

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

EDITORIALE

Un progetto che continua

ATTUALITÀ

Nuove strategie per la piena occupabilità

INTERVENTI A CONFRONTO

Quale futuro per il diritto del lavoro italiano?

RICERCHE

Le politiche del lavoro in Italia

*Attuazione di Direttive Comunitarie:
contratto a termine e orario di lavoro*

INTERVENTI

La contrattualità del rapporto di lavoro

DIRITTO COMUNITARIO, INTERNAZIONALE E COMPARATO

*La codificazione del diritto
del lavoro russo*

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

*La contrattazione collettiva sui criteri
di scelta nei licenziamenti collettivi*

*Il Patto Modenese sull'assistenza
domiciliare agli anziani*

Giuffrè Editore

N. 3/XII - 2002

DIRITTO
delle
RELAZIONI INDUSTRIALI

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

N. 3

XII-2002

Giuffrè Editore Milano

Editoriale

TIZIANO TREU, MICHELE TIRABOSCHI *Un progetto che continua.* 341

Attualità: Nuove strategie per la piena occupabilità

MARCO BIAGI *Università e orientamento al lavoro nel dopo-riforma: verso la piena occupabilità?* 343

Interventi a confronto: Quale futuro per il diritto del lavoro italiano?

TIZIANO TREU *In ricordo di Marco Biagi.* 357

MARIO NAPOLI *Disegno di legge delega e modifiche al Titolo V della Costituzione* 361

LUCIANO SPAGNUOLO VIGORITA *Fra subordinazione e autonomia* 369

STEFANO LIEBMAN *La disciplina del licenziamento.* 378

PIETRO ICHINO *Disegno di legge delega ed esternalizzazioni* 389

TIZIANO TREU *Le tutele del lavoratore nel mercato del lavoro.* 396

FRANCO CARINCI *Il dibattito sulla riforma costituzionale e la modifica dell'articolo 18: considerazioni conclusive* 404

Ricerche: Le politiche del lavoro in Italia

MARIELLA MAGNANI *Le politiche del lavoro, oggi. A proposito di un recente libro* 413

ROSARIO FLAMMIA *Conciliazione e arbitrato nelle controversie individuali di lavoro secondo il disegno di legge di delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro* 420

GIUSEPPE MAROTTA *Articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori e crescita dimensionale delle imprese. Quale evidenza empirica?* 428

Ricerche: Attuazione di Direttive Comunitarie: contratto a termine e orario di lavoro

CHIARA LAZZARI *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva europea sul contratto a termine spunti problematici* 435

ALBERTO RUSSO *La disciplina dell'orario di lavoro: un inventario critico per la trasposizione della direttiva n. 1993/104/UE.* 450

Interventi: Contratto e trasporto di lavoro

LAURA CASTELVETRI *Perché discutere (ancora) di alternativa tra contratto e rapporto di lavoro?* 467

Diritto comunitario, internazionale e comparato

OLGA RYMKEVITCH, MICHELE TIRABOSCHI *La codificazione del diritto del lavoro russo: problemi e prospettive*. 479

Rassegne: Contrattazione collettiva

GAETANO NATULLO *La contrattazione collettiva sui criteri di scelta nei licenziamenti collettivi: funzioni, contenuti, struttura* 497

CARLOTTA SERRA *Un case study sull'esperienza delle intese locali per l'occupazione in Italia: il Patto Modenese sull'assistenza domiciliare agli anziani*. . . 520

Errata corrige 531

Un progetto che continua

Con questo fascicolo prosegue la nuova serie di *Diritto delle Relazioni Industriali*, probabilmente uno dei progetti più cari a Marco Biagi. Dopo sette anni di gestione congiunta con Luciano Spagnuolo Vigorita, Marco ha potuto firmare, in qualità di direttore responsabile unico della Rivista, soltanto i primi due fascicoli del 2002. Giusto il tempo di dare a *Diritto delle Relazioni Industriali* una rinnovata veste editoriale e preannunciare un programma semplice quanto ambizioso: “contribuire alla modernizzazione delle relazioni industriali”.

L'impegno a continuare questo progetto non vuole essere, semplicemente, un doveroso omaggio all'amico e collega scomparso. *Diritto delle Relazioni Industriali* prosegue perché questa testata, anche grazie al fondamentale lavoro di Marco e prima di lui di Luciano Spagnuolo Vigorita, si è ormai guadagnata uno spazio consolidato nel mercato della pubblicistica periodica nell'area giustlavoristica. *Diritto delle Relazioni Industriali* prosegue anche perché Marco ha sempre avuto consapevolezza che un progetto tanto ambizioso e coraggioso non poteva essere legato a una sola persona. È per questo che Marco, oltre a raccogliere un collaudato gruppo di redazione chiamato a seguire lo sviluppo della Rivista giorno per giorno, si era attivato con particolare entusiasmo ed energie per garantire alla Rivista il sostegno di un Comitato Scientifico allargato, comprensivo cioè di una pluralità di visioni scientifiche e culturali, a garanzia della indipendenza della testata e, soprattutto, della vivacità del dialogo che avrebbe auspicabilmente animato i prossimi fascicoli.

Cercheremo di mantenere fede al progetto di Marco e alla prospettiva interdisciplinare e internazionale che ha sempre caratterizzato *Diritto delle Relazioni Industriali*.

Diritto delle Relazioni Industriali continuerà dunque ad essere la Rivista in cui un gruppo di studiosi si riconosce collettivamente, condividendo la responsabilità della selezione del materiale da pubblicare, ma anche, come auspicava Marco, “un rinnovato impegno a seguire lo sviluppo del diritto del lavoro con speciale attenzione alle 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”.

Tiziano Treu, Michele Tiraboschi

Nuove strategie per la piena occupabilità

Università e orientamento al lavoro nel doporiforma: verso la piena occupabilità?

Marco Biagi

Sommario: **1.** L'istruzione universitaria in Italia nel doporiforma: un sistema in evoluzione. — **2.** Verso la piena occupabilità: il ruolo delle Università nella definizione delle politiche locali per l'occupazione e nelle politiche attive del lavoro. — **3.** Università e orientamento al lavoro: una scelta strategica. — **4. Segue.** Verso un sistema universitario protagonista delle politiche per la occupabilità: dalla organizzazione dei tirocini formativi alla gestione di un servizio di *placement*. — **5.** Avvicinare l'Italia all'Europa: promuovere una nuova stagione di patti locali per la piena occupabilità.

1. Non può sorprendere che la riforma dei percorsi di istruzione c.d. superiore o terziaria, a lungo invocata per far fronte a evidenti disfunzioni e a talune anomalie rispetto alla esperienza di altri Paesi ¹, sia potuta giungere a compimento nel contesto di quella che, a torto o a ragione, è stata enfaticamente definita come la « Seconda Repubblica » ².

I processi di profondo rinnovamento — politico, economico e sociale — che hanno caratterizzato il nostro Paese nel corso dell'ultimo decennio non potevano infatti non incidere anche sulla evoluzione del sistema universitario e, più in generale, dei sistemi di istruzione e formazione professionale nel loro complesso. Ciò ha contribuito in maniera decisiva ad accelerare la definizione e, soprattutto, la progressiva attuazione di un ambizioso percorso riformatore il quale, pur trovando origine in alcuni provvedimenti normativi adottati nel decennio che precede, sino a quel momento era stato segnato da evidenti contraddizioni e da una preoccupante lentezza ³.

* *Prolusione in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico 2001-2002 dell'Università di Modena e Reggio Emilia (Modena, 6 ottobre 2001).*

¹ Si ricordi, in proposito, la dichiarazione congiunta di Francia, Germania, Gran Bretagna e Italia su *L'armonizzazione dell'architettura dei sistemi di istruzione superiore in Europa*, Parigi, 25 maggio 1998. Cfr. Staropoli, Kehm, Teichler, Williams, Sorace, Merloni, Moscati, *Modelli di Università in Europa e la questione dell'autonomia*, in collana Contributi di ricerca, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1996.

² L'espressione « Seconda Repubblica », per quanto inflazionata e riduttiva, è l'unica che consenta di valutare le modificazioni introdotte nella legislazione universitaria nell'ottica della riforma complessiva dell'assetto istituzionale della Repubblica. Cfr., in questa prospettiva, Mariucci, *Ragionamenti sul diritto del lavoro della seconda Repubblica*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, 1999, tomo I, 661.

³ Per questi profili cfr. Sorace, *L'autonomia delle Università italiane nel nuovo quadro normativo:*

Vero è semmai che, con sensibile mutamento di prospettiva rispetto a una radicata impostazione culturale di sostanziale diffidenza — e talvolta indifferenza — verso il « mondo esterno »⁴, l'università ha accolto con particolare dinamismo e forza propositiva le sollecitazioni provenienti dalla attuale evoluzione dei rapporti economici e sociali; non fosse altro perché tale evoluzione si caratterizza per il progressivo passaggio da un sistema economico e sociale di tipo « industrialista », di dominio (quasi) esclusivo dell'apparato tecnico-produttivo di impresa, ad uno nuovo fondato sulle « conoscenze » e, in quanto tale, maggiormente consono al ruolo storicamente assunto dalla Università nell'ambito delle società occidentali⁵.

Questo cambiamento di prospettiva ha contribuito ad alimentare un fecondo e rinnovato dialogo tra le ragioni della innovazione e quelle della tradizione, incrinando per la prima volta in modo significativo la condizione di sostanziale autoreferenzialità in cui sino oggi ha vissuto il sistema universitario del nostro Paese. Al di là delle diverse linee di politica del diritto e delle singole soluzioni tecnicistiche, di volta in volta proposte e recepite in un testo di legge, è infatti proprio nel menzionato mutamento di atteggiamento culturale che è possibile rinvenire non solo le ragioni più profonde, ma anche le conseguenze più immediate della riforma del sistema italiano di istruzione universitaria. La svolta verso l'autonomia — non solo didattica ma anche finanziaria e statutaria — delle Università, in quanto accompagnata da un sostanziale arretramento dello Stato a favore del mercato, impone ora di ripensare complessivamente il rapporto con la società civile, le istituzioni e il tessuto produttivo locale per evitare, come giustamente avvertito già agli albori della riforma, che il « rischio della autonomia » si trasformi nel « rischio della senescenza » di questa indispensabile istituzione⁶.

Avviata nel corso della passata legislatura — attraverso una pluralità di provvedimenti legislativi e amministrativi di cui non è possibile dare conto in

una lettura critica, in Staropoli, Kehm, Teichler, Williams, Sorace, Merloni, Moscati, *op. cit.*, 219, 268, nonché più in generale, e con riferimento alla situazione di « profonda crisi » degli studi universitari, Balandi, *Problemi e prospettive della didattica giuridica: l'insegnamento e il manuale di diritto del lavoro*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, cit., spec. 75-81.

⁴ La tradizionale chiusura verso il mondo esterno è in realtà una caratteristica negativa propria non solo delle Università italiane, ma di tutti i sistemi di istruzione e formazione in generale. Cfr., in proposito, il preambolo della Risoluzione del Consiglio della Unione Europea del 13 luglio 2001 su *Il ruolo dell'istruzione e della formazione nelle politiche connesse all'occupazione* (2001/C 204/01).

⁵ Sulla economia dell'apprendimento cfr., recentemente, Lundvall, Johnson, *The Learning Economy*, in *Journal of Industry Studies*, 1994; Lundvall, Borràs, *The Globalizing Learning Economy: Implication for Innovation Policy*, Bruxelles, European Commission, 1999 e, nella letteratura italiana, Isfol, *Ict e « New Economy » - Orientamenti della letteratura e primi elementi per la costruzione di un percorso critico*, Monografie sul mercato del lavoro e le politiche per l'impiego, Roma, giugno 2001, spec. 19-25.

