per far scattare a carico del datore di lavoro l'onere probatorio di aver adottato

⁶³ Cass. 7 agosto 1998, n. 7792, in *MGC*, 1998, 1676; Cass. 20 giugno 1998, n. 6169, *ivi*, 1998, 1365; Cass. 27 giugno 1998, n. 6388, *ivi*, 1998, 1413; Cass. 20 maggio 1998, n. 5035, *ivi*, 1998, 1080; Cass. 21 ottobre 1997, n. 10361, *ivi*, 1997, 1979; Cass. 29 marzo 1995, n. 3740, in *OGL*, 1996, 837.

⁶⁴ Cass. 18 febbraio 2000, n. 1886, in *MGC*, 2000, 406; Cass. 3 aprile 1999, n. 3234, *ivi*, 1999, 749; Cass. 23 gennaio 1999, n. 653; Cass. 27 giugno 1998, n. 6388, *cit.*, 1413; Cass. 11 dicembre 1995, n. 12661, in *LG*, 1996, 511; Cass. 17 novembre 1993, n. 11351, in *RCP*, 1994, 689.

⁶⁵ Cass. 7 agosto 1998, n. 7792, in *NGL*, 1999, 43; Cass. 16 settembre 1998, n. 9247, in *OGL*, 1999, I, 91; Cass. 2 giugno 1998, n. 5409, in *RIDL*, 1999, II, 337; Cass. 3 settembre 1997, n. 8422, in *OGL*, 1998, I, 106; Cass. 20 maggio 1997, n. 4492, in *RIMP*, 1997, II, 140. Per la giurisprudenza di merito, v. Pret. Roma 9 febbraio 1999, in *RIDL*, 2000, II, 97.

ogni sorta di misura idonea ad evitare l'evento, in quanto la prova liberatoria dell'imprenditore presuppone la dimostrazione, da parte del lavoratore, sia del danno subito, sia del rapporto di causalità con la mancata adozione di determinate cautele antinfortunistiche, specifiche o generiche.

Sotto quest'ultimo profilo, l'art. 2087 c.c. non può essere inteso come prescrivente l'obbligo assoluto di rispettare ogni cautela possibile ed innominata ad evitare qualsiasi danno, con la conseguenza di ritenere automatica la responsabilità del datore di lavoro ogni volta che il danno si sia comunque verificato⁶⁶. Al contrario, il rispetto degli obblighi di comportamento suggeriti dalle conoscenze sperimentali e tecniche del momento, nonché dagli ulteriori criteri dettati anche da altre norme legalmente non cogenti — quali le disposizioni delle direttive comunitarie non ancora recepite — « esonera da responsabilità il datore di lavoro, non tenuto ad osservare cautele che vadano oltre quei limiti e quegli obblighi, salva analitica diversa individuazione da parte del giudice (anche a mezzo di consulenza tecnica) o del lavoratore sul quale incombe un onere in tal senso »⁶⁷.

Sull'art. 2087 c.c. si fonda anche la responsabilità del datore di lavoro per la lesione della personalità morale del lavoratore. In tale ambito — e, più in generale, in ogni caso di violazione della normativa giuslavoristica posta a garanzia dei diritti fondamentali dei lavoratori — i recenti percorsi giurisprudenziali evidenziano delle deviazioni rispetto ai generali principi probatori di responsabilità civile non tanto sull'accertamento dell'inadempimento datoriale, quanto sulla effettiva sussistenza di un danno risarcibile.

In altre parole, mentre nei casi di lesione dell'integrità fisica del lavoratore conseguente a infortunio, una volta fornita la prova del danno alla salute subito, si tende a presumere la violazione di una regola cautelare posta a carico del datore di lavoro, nelle ipotesi in cui i beni tutelati sono la dignità, la personalità morale e i valori fondamentali della persona dall'accertamento di un abuso o di un illegittimo esercizio dei poteri datoriali si presume l'esistenza di un danno risarcibile.