⁶ Cfr. Fondazione Giovanni Agnelli, *Nota introduttiva*, in Staropoli, Kehm, Teichler, Williams, Sorace, Merloni, Moscati, *op. cit.*, XI.

questa sede ⁷ — la riforma della Università italiana è stata oggetto di una approfondita riflessione, almeno per quel che concerne i suoi profili più propriamente politico-istituzionali, pari alla importanza delle modifiche introdotte in punto di autonomia didattica delle Università, delegificazione dell'ordinamento universitario, programmazione dello sviluppo del sistema universitario, politiche per il diritto allo studio, reclutamento del corpo docenti, formazione dei ricercatori e formazione specialistica, innovazione qualitativa della didattica e della ricerca, internazionalizzazione del sistema di istruzione universitaria, ecc. ⁸.

Le innovazioni introdotte nei corsi di studio e nella costruzione della architettura complessiva del sistema universitario, in particolare, hanno registrato un ampio coinvolgimento degli organismi didattici delle Università, dell'intero corpo docente e degli stessi studenti, contribuendo a incanalare nella giusta direzione il processo di attuazione della autonomia universitaria nella definizione degli obiettivi formativi, dei contenuti e delle metodologie dei corsi di studio. Fermo restando che non potrà mai essere una singola riforma, per quanto ben congegnata, a incidere sulla qualità complessiva del sistema di istruzione universitaria, in mancanza di un processo parallelo di riqualificazione dell'impegno di tutti i soggetti coinvolti e, in particolare, dei due principali protagonisti degli studi universitari: il docente e lo studente. Le riforme, da questo punto di vista, possono infatti risultare efficaci soltanto nella misura in cui garantiscono ai soggetti coinvolti le condizioni per « esprimere ... il meglio di sé » ⁹.

Nell'arco di un solo decennio sono comunque state poste le premesse per una completa attuazione del principio costituzionale — solennemente sancito nell'oramai lontano 1948 (art. 33, ultimo comma, Cost.) — della autonomia universitaria: autonomia che, ora, non è più solo statutaria e finanziaria, ma anche didattica. Il nuovo quadro giuridico-istituzionale apre, in particolare, nuovi spazi per la definizione di percorsi di alta formazione calibrati in funzione delle esigenze specifiche dei diversi tessuti produttivi locali, responsabilizzando i singoli atenei rispetto alle sollecitazioni e alle opportunità provenienti dal mercato del lavoro circostante. Sono stati ora definitivamente eliminati quei pesanti vincoli burocratici che riducevano drasticamente la possibilità di adeguare costantemente la struttura dei corsi di studio alla evoluzione degli assetti

⁷ Per un quadro di sintesi cfr., per tutti, Guerzoni (a cura di), *La riforma dell'istruzione superiore in Italia (1996-1999)*, in <http://www.miur.it/progprop/riforma/riforma2.htm>, 1999.

⁸ Il nuovo quadro normativo relativo alla autonomia didattica e alla innovazione dei corsi di studio di livello universitario e post-universitario, contenente indicazioni relative alla fase progettuale e alla attuazione della riforma, è reperibile integralmente al sito internet del MIUR - Autonomia didattica: « <http://www.miur.it/progprop/autonomi/autonomi.html> » Il valore dell'autonomia. L'autonomia didattica per una nuova Università, collana Documenti, n. 6/1998; CRUI, *Documento approvato all'unanimità dall'assemblea della Conferenza dei Rettori*, 14 dicembre 2000, in « <http://www.cru.it/docvari/14dicembre.html> ».

⁹ In questa prospettiva cfr. le giuste notazioni critiche sulla riforma recentemente formulate da Pera, *Sulla cosiddetta riforma degli studi universitari*, in *RIDL*, 2001, I, 87-93.

produttivi e ai radicali mutamenti che, da qualche anno a questa parte, hanno investito il mondo del lavoro.

2. Se, come si diceva, la riflessione sugli aspetti più propriamente politico-istituzionali della riforma è stata pari alla portata delle modifiche introdotte nel sistema di istruzione universitaria, non così può dirsi, invece, per quanto attiene alle ricadute — evidenti quanto notevoli — che le innovazioni introdotte avranno sul funzionamento del sistema economico-produttivo (nazionale e locale) del nostro Paese e, segnatamente, sulle dinamiche del mercato del lavoro. Al di là di abituali quanto generiche affermazioni di principio, relative alla necessità di avvicinare concretamente il sistema di istruzione universitaria alle mutate esigenze delle imprese e della produzione, il profilo del raccordo istituzionale tra università e mercati del lavoro non ha sin qui ricevuto una attenzione adeguata alla portata — epocale — delle trasformazioni in atto. Accanto a sporadici riferimenti relativi al ruolo che può assumere l'università nella programmazione delle politiche locali per l'occupazione e nella implementazione delle politiche attive del lavoro, la riflessione scientifica si è infatti sin qui sostanzialmente limitata a sottolineare come la riforma della università debba essere collocata, ai fini di una sua migliore comprensione, nel più vasto processo di modernizzazione della Pubblica Amministrazione del nostro Paese¹⁰.

Si tratta indubbiamente di un profilo importante e che non può essere sottovalutato. Gli ambiziosi obiettivi della riforma del sistema di istruzione universitaria, in effetti, potranno essere efficacemente perseguiti solo se alla innovazione introdotta nell'assetto normativo-istituzionale si riuscirà ad affiancare una revisione complessiva della organizzazione della università, in modo da « superare schemi lavorativi antiquati, tutti basati su un'organizzazione di tipo burocratico e verticistico »¹¹. Gli esiti più recenti della nota vicenda della c.d. privatizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici e il nuovo contratto collettivo nazionale di lavoro dei dipendenti del comparto università hanno predeterminato, da questo punto di vista, alcuni strumenti in grado di far funzionare con efficienza — naturalmente se adeguatamente utilizzati nella prassi applicativa — per valorizzare al meglio le risorse umane e quelle professionali presenti all'interno della università e realizzare gli obiettivi sottesi alla riforma¹².

¹⁰ In questa prospettiva cfr., tra i rari interventi in materia, Lambertucci, *Il mercato del lavoro e il ruolo dell'Università*, in *RGL*, 2000, spec.644-652.

¹¹ CRUI, *Il sistema universitario e la formazione interna*, in <http://www.cru.it/pubblicazioni.html>, 2001.

¹² È sufficiente ricordare, in proposito, che il recente contratto collettivo del personale della Università risulta incentrato su cinque sistemi innovativi di gestione del personale: a) un *sistema di incentivazione*, volto a favorire le condizioni per assicurare l'apporto di professionalità elevate da maturare all'interno; b) un *sistema di formazione e sviluppo*, per una riqualificazione di tutto il personale; c) un *sistema di valutazione delle prestazioni e dei risultati*, attraverso l'individuazione di un nuovo ruolo delle relazioni sindacali; d) un *sistema delle posizioni, incarichi e funzioni*, per

Certo l'opera di modernizzazione non è ancora completa. E chi conosce il dato normativo esistente non può esimersi dal rilevare che l'auspicata riforma destinata a regolare « in modo organico ed in conformità ai principi della autonomia universitaria di cui all'articolo 33 della Costituzione » (...) « il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari »¹³ è rimasta ad oggi sulla carta, arenata nelle secche di un Disegno di Legge presentato nella legislatura precedente e mai approvato.

Ciò rilevato, la riflessione sui profili più propriamente giuslavoristici della riforma della università non può tuttavia limitarsi a una ricostruzione delle modifiche normative volte a favorire l'efficienza organizzativa, un nuovo utilizzo delle c.d. sinergie interne e, in ultima istanza, un salto di qualità nelle politiche di valorizzazione delle risorse umane presenti all'interno delle università italiane¹⁴.

Vero è che la riforma della università — così come più in generale quella della Pubblica Amministrazione — si colloca nell'ambito di un più ampio processo di ridefinizione degli assetti istituzionali del nostro ordinamento giuridico che proprio nella giornata di domani, con lo storico voto referendario sulla riforma in senso federale della organizzazione dello Stato, potrebbe registrare un svolta assai significativa.

Da questo punto di vista, il sistema universitario rappresenta già oggi, e sempre più lo sarà in futuro, un segmento strategico di una ben più complessa e articolata rete di relazioni giuridico-istituzionali che, sotto l'insegna della occupabilità, si propone l'obiettivo di un più moderno e sistematico raccordo tra amministrazioni periferiche dello Stato, organizzazioni rappresentative degli interessi dei lavoratori e sistema produttivo locale¹⁵. Non ci si deve infatti dimenticare che proprio il sistema di istruzione universitaria rappresenta, assieme alla formazione professionale, il principale canale di sviluppo e valorizzazione delle risorse umane¹⁶ che servono a sostenere una reale crescita del tessuto produttivo del Paese nel delicato passaggio verso una economia e una società basate sulla conoscenza.

Non è un caso, al riguardo, che la spinta decisiva per la riforma del sistema di

favorire e aumentare la flessibilità del lavoro; e) un *sistema professionale*, attraverso la revisione dell'ordinamento professionale del personale coerente con l'organizzazione del lavoro degli atenei che si è venuto modificando, assumendo quale modello l'organizzazione a rete. Nel contratto, inoltre, viene per la prima volta introdotto il « credito formativo », quale strumento per rendere trasparente l'acquisizione delle competenze, in un'ottica di apprendimento nell'intero arco della vita lavorativa e di avanzamento di carriera. Sul punto cfr., diffusamente, Lambertucci, *op. cit.*

¹³ Così l'articolo 2 del D. Lgs. n. 29/1993 ora contenuto nel nuovo articolo 3, comma 2 del D. Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 contenente le norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

¹⁴ Per questa prospettiva cfr. ancora Lambertucci, *op. cit.*

¹⁵ Cfr. Tullini, *Quale federalismo per l'organizzazione del mercato del lavoro*, in LPA, 2000, 27 ss.

¹⁶ Cfr. Oliva, *Le politiche di istruzione, formazione e valorizzazione delle risorse umane*, in Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica, *Cento idee per lo sviluppo - Schede di programma 2000-2006*, a cura del Dip.to per le Politiche di sviluppo e coesione, Catania 2-4 dicembre 1998, 610.

istruzione universitaria sia rinvenibile, più che nelle aspirazioni alla auto-determinazione del mondo accademico, nei grandi patti sociali dello scorso decennio tra Governo, imprese e sindacati in materia di politiche della occupazione e politiche di sostegno al sistema produttivo¹⁷.

Già nell'accordo di politica dei redditi del 23 luglio 1993, nel capitolo su *Istruzione e formazione professionale* (§ 4.2.), Governo e parti sociali, condiviso l'«obiettivo di una modernizzazione e riqualificazione dell'istruzione e dei sistemi formativi, finalizzati all'arricchimento delle competenze di base e professionali e al miglioramento della competitività del sistema produttivo e della qualità dei servizi», si erano proposti di valorizzare l'autonomia dell'università, al fine di contribuire ad «allargare e migliorare l'offerta formativa post-qualifica, post-diploma e post-laurea, con particolare riferimento alla preparazione di quadri specializzati nelle nuove tecnologie, garantendo il necessario sostegno legislativo a tali percorsi formativi». Il tutto nella convinzione che solo «un più stretto rapporto tra mondo dell'impresa e mondo dell'università potrà inoltre rilanciare, anche attraverso maggiori disponibilità finanziarie, una politica di qualificazione e formazione delle «risorse umane», in grado di creare nuclei di ricercatori che, strettamente connessi con le esigenze delle attività produttive, possono generare una fertilizzazione tra innovazione e prodotti, ponendo una particolare attenzione anche ai processi di sviluppo delle piccole e medie imprese».

A causa ritardi e delle inerzie nella attuazione degli impegni assunti, sotto questo profilo, nel Protocollo del 23 luglio 1993, è al successivo Patto per l'occupazione del 22 dicembre 1998 (c.d. Patto di Natale) che è spettato il compito di individuare con maggiore precisione i contenuti salienti della attuale riforma della università, ponendo questa volta le basi per il pieno e definitivo coinvolgimento degli atenei italiani nella definizione e attuazione delle politiche per la occupazione, sulla base di orientamenti ed esperienze consolidati in ambito comunitario e internazionale¹⁸. È in questo accordo, infatti, che il Governo si impegnava, nel campo dell'alta formazione universitaria, «a ricercare tutte le forme e gli strumenti capaci di elevare la partecipazione all'istruzione universitaria, contenere la durata dei corsi di diploma e di laurea, contrastare l'alto tasso di dispersione, superare la crescente discriminazione sociale negli accessi, aprire l'università al territorio e assicurare la

¹⁷ Cfr. Ghera, *La concertazione sociale nell'esperienza italiana*, in *RIDL*, 2000, I, 115 ss.