Presunzioni di danno sono riscontrabili in caso di molestie sessuali⁶⁸, di dequalificazione professionale⁶⁹, di mancato godimento delle ferie e dei riposi settimanali⁷⁰. Denominatore comune di tali indirizzi giurisprudenziali pare essere l'intento di ampliare la tutela risarcitoria oltre i tradizionali confini, per includere anche

⁶⁶ V. Cass. 2 giugno 1998, n. 5409, cit., 337; Cass. 29 marzo 1995, n. 3740, in *MGL*, 1995, 359.

⁶⁷ V. Cass. 29 marzo 1995, n. 3740, cit., 369.

⁶⁸ Così, Pret. Trento 22 febbraio 1993, cit., 555, ritiene indubbio che « l'insistente corteggiamento a cui il datore di lavoro ha sottoposto la ricorrente, anche mediante pesanti ingerenze nella sua vita personale (basti pensare alla richiesta di incontrarsi durante le ferie), provocò nelle giovane un sicuro turbamento della sfera emotiva ». Emblematica è poi Pret. Milano 12 gennaio 1995, cit., 2267, secondo la quale l'invito — da parte di un dirigente — a non presentarsi al lavoro in minigonna ha umiliato e offeso la dignità della lavoratrice, causando un danno biologico da liquidarsi equitativamente.

⁶⁹ V. Cass. 16 dicembre 1992, n. 13299, cit., 177; Pret. Milano 11 gennaio 1996, cit., 741; Pret. Milano 17 giugno 1993, cit., 141; Pret. Milano, 15 gennaio 1994, in *RCDL*, 1994, 578; Pret. Milano 28 dicembre 1990, cit., 392; Trib. Roma, 28 febbraio 1990, cit., 670.

⁷⁰ Per quanto riguarda la mancata fruizione delle ferie, v. Cass. 2 agosto 2000, n. 10173, in *DPL*, 2001, 403; Cass. 5 maggio 2000, n. 5624, in *MGC*, 2000, 933; Cass. 16 luglio 1992, n. 8627, in *MGL*, 1992, 635. In materia di riposo settimanale, v. Cass. 29 luglio 2000, n. 9992, in *MGC*, 2000, 1661; Cass. 3 aprile 1999, n. 3233, in *NGL*, 1999, 316; Cass. 26 gennaio 1999, n. 704, *ivi*, 1999, 269; Cass. 15 dicembre 1998, n. 12556, in *GC*, 1999, I, 3089.

pregiudizi « esistenziali » non direttamente riconducibili alle categorie del danno patrimoniale, del danno morale e del danno biologico.

Si tratta di un orientamento che si presta a riflessioni critiche, posto che il solo accertamento della sussistenza di una condotta contraria alle norme giuridiche poste a tutela della salute o della personalità morale del lavoratore non è elemento sufficiente per configurare automaticamente un danno civile risarcibile. Di fatto, il riconoscimento di danni *in re ipsa* introducono nel nostro ordinamento un nuovo strumento sanzionatorio assimilabile alla categoria dei *punitive damages*⁷¹. Ne deriva che l'autore dell'illecito viene condannato a risarcire un danno inesistente, o quanto meno presunto e non provato, sotto il quale si nasconde una vera e propria sanzione inflitta sulla base del solo elemento oggettivo del fatto⁷². Anche per i danni alla persona del lavoratore appare doveroso rispettare i « limiti strutturali della responsabilità civile » indicati dalla Corte Costituzionale⁷³. Dunque, il danno risarcibile derivante dall'uso illegittimo dei poteri datoriali deve identificarsi con il pregiudizio — non solo patrimoniale, ma anche e soprattutto non patrimoniale quale la diminuzione o la privazione di valori personali — conseguente alla lesione della dignità, della libertà e della personalità morale del lavoratore, e non nella violazione della norma.