¹⁸ A livello internazionale si pensi, in particolare, alla specifica configurazione dell'esperienza giapponese, che si fonda proprio su una stretta integrazione tra formazione universitaria e grande impresa. I servizi di *placement* delle Università giapponesi consentono infatti alle grandi imprese di valutare e assumere, ancora prima del termine del corso di studi, gli studenti che di lì a poco otterranno la laurea, inserendoli immediatamente in azienda con una prospettiva di impiego a vita. Cfr. Tiraboschi, *Alcune osservazioni a proposito del «Japanese Employment System»: regole giuridiche, prassi e valori*, in Spagnuolo Vigorita (a cura di), *Qualità totale e diritto del lavoro*, in *QDRI*, Giuffrè, Milano, 1997, 398; Suwa, *Innovazione tecnologica, diritto del lavoro e garanzie sociali: dal «lavoro» alla «carriera» come forma di proprietà*, Biagi, Suwa (a cura di), *Il diritto dei disoccupati, Studi in onore di Yamaguchi*, Giuffrè, Milano, 1996, 409.

coerenza dei corsi di studio con le esigenze di nuove professionalità emergenti dal tessuto economico-produttivo e sociale del paese ».

Attuata la riforma occorre ora passare progressivamente dalla fase progettuale a quella operativa e applicativa, in modo da scongiurare il pericolo che gli ambiziosi obiettivi tracciati dal legislatore rimangano, come spesso accade nel nostro Paese, privi di una attuazione pratica. Di particolare rilievo in questa prospettiva, e per quanto ancora oggi largamente sottovalutate, sono le linee di intervento sul mercato del lavoro tracciate in ambito comunitario¹⁹. Uno dei quattro pilastri della c.d. Strategia Europea per l'occupazione (c.d. processo di Lussemburgo) consiste infatti nella definizione, a livello nazionale e locale, di politiche per la piena occupabilità, e precisamente di politiche volte ad assicurare ai giovani e ai disoccupati gli strumenti per essere in grado di fronteggiare le nuove opportunità occupazionali e i cambiamenti repentini del mercato del lavoro.

Un elemento essenziale di questo pilastro è la consapevolezza della necessità di interventi immediati per contrastare la disoccupazione di lungo periodo²⁰.

Il già ricordato passaggio da un sistema di produzione di tipo industrialista a uno basato sulla conoscenza rende evidente il ruolo strategico delle università, sia dal punto di vista del raccordo con l'innovazione dei processi produttivi e la ricerca scientifica sia nella prospettiva del sostegno alle politiche attive del lavoro e di apprendimento lungo tutto l'arco della vita, rispetto all'obiettivo del miglioramento *qualitativo* dei livelli di occupabilità. E questo, a maggior ragione, in un contesto economico come quello in cui opera l'Università di Modena e Reggio Emilia, che certo non può dirsi caratterizzato dalle tensioni occupazionali presenti in altri territori del Paese, ma che tuttavia, in ragione della prevalenza di imprese di piccole e medie dimensioni, necessita di un costante supporto del sistema universitario, sia sul versante della preparazione delle figure professionali per i mercati del XXI secolo (i c.d. lavoratori della conoscenza) sia nell'ottica dell'investimento in formazione, ricerca e innovazione, al fine di garantire gli opportuni adattamenti alle mutevoli richieste del mercato in un contesto di forte competizione internazionale (sui rapporti tra istruzione universitaria e sbocchi professionali nell'ambito del contesto socio-economico emiliano-romagnolo²¹).

Si tratta dunque di incentivare l'innovazione didattica per il rafforzamento degli aspetti professionalizzanti dei percorsi universitari post laurea, in modo da collegare più strettamente l'offerta formativa universitaria ai fabbisogni professionali nei contesti socio-economici locali.

In questa prospettiva, l'esperienza maturata negli anni 1995-2000 dal progetto

¹⁹ Cfr. Biagi, *Formazione e qualità: note per una strategia comunitaria dell'occupazione*, in *DRI*, 1996, n. 2, 75 ss.

²⁰ Cfr. Biagi, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001.

²¹ Cfr. Cammelli, di Francia, Guerriero, *Le tendenze nell'istruzione universitaria*, in Regione Emilia-Romagna, *Istruzione formazione lavoro in Emilia Romagna*, Rapporto 2000, Bologna, 2000, 49 ss; Id., *La valutazione degli sbocchi occupazionali dei laureati*, in Regione Emilia-Romagna, *Istruzione formazione lavoro in Emilia Romagna*, cit., 135 ss.

CAMPUS — elaborato dalla CRUI²² e indirizzato ai diplomi universitari — può dirsi, certamente, una di quelle buone pratiche per la modernizzazione della offerta formativa da parte delle università in funzione delle evoluzioni del mercato del lavoro locale e a sostegno della competitività delle imprese.

Si tratta di una *best practice* che proprio in questi giorni viene rilanciata, e ampliata, attraverso il progetto Campus One, il cui obiettivo prioritario è quello di sostenere le università nel processo di attuazione della riforma didattica e, in particolare, incentivare la sperimentazione di azioni di sistema (nazionale e di ateneo) e di attività formative innovative nei corsi di laurea triennale, con una forte attenzione alla professionalizzazione e che siano in stretto raccordo con il mercato del lavoro.

A tale fine il nuovo progetto Campus One, che interesserà gli anni accademici 2001/2002 — 2003/2004, si ripropone di sostenere gli atenei italiani, e in particolare quelli del Mezzogiorno, nell'adeguamento dell'offerta didattica universitaria alla riforma della autonomia didattica, mediante la progettazione e sperimentazione di nuovi curricula, o la riprogettazione di quelli esistenti, prestando particolare attenzione alla formazione interdisciplinare e alla domanda di competenze, di capacità innovative e di flessibilità proprie della ICT, della nuova economia e dei servizi a rete. Grande rilievo è stato dato, inoltre, al raccordo con il mondo del lavoro in fase di progettazione e di realizzazione dei corsi di laurea triennale, nonché alla diffusione di metodologie e di azioni di orientamento *pre, intra e post* universitario, comprese le attività di tirocinio, di *job placement* e i servizi di tutorato.

3. L'obiettivo della riforma di rendere il percorso di istruzione universitaria qualitativamente più elevato e immediatamente spendibile rispetto al mercato del lavoro trova nella introduzione dei crediti formativi per le attività di tirocinio formativo e di orientamento sul lavoro (c.d. *work experiences*) uno dei profili indubbiamente più qualificanti.

La riforma dell'ordinamento didattico delle università italiane fa perno — come noto — sul sistema dei crediti formativi universitari. Si tratta di un meccanismo utilizzato da tempo nei sistemi di istruzione anglosassoni per designare il valore di una unità formativa, la cui adozione consente peraltro di sottolineare l'unità del sistema formativo nel suo insieme, così da comprendere quindi la formazione universitaria al pari di quella professionale e permanente, ecc.

I crediti formativi non rappresentano un nuovo tipo di valutazione e non sostituiscono il tradizionale accertamento del profitto, ma misurano in maniera inequivocabile l'impegno dedicato alle varie attività di apprendimento svolte dallo studente e le conseguenti competenze acquisite. Proprio perché ogni credito formativo corrisponde a 25 ore di attività di apprendimento da parte

²² CRUI, *Rapporto finale sulle attività di valutazione Campus 1998-1999*, in <http://www.cru.it/pubblicazioni.html>, 2001, Id., *Libro bianco sullo stato delle Università italiane. La carta dei doveri e dei diritti nell'anno del cambiamento*, in <http://www.cru.it/pubblicazioni.html>.

dello studente è possibile valutare con la stessa unità di misura sia l'attività squisitamente didattica sia l'attività pratica, inclusa quella di tirocinio effettuata presso le aziende.

L'acquisizione di crediti formativi (e quindi l'effettuazione di tirocini formativi) garantisce la spendibilità dei titoli a tutti i livelli d'istruzione e professionali in un contesto europeo. Il sistema dei crediti (*European Credit Transfer System*) è infatti idoneo a facilitare lo scambio di esperienze universitarie e professionali tra tutti i Paesi dell'Unione. La quantità di lavoro richiesta ad ogni studente per conseguire il titolo è cioè composta da molteplici attività formative della più varia natura (lezioni, esercitazioni, seminari, tutorato, tirocini, tesi). Spiccano tra queste, come assoluta novità, proprio i tirocini formativi e di orientamento cui tutte le università italiane nei progetti di riforma didattica hanno attribuito un valore notevole.

Il tirocinio dunque, nel quadro della riforma dell'università, assume rilievo duplice. Un rilievo interno perché consente allo studente universitario di acquisire competenze « universitarie »: crediti formativi utili per il raggiungimento di una piena maturità universitaria così da consentirgli di acquisire il titolo di studio. Esso assume anche un rilievo esterno, mettendolo in grado di acquisire competenze e professionalità « aziendali » da spendere poi sul mercato del lavoro.

Tra le forme di « lavoro senza contratto », il tirocinio formativo e di orientamento rappresenta invero una sorta di novità nell'ambito dei canali giuridici di ingresso nel mercato del lavoro, come del resto ampiamente dimostrato dalla sua scarsa utilizzazione — almeno sino a tempi recenti — nella prassi aziendale. In effetti, il tirocinio formativo e di orientamento risulta coerente con la più recente evoluzione in materia di formazione del personale e gestione delle risorse umane in azienda che, anche sulla scorta di importanti sollecitazioni contenute nelle fonti comunitarie, sembra sempre più decisamente orientare le scelte del legislatore nazionale verso percorsi di formazione in alternanza²³. Per espressa previsione legislativa si tratta in ogni caso di una forma di lavoro — a fini formativi e di orientamento — che non configura una ipotesi di lavoro subordinato²⁴. A differenza di altri percorsi di formazione in alternanza, come per esempio il contratto di apprendistato e il contratto di formazione e lavoro, il tirocinio formativo e di orientamento non rientra dunque nel novero dei contratti di lavoro c.d. a « causa mista », rispetto ai quali l'obbligazione lavorativa si accompagna a una obbligazione formativa. Naturalmente, perché la natura non subordinata del rapporto venga confermata occorre che il tirocinio non sia un mero espediente nominalistico finalizzato a dissimulare un vero e proprio rapporto di lavoro. A questo fine, elemento decisivo per la qualificazione concreta del rapporto instaurato tra tirocinante e soggetto ospi-

²³ Cfr. Biagi, Tiraboschi, *Politiche formative e politiche del lavoro nell'esperienza comparata: spunti di riflessione per un dibattito*, Isfol, Roma (e in Collana del Dipartimento di Economia Aziendale dell'Università degli Studi di Modena, n. 59/1999), 1999.

²⁴ Cfr. Tiraboschi, *Problemi e prospettive nella disciplina giuridica dei tirocini formativi e di orientamento*, in *DRI*, 2001, 61 ss.

tante è la corrispondenza tra il progetto di formazione e/o di orientamento convalidato dalla università e l'attività effettivamente espletata dal tirocinante in corso di rapporto.

Il tirocinio formativo e di orientamento viene peraltro formalizzato non già a mezzo di un vero e proprio contratto stipulato direttamente tra tirocinante e soggetto ospitante, ma piuttosto ricorrendo a una convenzione sottoscritta tra l'università, che opera come una sorta di intermediario, e l'azienda/ente pubblico/studio professionale. In ogni caso, il tirocinio è finalizzato a saggiare le qualità personali e le competenze tecnico-professionali del tirocinante, realizzando talora anche una funzione probatoria, senza tuttavia presupporre rappresentare la base per alcuna pretesa e/o aspettativa di assunzione presso l'azienda ospitante. Vero è, peraltro, che talune normative regionali, al fine di incentivare l'inserimento nel mercato del lavoro tramite l'esperienza di tirocinio, concedono un contributo *una-tantum* per ogni tirocinante assunto.

Si tratta dunque di una modalità di ingresso nel mercato del lavoro particolarmente interessante per le imprese. L'utilità di questa forma di « lavoro senza contratto » non è meno rilevante per gli stessi tirocinanti, in quanto finalmente dispongono di un duttile strumento di politica attiva del lavoro che consente di superare una delle principali difficoltà di chi cerca un lavoro: quella di avere nel proprio bagaglio professionale e/o accademico una esperienza di lavoro ²⁵.

L'attuale quadro normativo dei tirocini formativi e di orientamento, come risulta dalle modifiche introdotte dall'articolo 18 della L. n. 196/1997 e dal relativo regolamento di attuazione n. 142/1998, risulta a questo proposito particolarmente duttile e orientato verso l'obiettivo della piena occupabilità:

a) è stato ampliato l'elenco dei soggetti legittimati a promuovere iniziative di tirocinio: tra questi un ruolo di assoluto rilievo assume proprio l'università (che si affianca ad altri soggetti pubblici e privati), che nel quadro della riforma legislativa diventa il soggetto che « coordina » l'attività di tutoraggio (è il soggetto promotore infatti che nomina il tutore in veste di responsabile didattico che rappresenta il punto di riferimento sia per il giovane sia per il soggetto promotore);

b) è stato chiarito che, a garanzia della qualità e serietà del processo formativo e/o di orientamento, i tirocini possono venire attivati esclusivamente mediante la sottoscrizione di una *convenzione*, da parte dell'università e del soggetto ospitante; alla convenzione deve essere allegato un progetto formativo o di orientamento predisposto dall'università, mediante un tutore scientifico, di concerto con il tutor aziendale previsto obbligatoriamente in convenzione;

c) è stata determinata una durata massima del tirocinio: 12 mesi per laureandi o laureati da meno di 18 mesi che possono diventare 24 mesi per soggetti portatori di handicap;

²⁵ Cfr. Tiraboschi, *Problemi e prospettive* cit.; Biagi, Tiraboschi, *Università e mercato del lavoro. L'esperienza dei tirocini formativi e di orientamento nella Facoltà di Economia di Modena e Reggio-Emilia*, in Associazione Mario del Monte - Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, *Rapporto sulla situazione economica e sociale della provincia di Modena 1999*, Modena, 1999, 165 ss.

d) la copertura assicurativa, sia contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), sia per la responsabilità civile verso terzi, è stata riportata a carico dei soggetti promotori, e cioè delle università, liberando le aziende da tale onere che può avere ostacolato in passato il decollo dell'istituto (soprattutto con riferimento a esperienze di tirocinio nella Pubblica Amministrazione);

e) è stata estesa la platea dei soggetti ospitanti: sia enti pubblici sia datori di lavoro privati, indipendentemente dalle loro dimensioni, possono ospitare tirocinanti, tuttavia il numero massimo di tirocinanti ospitabili contemporaneamente dipende dal numero di dipendenti a tempo indeterminato occupati in azienda.

Alla luce del quadro normativo scaturito dalla riforma della università e dalla ridefinizione della disciplina ad esso applicabile, il tirocinio formativo e di orientamento rappresenta, come è facile intuire, una occasione particolarmente preziosa per consolidare definitivamente un collegamento istituzionale e sistematico tra università e mercato del lavoro. Ove sia adeguatamente organizzato e gestito dalle università, in modo da arginare possibili forme abusive e distorsive di utilizzo di questo strumento, il tirocinio formativo o di orientamento può peraltro rappresentare il primo tassello di un più ampio sistema di opportunità utili per concretizzare la tutela del lavoratore, che non consiste più nella difesa ad oltranza del posto di lavoro, bensì nella sua adattabilità, cioè nella capacità di impegnarsi in diverse occasioni professionali nell'ambito di vari cicli del suo itinerario lavorativo²⁶. Un primo passo verso la piena e definitiva valorizzazione del patrimonio professionale del lavoratore della società della conoscenza che, nel garantirne la piena occupabilità, costituirà poi una ineliminabile garanzia per ambire a un lavoro stabile e di qualità²⁷.

4. In attuazione della riforma relativa alla autonomia didattica degli atenei (L. 15 maggio 1999, n. 127 e Decreto del Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica del 3 novembre 1999, n. 509) le Università italiane si sono recentemente collocate nella prospettiva di riconoscere come crediti formativi universitari, secondo criteri predeterminati, « le conoscenze e le abilità professionali certificate ai sensi della normativa vigente in materia, nonché altre conoscenze e abilità formative di livello postsecondario » (cfr. l'art. 5, comma 7, del D. M. n. 509/1999 relativo al riconoscimento dei crediti formativi).

In questa direzione, al fine di agevolare le scelte professionali degli studenti mediante la conoscenza diretta del mondo del lavoro e realizzare momenti di alternanza tra studio e lavoro nell'ambito dei processi formativi richiamati

²⁶ Biagi, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 2001, n. 3, I, 257 ss.

²⁷ Biagi, *Il fattore « Qualità » nelle relazioni industriali comunitarie: considerazioni sul primo Rapporto della Commissione Europea*, in *RIDL*, 2001; sui rapporti tra tirocini formativi e di orientamento e politiche per la occupabilità cfr. anche Isfol, *Valutare gli interventi per l'occupabilità - I tirocini di orientamento*, Monografie sul mercato del lavoro e le politiche per l'impiego, Roma, ottobre 2000.

all'art. 18, comma 1, lettera *a*), della legge 24 giugno 1997, n. 196, alcune università, tra cui l'Ateneo di Modena e Reggio Emilia, hanno iniziato a sperimentare la realizzazione di un numero significativo di tirocini di formazione e orientamento a beneficio di studenti e neo-laureati ai sensi e nei limiti della disciplina vigente. La efficacia delle iniziative sin qui intraprese non pare tuttavia ancora sufficiente al perseguimento degli obiettivi strategici indicati nella riforma. Il passaggio da una fase di mera sperimentazione a iniziative stabili idonee a garantire una reale certificazione delle competenze, secondo criteri predeterminati, ad un numero imponente di studenti è ancora alle prime fasi, e solo alcune università dispongono di strutture e competenze professionali (interne ed esterne) idonee a reggere l'impatto della riforma.

Peraltro, troppo spesso le iniziative sin qui realizzate non si collocano ancora in una prospettiva di chiara integrazione con il tessuto socio-economico locale in cui vengono a collocarsi, vuoi per la mancanza di analisi documentate sullo sviluppo delle professionalità richieste nei vari settori economici, vuoi per l'assenza di una politica di coinvolgimento attivo del mondo delle imprese nella individuazione delle strategie di formazione in alternanza.

Accanto a isolate esperienze, come quella della Università Bocconi²⁸, solo poche università hanno posto le giuste premesse per colmare le lacune sopra evidenziate, identificando stabili strutture di supporto alla identificazione di metodologie e procedure standardizzate per la certificazione delle competenze, secondo le indicazioni provenienti dalla normativa comunitaria, nazionale e regionale di riferimento.

Le esperienze maturate nell'arco degli ultimi anni da alcune Facoltà del nostro Ateneo, tra cui Economia e Ingegneria, consegnano oggi alla Università di Modena e Reggio Emilia un patrimonio di competenze e professionalità che, in prospettiva, potrebbero rappresentare un punto di riferimento per l'intero sistema universitario nazionale. Oggi ogni Facoltà dell'Ateneo di Modena e Reggio Emilia dispone infatti di un servizio di orientamento, gestito da un delegato del Preside e da un numero variabile di tutori organizzativi che opera con modalità e procedure coordinate a livello di ateneo secondo una programmazione definita e programmata con cadenza mensile, sotto la supervisione di un delegato rettorale. Un servizio decentrato, ma capace di condividere scelte e strategie comuni, in modo da evitare una parcellizzazione della domanda e offerta sul territorio secondo linee di intervento predefinite e di lungo-medio periodo.

Si tratta ora di fare un passo ulteriore, in modo da inserire l'esperienza dei tirocini in una più stabile politica universitaria per l'occupabilità, realizzando un raccordo operativo e non informale tra imprese, enti locali e università. Tale politica potrebbe felicemente tradursi nella sperimentazione di un vero e proprio ufficio *placement*, riprendendo l'esempio di quanto avviene nelle più prestigiose università straniere.

È questa una delle poche strade percorribili per mettere definitivamente fuori

²⁸ Cfr. Riolo, *L'esperienza dei tirocini formativi nell'Università Bocconi*, in *DRI*, 2001, 73 ss.

giuoco quella miriade di intermediari che, in assenza di un raccordo operativo tra imprese e Università, si frappongono tra studente/neolaureato e impresa, realizzando forme di intermediazione (raccolta di *curricula*, messa in contatto domanda e offerta ecc.) di dubbia legittimità alla luce della attuale disciplina del collocamento. Cruciale, al riguardo, è la definizione delle forme di raccolta delle risorse finanziarie indispensabili per sostenere progetti di questo tipo. Non si deve dimenticare, infatti, che allo stato la voce dell'orientamento al lavoro non è stabilmente coperta da risorse del budget universitario.

Un progetto tanto ambizioso non può naturalmente essere realizzato con le sole forze e competenze progettuali delle università.

L'impegno dei singoli atenei a realizzare un servizio maggiormente orientato alle esigenze e alle caratteristiche del mercato locale deve essere riconosciuto — e adeguatamente sostenuto — da tutti gli attori presenti sul territorio circostante il raggio di azione delle singole università. Si tratta di un cambiamento radicale nelle politiche per l'occupazione: esso presuppone scelte condivise e formalizzate, possibilmente mediante la sottoscrizione di patti sociali per la piena occupabilità, in grado di catalizzare risorse pubbliche (comunitarie, nazionali e locali) e risorse private oggi disperse in un rivolo di progetti e sperimentazioni prive di una logica unitaria e coerente con gli obiettivi della riforma (29).

5. L'invito a costituire e rafforzare, a livello nazionale e decentrato, le sedi della concertazione tra istituzioni e parti sociali sulle politiche formative e sulla loro integrazione con quelle dell'istruzione e dell'Università è stato espressamente formalizzato nel già ricordato Patto per l'occupazione del 22 dicembre 1998.

A livello nazionale non sono mancate sedi di concertazione volte a valorizzare il rapporto sinergico tra università, enti locali e mondo del lavoro, quale elemento di base per la crescita e la competitività nazionale e il sostegno della occupazione.

Il *Protocollo d'intesa tra CRUI e CONFINDUSTRIA* del 6 giugno 2001, che fa seguito al *Protocollo CRUI-CONFINDUSTRIA* del luglio 1993, delinea alcune importanti linee di intervento volte a « investire nella formazione, nella ricerca e nella riforma universitaria in una prospettiva più moderna, adeguata alla rapidità dell'evoluzione del sistema economico/produttivo e alle sfide poste dalla società della conoscenza », stimolando al contempo forme di *benchmarking* delle migliori pratiche diffuse nei diversi atenei. Viene sottolineata, in particolare, l'importanza di istituire luoghi istituzionali di confronto e di collaborazione su percorsi formativi, didattici e di ricerca tra sistema universitario e imprese « sia a livello territoriale che nazionale, per favorire una collaborazione strategica tra università e imprese con progetti a medio e lungo

²⁹ Per interessanti spunti in questa direzione cfr., recentemente, Leonzio, *Patto per lo studio: enti locali, imprese, Università e scuola*, in *Conquiste del Lavoro*, 2 agosto 2001, 2.

termine, coordinando le attività in modo da evitare la parcellizzazione degli interventi » (art. 1, comma 2, dell'accordo).