11. La giurisprudenza ritiene che il datore di lavoro debba svolgere un'attività di vigilanza sull'effettivo rispetto e sulla concreta adozione da parte dei lavoratori delle misure di sicurezza stabilite per la tutela della loro integrità fisica⁷⁴.

Tale obbligo — ricavato in via interpretativa dall'art. 2087 c.c., ma anche previsto in norme prevenzionistiche speciali⁷⁵ — assume particolare intensità nei confronti dei lavoratori di giovane età e professionalmente inesperti⁷⁶.

Si afferma, inoltre, che in caso di persistente rifiuto del lavoratore di utilizzare i dispositivi di sicurezza il datore di lavoro sia legittimato ad adottare sanzioni di carattere disciplinare, compreso il licenziamento⁷⁷.

Pertanto, qualora l'infortunio sia determinato, o quanto meno agevolato, da un assetto organizzativo del lavoro non rispettoso delle norme antinfortunistiche, conosciuto o colpevolmente ignorato dal datore di lavoro, la responsabilità di

⁷¹ Cfr. Montuschi, *op. cit.*, 1994, 336; Franco, *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, Milano; 1995, 205; M.T. Carinci, *Una prospettiva: dal risarcimento all'inibitoria*, in *Danno biologico ed oltre*, a cura di Pedrazzoli, Torino, 1995, 171.

⁷² Cfr. Mastropaolo, *La nozione di "danno biologico". (Lesione corporale in sé o menomazione delle potenzialità realizzatrici della persona umana?)*, in *GC*, 1991, II, 275; Proto Pisani, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *FI*, 1990, V, 1

⁷³ Corte cost. 27 ottobre 1994, n. 372, in *FI*, 1994, I, 3297.

⁷⁴ V. Cass. 7 agosto 1998, n. 7772, in *MGC*, 1998, 1672; Cass. 8 febbraio 1993, n. 1523, in *RIDL*, 1994, II, 178; Cass. 17 gennaio 1991, n. 484, in *DPL*, 1991, 637.

⁷⁵ V., ad esempio, l'art. 4 del D.P.R. n. 547/55, l'art. 4 del D.P.R. n. 303756 nonché l'art. 4, 5° comma del d.lgs. n. 626/94.

⁷⁶ Con riferimento all'infortunio verificatosi per imprudenza dell'apprendista v. Cass. 17 marzo 1999, n. 2432, in *RIDL*, 1999, II, 766; Cass. 2 ottobre 1998, n. 9805, in *RGL*, 1999, II, 640; Pret. Milano 31 gennaio 1996, in *LG*, 1996, 941; Pret. Forlì 13 giugno 1995, in *GM*, 1996, 469. Per quanto riguarda i lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro, v. Cass. 17 febbraio 1998, n. 1687, in *RIDL*, 1998, II, 516.

⁷⁷ V. Cass. 26 gennaio 1994, n. 774, in *DPL*, 1994, 1098; Cass. 6 aprile 1993, n. 3160, in *MGL*, 1993, 398.

quest'ultimo non viene esclusa da comportamenti colposi del lavoratore, anche se palesemente imprudenti o negligenti ⁷⁸.

L'obbligo datoriale di sicurezza rileva, dunque, anche in relazione alle condotte volontarie e di segno contrario del dipendente cui non si sia opposto un adeguato controllo. Solo nel caso di esecuzione della prestazione lavorativa in modo del tutto anormale, atipico ed inconsueto, con disattenzioni abnormi ed esorbitanti dal procedimento lavorativo e dalle direttive ricevute è possibile escludere la responsabilità del datore di lavoro per mancanza del nesso causale con l'evento lesivo verificatosi ⁷⁹.

La totale irrilevanza dei comportamenti negligenti, imprudenti o imperiti del lavoratore ai fini dell'accertamento della responsabilità datoriale è stata ribadita dalla giurisprudenza anche dopo l'entrata in vigore del D.lgs. n. 626 del 1994, il quale ha operato un maggiore coinvolgimento dei lavoratori nella gestione della sicurezza, accrescendo, nel contempo, i loro obblighi ⁸⁰.