Di pari rilievo è anche il *Protocollo d'intesa tra CRUI e CNEL* del 21 giugno 2001, ove si sollecita « una concertazione permanente nel settore della formazione delle alte professionalità », finalizzata a « individuare le effettive necessità del contesto economico-produttivo e la valenza delle nuove figure professionali in relazione agli sbocchi lavorativi ». In questa prospettiva le parti sociali, le forze imprenditoriali e le università sono opportunamente chiamate a delineare obiettivi condivisi di formazione, innovazione, ricerca di base e, conseguentemente, di sviluppo, « anche nella prospettiva di un maggior coinvolgimento delle università nei processi di sviluppo locale per il potenziamento delle scelte strategiche del settore formativo e di ricerca funzionali alle vocazioni produttive dei territori e dei contesti in cui si inseriscono ».

Più recentemente, anche il *Libro Bianco del Governo sul mercato del lavoro in Italia — Le proposte del Governo italiano per una società attiva e per un lavoro di qualità*, dell'ottobre 2001, ha auspicato che « le università italiane compiano uno sforzo per assicurare a tutti gli studenti una occasione di occupabilità, realizzando una insostituibile funzione di facilitare la transizione dalla scuola al lavoro ». In questa prospettiva, il Governo ha peraltro richiamato anche « l'attenzione delle regioni, degli enti locali e delle parti sociali affinché su scala territoriale si sviluppi una intensa collaborazione con gli atenei per agevolare la nuova funzione di orientamento al lavoro ».

Si tratta ora di portare a compimento le premesse contenute in questi importanti accordi nazionali, avviando una nuova stagione di intese locali che garantiscano — in una prospettiva di coordinamento e governo integrato della istruzione, della formazione professionale e della transizione al lavoro ³⁰ — un maggior coinvolgimento dei sistemi di formazione universitaria nei processi di sviluppo locale, valorizzando adeguatamente le potenzialità formative e occupazionali in aderenza alle vocazioni produttive dei territori in cui operano. La definizione di accordi per la istituzione e gestione di servizi di *placement* potrebbe rappresentare, da questo punto di vista, il primo passo verso una piena e coerente attuazione della riforma della università nella prospettiva della piena occupabilità.

³⁰ In ambito regionale cfr., in proposito, il recente *Accordo tra la Regione Emilia-Romagna e l'Ufficio scolastico regionale dell'Emilia-Romagna, le Province ed i Comuni dell'Emilia-Romagna per il coordinamento ed il governo dell'istruzione, della formazione professionale e della transizione al lavoro in Emilia-Romagna*, Bologna, 8 maggio 2001.

INTERVENTI A CONFRONTO

*Quale futuro per il diritto del lavoro italiano? **

In ricordo di Marco Biagi

Tiziano Treu

Grazie e buongiorno a tutti. In queste settimane purtroppo le occasioni in cui ci siamo riuniti sono state accompagnate dal ricordo di Marco Biagi. Anch'io vorrei qui, con voi, ricordarlo. Mi pare un'occasione molto significativa dato che parliamo di un tema a cui lui si era molto applicato.

Io ho un ricordo molto vivo di Marco Biagi come persona; e il ricordo della sua persona si unisce a quello dello studioso, impegnato nell'azione civile e politica. Mi ha sempre colpito in Marco la combinazione tra determinazione e gentilezza, fra pragmatismo e sensibilità. Non era un giurista tradizionale come se ne producono ancora troppi.

Era poco incline ai riti formali ed era infastidito dagli sfoggi eruditi che ancora sono così apprezzati tra di noi. Era convinto che la nostra epoca fornisse una varietà tale di stimoli a tutti i ricercatori sociali ed anche ai giuristi che gli sembrava colpevole attardarsi nei riti formali.

Per questo atteggiamento era rimproverato dai giuristi puri. Le critiche non sono mancate, non solo su questo piano, a Biagi, e si sono moltiplicate via via che la sua attività si faceva più intensa e visibile anche sul piano della politica del diritto. Marco aveva acquisito solide basi di cultura giuridica nell'ambito della scuola bolognese di Federico Mancini.

Il suo percorso di ricerca si era però presto diversificato assumendo tratti personali molto netti.

Anche se le prime opere, come per tutti i giuristi « di scuola », riguardano temi di stretto diritto nazionale, aveva subito privilegiato temi di confine molto esposti alla innovazione sociale ed economica. Questa propensione si sviluppò nel tempo portando Marco ad impegnarsi soprattutto su ricerche a forte contenuto comparatistico ed interdisciplinare.

Questi due versanti sono stati coltivati con un'intensità che ha pochi riscontri nella nostra cultura giuridica, come in quella di altri paesi, gli ha fornito un patrimonio di conoscenze che riteneva giustamente essenziali per dare qualità e novità alle ricerche, e per affrontare il terreno della progettualità sociale.

* I contributi di Tiziano Treu, Mario Napoli, Luciano Spagnuolo Vigorita, Stefano Liebman, Pietro Ichino, Franco Carinci riproducono la trascrizione degli interventi degli autori nella giornata di studio su: *Quale futuro per il diritto del lavoro italiano?* Dal Libro Bianco al disegno di legge delega sul mercato del lavoro svoltosi all'università statale di Milano il 12 aprile 2002.

* Tiziano Treu è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università Cattolica di Milano.

Questo delle ricerche finalizzate alle riforme sociali è il terreno che gli stava più a cuore. Il suo motivo ricorrente era diventato, soprattutto negli ultimi tempi, “progettare per modernizzare”.

Dicevo dei due versanti privilegiati del suo impegno, il diritto comparato comunitario e la prospettiva interdisciplinare soprattutto sul versante delle relazioni industriali. Questi versanti erano ritenuti essenziali per alimentare l'innovazione del diritto del lavoro e più in generale nella regolazione del diritto, perché permettevano a lui, e dovrebbero permettere a noi, di superare le strettoie delle normative specifiche di settore, spesso troppo rigide, di cogliere le strutture dei sistemi. Solo così si possono vedere meglio i problemi, soprattutto se sono problemi nuovi ed allargare le possibilità di soluzione.

Questo esercizio era congeniale a Marco perché gli permetteva di esprimere la sua sensibilità nel cogliere i tratti essenziali delle questioni, i nessi tra segmenti e temi diversi del diritto del lavoro. Gli aveva dato quella grande capacità di semplificazione a cui tutti dovremmo tendere.

Per Marco gli impegni di ricerca erano di grande importanza personale ma anche di gruppo; credeva nelle ricerche di gruppo dando prova di un orientamento che dovrebbe essere comune a giuristi ed a ricercatori sociali e che invece è ancora così raro in Italia.

Anche per questo era apprezzato dai colleghi di altri paesi, forse più che dagli italiani.

Era riuscito, pur con gli scarsi mezzi di cui notoriamente dispongono le nostre università, a costruire nella sua università di Modena un centro di ricerca, un vero laboratorio, che ha mobilitato le energie e l'entusiasmo di giovani e ricercatori ed è diventato un luogo riconosciuto internazionalmente di ricerca, di alta formazione e di intensa attività convegnistica. Le doti di Marco sono state unanimemente apprezzate nel contesto internazionale, dove il riconoscimento dei pari e delle istituzioni è spesso più arduo, ma anche più significativo, di quanto non si verifichi sulle scene nazionali, più direttamente perturbate da interessi settoriali o comunque non scientifici.

L'importanza di guardare fuori dell'orto nazionale si è accresciuta per Marco Biagi con l'aumentata importanza dell'ordinamento europeo. Una fonte che per lui, e anche per noi, alimenta la capacità analitica e di progettazione con le indicazioni di un ordinamento vero e nuovo, non di una mera collezione di sistemi tradizionali e diversi.

L'importanza di questo uso comparato di diritto comunitario, Marco l'aveva avvertita per sensibilità personale, poi gli era diventata ancora più netta dopo il 1995, quando ha cominciato a frequentare non solo i congressi internazionali delle nostre associazioni di diritto del lavoro e di relazioni industriali, ma anche i luoghi istituzionali della Comunità Europea: la commissione, il Consiglio dei Ministri, il comitato europeo per l'occupazione di cui sarebbe dovuto diventare presidente. L'ordinamento europeo costituisce un orizzonte istituzionale, ma anche politico e culturale, di eccezionale novità sia per le procedure di formazione sia per i contenuti. Era appunto per questo che Marco vi si dedicava così intensamente.

« Cambiare le relazioni industriali: considerazioni sul rapporto del Gruppo di Alto Livello sulle relazioni industriali e il cambiamento nella UE »¹ è il titolo del suo ultimo scritto presentato una settimana prima della morte. Lo studio e la frequentazione delle norme europee in materia di lavoro lo aveva persuaso che esse costituiscono una leva essenziale per la modernizzazione del nostro diritto di lavoro, una leva in parte utilizzata in Italia, ma da valorizzare ulteriormente. Marco apprezzava, come scrive in appendice al libro *Politiche del lavoro*, la lungimiranza con cui le istituzioni comunitarie hanno saputo adottare una strategia di modernizzazione complessiva dei mercati del lavoro, senza per questo sacrificare le caratteristiche solidaristiche del modello sociale europeo.

Era fiducioso che l'orizzonte europeo, se letto attentamente e con fedeltà, possa aiutarci nell'opera di modernizzazione del mercato del lavoro cercando di contemperare i valori dell'efficienza e dell'equità. A questi valori Marco era molto sensibile e lo cercava di dimostrare nei fatti con determinazione, senza ostentazione. Come tutte le persone sincere non aveva bisogno di ostentare la propria fede nei valori. L'Italia, scrive Marco, aveva reagito, ma non a sufficienza, alle « sollecitazioni europee soprattutto a causa della tradizionale impostazione del nostro diritto del lavoro che privilegia la tutela del lavoratore nel rapporto più che nel mercato, tutelando chi ha già un lavoro rispetto a chi non lo ha o lo ha perso ». Marco era fiducioso di correggere questa impostazione, perché così gli suggeriva la sua esperienza, sostenuta da un forte ottimismo razionale; e perché riteneva, contrariamente ad opinioni molto diffuse, che « non sono certo le idee e la progettualità a mancare per una riforma complessiva del diritto del lavoro italiano. Ciò che non è ancora avvenuto nel nostro paese è il superamento di veti o di pregiudiziali ideologici che rallentano inutilmente rispetto al processo di evoluzione in atto le riforme necessarie ad evitare fenomeni di destrutturazione e di deregolamentazione strisciante del mercato del lavoro ».

Solo le riforme sono un antidoto a questi rischi di destrutturazione.

Di veti e di pregiudiziali ideologiche tutti abbiamo esperienza più o meno diretta. Marco doveva soffrire personalmente di riserve e accuse ingiuste ed espresse nei suoi confronti, soprattutto negli ultimi tempi. Questo non diminuiva la sua incrollabile fiducia nella possibilità di procedere con proposte avanzate in uno spirito by-partisan. Questa fiducia è esplicitata molto chiaramente nello scritto già ricordato nel volume *Politiche del lavoro*.

Il suo contributo al *Libro Bianco* presentato dall'attuale Ministro del Lavoro era fondato sulla stessa fiducia. Di questo discutevamo spesso con Marco. Molti amici, e io fra questi, gli davamo atto dell'onestà intellettuale con cui continuava a lavorare e della continuità del suo impegno: una continuità, che riconosco rispetto ad elaborazioni svolte insieme negli anni passati, anche se, non ho condiviso tutti i risultati a cui arrivava. Lo rassicuravo, io personalmente, che le persone obiettive riconoscevano la sua posizione, la sua onestà

¹ Il testo dell'articolo è pubblicato su *RIDL*, 2002, 2, 147-168.

ma dovevo contemporaneamente consolarlo della sofferenza che gli procuravano le critiche faziose.

Nello stesso tempo però gli sottolineavo che nel diverso contesto politico attuale, la possibilità di ottenere i risultati by-partisan che egli perseguiva, era destinata a crescere; soprattutto perché era caduta la fiducia nella concertazione. Quella fiducia che invece Biagi continuava a ribadire.

Noi dobbiamo riconoscere, anche qui insieme, l'importanza della ricerca del consenso nella soluzione dei problemi del lavoro. Questi problemi sono spesso fonte di tensioni, anche gravi.

La dialettica ed il conflitto sono fisiologici in un sistema democratico. La follia è che diventino motivo di terrorismo e di omicidio. Se vogliamo ricordare Marco, come facciamo oggi, e rendergli giustizia, dobbiamo evitare strumentalizzazioni e continuare la ricerca del consenso per le riforme con la forza della ragione e con la passione che Marco aveva.

Disegno di legge delega e modifiche al Titolo V della Costituzione

Mario Napoli

Sommario: **1.** Il nuovo assetto federale nel Libro Bianco. — **2.** Sviluppo di una tesi opposta a quella delineata nel *Libro Bianco*. — **3.** *Segue:* alcune argomentazioni a sostegno della tesi esposta.

1. Ringrazio il professore Spagnuolo Vigorita e la professoressa Carinci per l'invito a tenere una relazione in questo convegno, cosa che mi onora. Parlare nell'Università Statale è sempre emozionante e piacevole. In quest'Università ho avuto l'onore di parlare un'altra volta all'inizio degli anni Novanta in materia di parasubordinazione¹, che allora cominciava a diffondersi fino all'esplosione dieci anni dopo.

Aderisco pienamente al ricordo di Marco Biagi espresso da Tiziano Treu. Voglio aggiungere che Biagi è venuto l'ultima volta a Milano il 1 febbraio scorso nell'Università Cattolica per l'assemblea annuale dell' AISRI (Associazione italiana di studi sulle relazioni industriali)². Proprio quel giorno Biagi lasciava la presidenza di questa associazione, che aveva guidato in modo eccellente. Ricordo anche che il convegno odierno si svolge dopo il convegno dell' AIDLASS (Associazione italiana di diritto del lavoro e sicurezza sociale) del 18 gennaio nell'Università di Firenze dove Marco Biagi ha tenuto la relazione di apertura. Io ho avuto l'onore di essere anche lì relatore sulla tematica che ci vede oggi impegnati, cioè il *Libro Bianco*³.

Il tema che mi è stato affidato è un tema centrale nell'attuale riflessione del Diritto del lavoro, anche se non occupa uno spazio rilevante nel *Libro Bianco*, oggetto principale della nostra riflessione. Il *Libro Bianco*, nel definire gli strumenti di una società attiva⁴, dopo aver posto l'obiettivo senz'altro condi-

* Mario Napoli è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università Cattolica di Milano.

¹ Cfr. Alar, *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1993.

² AISRI, *Regolazione e reregolazione del mercato del lavoro: il ruolo delle parti sociali*, Milano, Università Cattolica, 1 febbraio 2002.

³ Alcuni materiali di quel convegno sono riportati in F. Carinci e Miscione (a cura di), *Il Diritto del lavoro dal « Libro Bianco » al disegno di legge delega*, Ipsoa, Milano, 2002, dove v. il mio *Le proposte di modifica dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, 100. Sul *Libro Bianco* v., in generale, gli atti del seminario *Il « Libro Bianco » del Ministero del lavoro*, in *RGL*, 2002, n. 1, 141.

⁴ Sulle politiche del lavoro precedenti all'elaborazione del *Libro Bianco* v. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2002, dove v. anche l'appendice documentaria a cura di Biagi preceduta dallo scritto *Progettare per modernizzare*, 269.

visibile dell'aumento del tasso di occupazione come elemento centrale di convergenza delle politiche del lavoro e dell'occupazione, dedica un paragrafo alla tematica oggetto della mia trattazione: « Peraltro, il nuovo assetto federale, che interessa anche la regolazione del mercato e dei rapporti di lavoro, può valorizzare questo metodo di intervento. La potestà legislativa concorrente delle Regioni riguarda non soltanto il mercato del lavoro bensì anche la regolazione dei rapporti di lavoro. Il legislatore nazionale, nel dialogo con Regioni e parti sociali, dovrà intervenire con una normativa-cornice, ma poi spetterà alle singole realtà territoriali costruire un impianto regolatorio che valorizzi la diversità dei mercati del lavoro locali e superi l'attuale stratificazione dell'ordinamento giuridico »⁵.

In questo testo è contenuta una precisa opzione interpretativa, ma non mi scandalizza il fatto che essa sia stata inserita nel documento del Governo. È chiaro che essa ha un valore soltanto politico, poiché non spetta ad un *Libro Bianco* e nemmeno allo stesso Governo decidere quali siano le conseguenze derivanti dalla modifica costituzionale. Una precisa opzione interpretativa è, comunque, prospettata dal Governo, quale che sia l'autorevolezza del *Libro Bianco*. Sulla riforma costituzionale del titolo V è già in corso un forte dibattito tra i Costituzionalisti⁶, a cui stanno già partecipando i giuristi del lavoro⁷. E', tuttavia, troppo presto per cominciare a trarre un bilancio del dibattito poiché siamo ancora nella fase acuta delle prime reazioni.

2. Le ipotesi interpretative, specialmente dei testi costituzionali, acquistano significato soltanto se sono avallate da prassi che le fanno proprie e le prassi tardano a venire. In materia le prassi non sono soltanto quelle del Governo e del Parlamento, ma soprattutto quelle delle Regioni. Perciò mi pare utile, più che tratteggiare un bilancio interpretativo, esporre uno sviluppo argomentativo di una tesi opposta a quella contenuta nel *Libro Bianco*, da me prospettata prima dell'entrata in vigore della riforma nel convegno dell'AIDLASS a Baia delle Zagare, nel mese di maggio dello scorso anno, prima della celebrazione del referendum⁸. Preferisco confrontarmi con l'opzione interpretativa del *Libro Bianco*, proponendo la mia interpretazione della modifica costituzionale in materia di lavoro. Ho sempre sostenuto che il giurista deve sempre assumersi la responsabilità delle interpretazioni sostenute. Oggi è di moda l'interpretazione problematica, aperta a più soluzioni. Credo, invece, non solo sia possibile,

⁵ Per un commento all'opzione interpretativa del *Libro Bianco* v. F. Carinci, *Osservazioni sulla riforma del titolo V della Costituzione*, in *Il Diritto del lavoro...*, cit., 7.

⁶ V. AA.VV., *Le modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *FI*, 2001, parte V, 185 ss.

⁷ V. il fascicolo di *LD*, 2001, n. 3, dedicato a *Federalismo e diritti del lavoro*. V., altresì, Pallini, *Le modifiche del titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, *RGL*, 2002 I, 21. V. altresì *Il nuovo titolo V della Costituzione. Stato/Regioni e Diritto del lavoro, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, supplemento al fascicolo 1.

⁸ V. Napoli, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in *AIDLASS, Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002, 483.

ma doveroso optare per una determinata interpretazione, ben sapendo che essa può essere smentita dalla prassi, cioè dalla prevalenza di altre opzioni interpretative. La fatica dell'interpretare non deve essere evitata per timore di sbagliare o per timore di sostenere una tesi che non è di moda. Io cercherò di esporre un'opzione interpretativa opposta a quella sostenuta dal Governo, anche se essa rimane l'interpretazione di uno studioso, di un professore. Questo è un momento in cui il nostro ruolo deve essere ridimensionato. Negli ultimi tempi si è esagerato sia sulla centralità del Diritto del lavoro, sia, più in generale, sul ruolo delle regole nei sistemi economici. Le regole sono importanti, ma guai a ridurre tutto a regole.

L'individuazione delle competenze delle Regioni in materia di lavoro, nel quadro della riforma federale — io preferisco sempre parlare di neoregionalismo⁹ — della Carta costituzionale può avvenire soltanto dopo che sia stata effettuata una ricognizione rigorosa delle competenze esclusive dello Stato. La novità assoluta della riforma, rispetto al testo precedente, è che vengono espressamente elencate le competenze esclusive dello Stato, mentre prima venivano elencate le competenze delle Regioni al fine di individuare l'ambito della legislazione concorrente. La riforma costituzionale adotta una tecnica tipica della legislazione costituzionale concernente le Regioni a statuto speciale, là dove venivano fissate prima le materie di esclusiva competenza delle Regioni e soltanto dopo quelle a competenza ripartita. Oggi le competenze esclusive dello Stato costituiscono la cornice fondamentale su cui poggia l'edificio del nuovo articolo 117 e il presupposto per potere individuare le competenze delle Regioni. Non è possibile delineare l'assetto del rapporto tra Regioni e Stato senza aver definito precedentemente le competenze che rimangono in capo allo Stato. È vero che la riforma mette sullo stesso piano la legislazione statale e quella regionale, ma ciò avviene dopo aver sancito quali materie siano riservate allo Stato e quali alla legislazione concorrente. Ora nell'elencazione delle materie di esclusiva competenza statale v'è tra l'altro la previsione della lettera l) « la giurisdizione e le norme processuali, l'ordinamento civile e penale, la giustizia amministrativa »¹⁰. Dunque il cuore dello Stato, su cui è posta l'essenza della sovranità, rimane intatto nella visione della riforma istituzionale. Potrà piacere o non piacere a seconda dei vari punti di vista sul significato del federalismo. Mi soffermo in particolare sul significato dell'espressione « ordinamento civile », che non a caso è messo accanto alla giurisdizione, alle norme processuali, all'ordinamento penale, alla giustizia amministrativa. Cosa s'intende per ordinamento civile? Sono possibili due interpretazioni: una ristretta ed una in senso più lato. In un'accezione ristretta, l'ordinamento civile potrebbe essere considerato come tutto ciò che attiene allo status di cittadinanza, ai diritti civili, al diritto della persone e delle famiglie e

⁹ In tal senso Napoli, *Nuovo regionalismo e Diritto del lavoro*, in Napoli, *Lavoro, Diritto, Mutamento sociale (1997-2001)*, Giappichelli, Torino, 2002, 134.

¹⁰ Per un'efficace riflessione sui rapporti tra autonomia privata e Costituzione v. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione, Banca Borsa e Titoli di credito*, 1997, 1.

al diritto di proprietà. In senso lato, invece, l'ordinamento civile è il complesso delle norme sostanziali applicate nella giurisdizione civile e cioè il complesso delle norme concernenti i rapporti tra i privati. L'espressione ordinamento civile è equivalente dell'espressione « diritto civile », purché non venga inteso in senso stretto, ma sia comprensiva anche dei cosiddetti diritti secondi (diritto commerciale, diritto agrario, diritto del lavoro ecc.)¹¹. Se l'espressione ordinamento civile significa che allo Stato è domandata la legislazione concernente i rapporti tra cittadini, dobbiamo inserire necessariamente in essa la materia dei rapporti di lavoro.

Il diritto del lavoro è stato sempre considerato un sottosistema del diritto civile. Ciò è particolarmente accentuato nella tradizione italiana. Solo nella fase della maturità, il diritto del lavoro ha superato la distinzione classica tra diritto privato e diritto pubblico, per abbracciare diversi profili di regolazione. Ma sin dalla nascita il diritto del lavoro è stato sempre vissuto come capitolo del diritto civile¹². Il peso della tradizione può impedire di dare all'espressione ordinamento civile il significato ristretto, con l'esclusione dei diritti secondi. In mancanza di indicazione all'interno del testo costituzionale, l'interprete deve dare all'espressione ordinamento civile la più ampia latitudine, comprensiva di quella parte del diritto del lavoro attinente alla regolazione giuridica dei rapporti di lavoro, in quanto rapporti interprivati.

3. Come per tutte le interpretazioni, basarsi solo sulla lettera del testo è insufficiente. Occorre, pertanto, aggiungere altre argomentazioni.

La principale è riposta nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Essa è molto chiara e rigorosa nel ritenere quelle regionali come competenze di legislazione amministrativa, cioè regolativa dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini, non dei rapporti tra cittadini.