Si afferma, infatti, che la condotta imprudente o negligente, posta in essere volontariamente dal lavoratore, assume soltanto l'efficacia di mera occasione e modalità dell'*iter* produttivo dell'evento, pur se sanzionata penalmente, anche con pena detentiva, dall'art. 93 del D.lgs. n. 626 del 1994, come modificato dal D.lgs. n. 242 del 1996, al fine di rendere maggiormente partecipe il dipendente in ordine all'apprestamento e all'uso delle misure di sicurezza nell'ambiente di lavoro ⁸¹.

È una soluzione, tuttavia, che non pare condivisibile. A uno stesso comportamento si attribuisce da un lato un disvalore penale, dall'altro lo si considera irrilevante ai fini dell'accertamento della responsabilità dell'infortunio. Considerato che il lavoratore è chiamato a ricoprire un ruolo centrale nella nuova gestione partecipata e concertata della sicurezza nei luoghi di lavoro, che a tal fine sono stati notevolmente potenziati i diritti di formazione, che la violazione degli obblighi posti in capo ai lavoratori è sanzionata penalmente, non pare possibile continuare ad ignorare completamente precisi inadempimenti del lavoratore in sede di accertamento della responsabilità civile per infortunio o malattia professionale ⁸².

⁷⁸ Cfr. Cass. 3 maggio 2001, n. 6235; Cass. 16 luglio 1998, n. 6993, in *MGC*, 1998, 1545; Cass. 16 giugno 1998, n. 6000, in *FI*, 1999, I, 1531; Cass. 29 maggio 1997, n. 4782, in *MGC*, 1997, 869; Cass. 19 agosto 1996, n. 7636, *ivi*, 1996, 1188; Cass. 8 febbraio 1993, n. 1523, *cit.*, 178; Cass. 7 aprile 1992, n. 4227, in *MGL*, 1992, 500; Cass. 18 gennaio 1991, n. 430, in *DPL*, 1991, 910; Cass. 3 maggio 1990, n. 3677, in *NGL*, 1990, 367.

⁷⁹ Cfr. Cass. 3 maggio 2001, n. 6235, *cit.*; Cass. 17 febbraio 1999, n. 1331, in *MGC*, 1999, 359; Cass. 19 agosto 1996, n. 7636, *cit.*, 1188; Cass. 10 luglio 1996, n. 6582, in *DPL*, 1996, 3551; Cass. 6 marzo 1996, n. 1750, *ivi*, 1996, 2389; Cass. 15 aprile 1996, n. 3510, in *NGL*, 1996, 533; Cass. 23 marzo 1994, n. 3483, in *MGL*, 1994, 440; Cass. 17 novembre 1993, n. 11351, in *DPL*, 1994, 365; Cass. 7 aprile 1992, n. 4227, *cit.*, 500.

⁸⁰ Già la legislazione prevenzionistica degli anni cinquanta imponeva ai lavoratori di osservare le disposizioni di sicurezza e di utilizzare in modo appropriato i dispositivi di protezione, prescrivendo di segnalare eventuali inefficienze degli stessi nonché vietandone la loro rimozione senza autorizzazione. A questa serie di obblighi, tuttora in vigore e penalmente sanzionati, l'art. 5, 2° comma, lett. h) del D.lgs. n. 626/96 ha aggiunto in capo a ciascun lavoratore il dovere di « prendersi cura della propria sicurezza e della propria salute e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui possono ricadere gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione ed alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro ».

⁸¹ Cass. pen., sez. IV, 11 marzo 1999, n. 792, in *MGL*, 1999, 804.

⁸² Cfr. Spagnuolo Vigorita, *Rilievi in tema di responsabilità del datore di lavoro*, in *OGL*, 1996, 847.