Questa giurisprudenza, fuori discussione per le Regioni a statuto ordinario, è particolarmente severa anche in riferimento alle Regioni a statuto speciale. Ad esempio in materia di lavoro le Province autonome di Trento e Bolzano hanno sempre avuto la competenza esclusiva in materia di apprendistato. L'apprendistato per definizione è un rapporto di lavoro¹³ e, pertanto, presenta necessariamente due profili: un profilo del rapporto tra privati, un profilo dei rapporti tra l'ente pubblico e i cittadini. Orbene la Corte costituzionale, in una celebre sentenza degli anni Novanta, ha ribadito l'orientamento generale della Corte¹⁴, riconoscendo alle Province autonome soltanto la competenza a legi-

¹¹ Per la creazione della categoria concettuale « diritti secondi », v. Castronovo, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro tra diritto privato generale e diritti secondi*, in Idem, *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Giuffrè, Milano, 1991, 253.

¹² Per l'assetto del *Diritto del lavoro delle origini* v. (a cura di) Napoli, *La nascita del diritto del lavoro. Il contratto di lavoro di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze, Vita e pensiero*, Milano, 2002.

¹³ Su cui v. ora Varesi, *I contratti di lavoro con finalità formativa*, Angeli, Milano, 2002.

¹⁴ Corte Costituzionale 23 giugno 1988, n. 691, in *LR*, giugno 1989, 3, 902 dove v. il mio studio, *La regolamentazione dell'apprendistato fra Stato, Regioni e autonomia collettiva*, ora in Napoli,

ferare sui profili di carattere pubblicistico, amministrativo. Ora se ciò avveniva in un contesto in cui la formulazione dei testi costituzionali non era esplicita nel senso deciso dalla Corte, tale interpretazione deve rimanere salda in presenza della riserva a favore dello Stato della competenza in materia di ordinamento civile. La riforma davanti alla quale ci troviamo è sì una riforma molto spinta per la tecnica normativa adoperata: si individuano le competenze dello Stato, si fissano i casi di legislazione concorrente e soltanto alla fine si stabilisce che spetta alle Regioni la potestà legislativa su ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello stato. Questa previsione collegata con la lettera l) della prima parte dell'articolo 117 sta a significare che la riforma ha mantenuto il carattere di ordinamento amministrativo alla legislazione regionale, considerata espressiva di tutti gli interessi emergenti sul territorio regionale: la tutela degli interessi pubblici spetta ora alla Regione e non più allo Stato. Ma allo Stato rimane l'ordinamento privato, oggetto della giurisdizione civile. Nel testo attuale, perciò, non c'è quel salto ulteriore verso la legislazione sui rapporti interprivati, nonostante si capovolga l'ottica della competenze. Ma non si supera questa soglia proprio per la presenza della lettera l).

Un'altra argomentazione che sorregge la linea interpretativa è data dalla circostanza che la riforma costituzionale viene dopo la legislazione Bassanini dei governi di centro-sinistra¹⁵.

La legislazione Bassanini intendeva realizzare il massimo di decentramento amministrativo ed il massimo di valorizzazione delle prerogative delle Regioni a Costituzione invariata. In un certo qual modo ha predisposto la legislazione in base a una costituzione materiale provvisoria, in attesa della riforma costituzionale ritenuta necessaria ed idonea ad imprimere alla stessa una validazione formale ex post. Si è verificata una situazione simile all'assetto costituzionale provvisorio dello Stato dopo la caduta del fascismo, assetto legittimato dall'avvento successivo della Costituzione del 1948. In materia di lavoro la legislazione Bassanini ha portato a compimento l'istanza fortemente sostenuta dalle Regioni e valorizzata dalla dottrina giuridica formatasi in materia di ruolo delle Regioni, mercato del lavoro e servizi per l'impiego. Il decreto legislativo n. 469¹⁶, come gli altri decreti legislativi Bassanini, usa il termine nuovo di conferimento delle funzioni. Il conferimento è una parola che esprime la sintesi tra due fenomeni, in passato differenziati: il trasferimento delle funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni nelle materie di spettanza regionale, ad esempio in materia di formazione professionale; e la delega alle Regioni di

Lavoro, Diritto, mutamento sociale cit., 138, dove vedi indicazioni di dottrina in materia di limitazioni della legislazione regionale concernente i rapporti interprivati.

¹⁵ L. 15 marzo 1997, n. 59; L. 15 maggio 1997, n. 127; D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 112, su cui v. il fascicolo monografico de *LR*, 1998, a cura di Falcon.

¹⁶ Sulle tendenze legislative e le esperienze regionali vedi la parte I del mio lavoro, *Diritto, mutamento sociale, cit.*, dedicata a *Mercato e rapporti di lavoro tra centro e autonomie*. Sulle prospettive aperte dal D. Lgs. 23 dicembre 1997, n. 469 v. *I servizi per l'impiego tra pubblico e privati*, in *QDLRI*, 1999, 22.

funzioni a titolarità statale, che lo Stato ritiene opportuno affidare alle Regioni. La parola conferimento sta a significare la volontà di creare le premesse di fatto per una modifica costituzionale con la devoluzione stabile e definitiva della materia oggetto del provvedimento, in sé non rientrante tra le materie regionali, ma ad esse pur sempre connessa. La delega è sempre qualcosa di non permanente e di revocabile. Il conferimento significa devoluzione stabile alle Regioni della materia. Ciò è un precedente fondamentale per l'interpretazione del testo costituzionale, anche se la riforma sicuramente va più in là della legislazione Bassanini, poiché autorizza l'intervento regionale su tutto ciò che non appartiene alla sfera esclusiva o concorrente dello Stato.

È possibile ora dare un'interpretazione plausibile dell'espressione « tutela e sicurezza del lavoro ». Ora circolano interpretazioni formulate prima dell'approvazione definitiva del testo e della prova referendaria, formulate soprattutto per ostacolare il disegno riformatore¹⁷. Quando si interpreta un testo occorre sempre rappresentarsi la possibilità che altri si appropri delle argomentazioni utilizzate per finalità diverse.

Sulla base delle argomentazioni precedenti, l'espressione « tutela e sicurezza del lavoro », anche se non trova sostegno nella tradizione dell'assetto scientifico del Diritto del lavoro, sta a significare che è demandata alla Regioni la legislazione che ha ad oggetto la protezione dei lavoratori sul mercato del lavoro mediante la predisposizione dei servizi per l'impiego e l'adozione di politiche attive del lavoro. Era questa la vocazione da sempre coltivata dalle Regioni, realizzata prima dalla legislazione Bassanini, sancita dopo dalla riforma costituzionale. Se è così, la riforma costituzionale realizza uno scambio fondamentale. Il Diritto del lavoro già da tempo non era più soltanto diritto dei rapporti individuali e collettivi del lavoro, era anche diritto del mercato del lavoro e di promozione dell'occupazione¹⁸. Ma ciò non è stato sempre percepito dalla dottrina giuridica. Essa solo ora scopre la dimensione regionale del Diritto del lavoro, poiché in passato solo in pochi ci eravamo occupati di essa¹⁹. Chi ha seguito le vicende evolutive del mercato del lavoro non si scandalizza per l'espressione costituzionale ed è agevolato nel dare un'interpretazione soltanto apparentemente riduttiva. Se è vero che il Diritto del lavoro sarà

¹⁷ V., in particolare, tra i vari scritti in *LD*, cit., Roccella, *Il lavoro e le sue regole nella prospettiva federalista*, 501.

¹⁸ È una linea interpretativa che ho sempre perseguito nei mie scritti. V.: *Occupazione e politica del lavoro in Italia. Profili della legislazione, Vita e Pensiero*, Milano, 1984; *Politiche del lavoro, Occupazione, Diritto. Idee ed esperienze*, Angeli, Milano, 1987; *Occupazione, rappresentatività, conflitto. Note di legislazione del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1991; *Questioni di Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996.

¹⁹ Varesi, *Regione e mercato del lavoro. Il quadro istituzionale*, Angeli, Milano, 1986; De Luca, *Lineamenti di Diritto regionale del lavoro*, Cedam, Padova, 1988; Napoli, *L'organizzazione del mercato del lavoro. Il disegno della legge n. 56/87*, Giappichelli, Torino, 1988. F. Carinci (a cura di), *L'Agenzia regionale per l'impiego*, Jovene, Napoli, 1990; F. Carinci (a cura di), *Il mercato del lavoro tra vecchio e nuovo diritto*, in *QRIDL*, 1993, 5, Varesi (a cura di), *I servizi per l'impiego. Un nuovo ruolo della strutture pubbliche nel mercato del lavoro*, F. Angeli, Milano, 1997.

sempre di più diritto del mercato del lavoro piuttosto che diritto del rapporto, si comprende lo scambio realizzato dalla riforma costituzionale: allo Stato rimane la regolazione dei rapporti di lavoro, cioè la disciplina relativa ai rapporti tra privati, che è destinata a ridimensionarsi rispetto al peso odierno; alle Regioni va invece la tutela pubblicistica della legislazione sul mercato del lavoro, i servizi all'impiego, le politiche attive del lavoro, accanto alla formazione professionale, l'orientamento professionale e l'osservatorio del mercato del lavoro già da tempo di spettanza regionale. Le nuove prerogative regionali si saldano così al ruolo dell'Europa in materia di politica sociale e politica dell'occupazione, pur nel quadro del coordinamento dello Stato²⁰. La riforma costituzionale sancisce l'irreversibilità della vocazione delle Regioni a creare efficienti servizi per l'impiego e politiche del lavoro adeguate ai bisogni del territorio. Le politiche del mercato del lavoro devono essere differenziate, poiché sono differenziati i contesti: non esiste un unico mercato del lavoro, ma tanti mercati locali²¹. Il diritto dei rapporti di lavoro deve rimanere regolato a livello nazionale, soprattutto per rispettare il principio di eguaglianza²². Ciò è richiesto tra l'altro dalla permanenza dell'unitarietà della giurisdizione²³.

Se è così, l'interpretazione fornita dal *Libro Bianco* sembra affrettata e fuor di luogo. Inoltre, se fosse vera la premessa del *Libro Bianco* che alle Regioni spetterebbe anche la legislazione concorrente in materia di rapporti di lavoro, dovrebbe considerarsi illegittima e fuori posto quasi tutta la normativa della successiva legge delega. Infatti più che varare un disegno di legge delega il governo avrebbe dovuto presentare un disegno di legge cornice con una normazione di principi sulla cui base le Regioni avrebbero dovuto emanare la legislazione di dettaglio. L'intima contraddizione tra la tesi del Governo sul valore della riforma costituzionale e il disegno di legge delega è ineliminabile, ma mostra che in definitiva anche lo stesso Governo non crede alla lettura, tutta politica, della riforma costituzionale, ritenendo giustamente che la materia dei rapporti di lavoro rimane nell'esclusiva competenza dello Stato. Resta comunque incomprensibile una fetta del disegno di legge delega, poiché in materia di servizi per l'impiego, in base alla lettura proposta, lo Stato dovrebbe

²⁰ Rinvio alle considerazioni svolte in *La riforma del Fondo sociale europeo*, in RGL, 2000, 899, dove indicazione di letteratura sui rapporti tra dimensione comunitaria e ruolo delle Regioni.

²¹ Oltre agli scritti cit. nelle note 18 e 19, v.: AA.VV., *Il ragno e la ragnatela. Le politiche attive del lavoro a livello locale*, Angeli, Milano, 1985; Maiello e Maugeri (a cura di), *Disoccupazione e politiche locali del lavoro*, Angeli, Milano, 1994; Zucchetti (a cura di), *Politiche del lavoro e dimensione locale. L'esperienza europea e caso italiano*, Angeli, Milano, 1996; Agenzia regionale per l'impiego della Liguria, *Politiche attive del lavoro e Agenzie per l'impiego*, Genova, 1997; Gualmini, *Le politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 1998.

²² Sul principio di eguaglianza v. efficacemente Romagnoli, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio di uguaglianza*, in Napoli (a cura di), *Costituzione, Lavoro, pluralismo, sociale*, in *Vita e pensiero*, Milano, 1999.

²³ Sulla giurisdizione nella Costituzione v. Denti, Neppi Modona, Berti, Corso, *La magistratura*, Tomo IV, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1987.

legiferare soltanto per principi o mediante l'emanazione di norme leggere sotto forma di indirizzo e coordinamento²⁴, senza, quindi, bisogno di legiferare. L'impianto analitico del *Libro Bianco* resterebbe, comunque, in piedi, anche se privato del breve paragrafo dedicato alla riforma del titolo V della Costituzione.

²⁴ Cfr. Vandelli, *Le Regioni, le Province, i Comuni*, Tomo I, *Commentario della Costituzione diretto da G. Branca*, Zanichelli, Bologna, 1985, 244.

Fra subordinazione e autonomia

Luciano Spagnuolo Vigorita

Sommario: **1.** Il futuro del diritto del lavoro: una disciplina correlata ad una fattispecie a metà strada tra subordinazione e autonomia. — **2.** Il processo interpretativo/applicativo di subordinazione. — **3.** Una situazione emblematica: il tema della sicurezza e della stabilità. — **4.** La correttezza degli assetti gestionali dell'impresa rispetto alla molteplicità degli interessi coinvolti. — **5.** Conclusioni.

1. A raccordare il titolo generale della giornata di studio (*Quale futuro per il diritto del lavoro?*) con quello specifico della presente relazione, potrebbe sembrare che quest'ultima si proponga come risposta all'interrogativo espresso dal primo: cioè, che il futuro del diritto del lavoro si possa riferire ad una disciplina correlata ad una fattispecie a metà strada tra subordinazione ed autonomia.

Si tratterebbe, allora, pur sempre di operare con i tradizionali problemi di qualificazione ed il diritto del lavoro continuerebbe a porsi come diritto di garanzia dei lavoratori — magari, più attenuatamente subordinati — nei confronti dell'esercizio imprenditoriale e della incidenza di questo sulla gestione dei rapporti di lavoro.

In questa ottica, attenuatasi la subordinazione in relazione al modificato assetto strutturale di riferimento, diffusamente — e notoriamente, con soluzioni diversamente articolate — viene proposto di graduare le tutele, in rapporto al progressivo livello di concreta subordinazione.

Si transita dal lavoro tutelato pur senza esigenza di qualificazione al lavoro tutelato, perché subordinato.

Si tratterebbe, a ben vedere, di una sorta di redistribuzione della originaria « quantità » di tutela.

Se in questi termini si prospettasse il futuro del diritto del lavoro, la subordinazione rimarrebbe criterio qualificatorio efficiente, in un ambito quantitativamente più ristretto.

A quanto viene diffuso, a livello generale e internazionale almeno il 75% della forza lavoro opera in regime di lavoro sicuramente subordinato, a tempo pieno e indeterminato.

È il residuo 25% che opera in regime di lavoro « atipico », ponendo il problema della tutela differenziata.

* *Luciano Spagnuolo Vigorita è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università Statale di Milano.*

La formulazione di qualche personale opinione sul tema rende necessario stabilire talune premesse, a giustificazione dei successivi sviluppi argomentativi. Innanzi tutto, un primo rilievo ovvio: sostanzialmente in termini ellittici, si parla sempre del diritto del lavoro come diritto di tutela, di garanzia dei lavoratori nei confronti dell'imprenditore/datore di lavoro; cioè, di una sorta di diritto « unilaterale ».

Va contenuta l'enfasi espressiva, che taglia una parte di verità. Piuttosto, il diritto del lavoro è stato sempre il diritto del regolamento dei contrastanti rapporti di interesse all'interno dell'impresa. Quindi, s'intende, diritto di compromesso.

Si pensi, emblematicamente, a tre tradizionali « conquiste » dei lavoratori:

a) l'assicurazione obbligatoria del 1898: effettivamente consentì ai lavoratori di ottenere un indennizzo per il danno professionale, impensabile in regime di responsabilità civile, per la impossibilità di provare la colpa del datore di lavoro.

Vero è, però, che a tale disciplina si giunse, perché una giurisprudenza creativa ed incalzante andava riferendo la responsabilità ai criteri della gestione di attività pericolosa (ora, art. 2050 cod. civ.), dunque con inversione dell'onere della prova quanto alla imputabilità dell'evento dannoso.

Di qui il compromesso: tutte le aziende pagano i contributi (in relazione alle rispettive masse salariali ed alla tipologia di attività gestita), creando la provvista per l'intervento indennitario/assicurativo obbligatorio ed automatico;

b) il complessivo assetto di tutela realizzato con il codice civile del 1942: a fondamentale garanzia della libera gestione della proprietà imprenditoriale, però, si pone la facoltà di licenziamento causale;

c) ancora lo Statuto dei lavoratori: l'articolata e, certamente, molto penetrante tutela dei lavoratori si pone a scambio con la garanzia della interlocuzione sindacale con le strutture confederali tradizionali, allora fortemente a rischio per la deriva spontaneistica ed assemblearistica.

Poi, un secondo rilievo: in quanto regolamento degli interessi contrastanti, il diritto del lavoro è stato sempre diritto del conflitto; quindi, diritto di confine, di trincea.

Per questa ragione, l'ordinamento ha dato ampio spazio a momenti di attenuazione della rigidità del regolamento normativo (statuale): si pensi all'intesa collettiva, ma ancor più — per quanto qui interessa — all'ampio spazio concesso alla supplenza/integrazione culturale, specie giurisprudenziale, in ragione di indicazioni normative volutamente non precisate in termini dirimenti.

Si pensi, a titolo di mero esempio, al problema — oggi così intensamente vissuto — della reintegrazione. La sua concreta rilevanza è, in ampia misura, il portato della decisione giurisprudenziale, che riferisce alla singola fattispecie di licenziamento l'indicazione legale di « giusta causa » o « giustificato motivo »: se il presupposto normativo della legittimità del licenziamento è riscontrato solo raramente, la gravità del problema è elevata; è modesta, invece, se è riscontrato diffusamente.

Ma, a monte di ogni altra questione pure indicativa, si pensi soprattutto alla

vicenda interpretativa/culturale riguardante l'elemento della subordinazione, autentico punto di partenza di ogni profilo di sviluppo e di gestione del diritto del lavoro.

Con meditata convinzione può essere sostenuto che gli attuali problemi del diritto del lavoro — come anche, per conseguenza, i suoi auspicati sviluppi — sono molto significativamente connessi al processo interpretativo/applicativo in materia di subordinazione.

2. È pur vero che dal legislatore del codice (e, conseguentemente nelle leggi speciali) la subordinazione è stata indicata (art. 2094 cod. civ.) come dato centrale di qualificazione del contratto di lavoro e, dunque, come linea di confine tra le zone di applicazione ovvero di esclusione della complessiva ed articolata tutela lavoristica.

Vero è anche, peraltro, che quel dato è stato implicitamente (ma non inconsapevolmente, è da ritenere) riferito a dati strutturali autoqualificanti: l'inserimento del lavoratore nella organizzazione della fabbrica fordista, dove si determina una forte dipendenza dell'operaio dai ritmi delle macchine e dagli ordini del capo. È questa la ragione — a quanto si ritiene — della inefficacia qualificatoria (altrimenti incomprensibile, né giustificabile) della formula del codice: trascurando gli elementi non decisivi, il lavoratore subordinato (cioè, la fattispecie negoziale) sarebbe individuato dal « ... collaborare nell'impresa, prestando la propria attività ... alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore ».

La collaborazione nell'impresa è dato descrittivo, poiché interessa quella che si esprime a mezzo (« prestando ») di un'attività lavorativa qualificata dai congiunti elementi del suo svolgimento « alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore ».

L'endiadi utilizzata dal legislatore segnala che non è qualificante il solo elemento della sottoposizione alla direzione della controparte. Peraltro, lavorare « alle dipendenze » è mera alternativa lessicale rispetto al lavorare subordinatamente.

In definitiva, la formula legale risolve il problema qualificatorio riproponendo il quesito: il lavoratore subordinato è il lavoratore dipendente.

Evidentemente, il legislatore del codice ha fatto riferimento ad una situazione culturalmente idealtipica, perché prevalente quantitativamente e soprattutto qualitativamente, in quanto situazione produttiva dei problemi da risolvere, appunto a mezzo dei conseguenti interventi normativi di tutela. È la situazione dell'aggregazione dei lavoratori nella fabbrica dell'epoca: forte accentuazione della subordinazione come sottoposizione ai ritmi dell'organizzazione ed al comando dei capi; esigenze di sicurezza; necessità di contenere la supremazia datoriale e, specularmente, di delimitare la posizione obbligatoria del prestatore anche a mezzo della inderogabilità della norma lavoristica.

In sostanza, il legislatore ha inteso indicare il dato fondamentale (la subordinazione) per la costruzione del contratto di lavoro, supposto già qualificato. Ovvero, anche, ha indicato la sintesi delle ragioni degli interventi di tutela.

Su questa subordinazione — espressa e prodotta da dati strutturali autoquali-

ficanti: dunque, va ammesso, anche circoscritta da una fondamentale coincidenza con questi — si è indubbiamente basato il sistema del diritto del lavoro. Si pensi, a titolo di esempio significativo:

— alla inderogabilità: che significa obbligatorietà di una tutela minima e conseguente invalidità degli atti dispositivi del lavoratore perché subordinato, quindi incapace di esercitare l'autotutela negoziale;

— al rigido divieto di intermediazione, di cui all'art. 1 L. n. 1369/1960: il contratto di lavoro si incardina in capo a chi effettivamente gestisce l'attività di lavoro subordinato;

— all'art. 36 Cost.: al lavoratore subordinato va attribuito un corrispettivo non solo adeguato, ma anche idoneo al dignitoso sostentamento familiare;

— al sistema delle tutele individuali dello Statuto, tutte rivolte al contenimento della subordinazione, quale situazione non soltanto meramente obbligatoria, ma anche riguardante lo stato personale del prestatore.

La subordinazione — pur strettamente riferita, nell'art. 2094 cod. civ., a dati strutturali autoqualificanti e dunque funzionante come dato sintetico di giustificazione delle norme di tutela — nel processo applicativo/interpretativo è stata intesa come dato di fattispecie: quindi, presente sempre che non si debba transitare nell'area del lavoro autonomo, nonché sempre con l'effetto di richiamare per intero la disciplina lavoristica.

La subordinazione dell'art. 2094 cod. civ., in quanto espressione di dati di riferimento qualificanti e — conseguentemente — in quanto indicazione della ragione della disciplina di tutela, è effettiva intensa. Oggi, seguendo il lessico giurisprudenziale, si direbbe: « forte », « personale ». Come dato di fattispecie e, pertanto, come criterio di generale regolamento di confini, la subordinazione è divenuta dato meramente giuridico, non anche effettivo. Dunque, è stata ravvisata anche in situazioni prive della coincidenza con i dati presupposti rispetto alla formulazione dell'art. 2094 cod. civ.

Di qui un eccesso di tutela, nel tempo aggravato dalla circostanza che il progressivo intervento normativo ha gradualmente soddisfatto le esigenze di tutela, segnatamente — a livello di norma statutale — a mezzo dello Statuto dei lavoratori.

Al riguardo, è emblematica la valutazione giurisprudenziale dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 cod. civ.: il lavoratore, perché subordinato, è ritenuto incapace di esprimere autotutela, fino al limite del « rischio elettivo ». Sul datore di lavoro, dunque, incombe un obbligo di sorveglianza e di tutela di contenuto analogo a quello che si connette al contratto di custodia.

Tale valutazione giurisprudenziale prende ragione dalla ipotizzata presenza — nello specifico contesto dell'infortunio professionale — di una situazione di effettiva subordinazione così coinvolgente da escludere che il lavoratore possa accortamente governare i suoi comportamenti in relazione al rischio.

Una simile effettività di subordinazione, se mai esistita, non è oggi rappresentabile come situazione generale, in presenza del sindacato in fabbrica e — per molteplici ragioni — di una diffusa consapevolezza del ruolo da parte del lavoratore.

In particolare, per lo sviluppo del percorso argomentativo di questa relazione

occorre tenere in conto che la subordinazione è assunta quale situazione contrattuale: viene pertanto riferita — per quanto riguarda la controparte — al creditore della prestazione lavorativa, cioè al datore di lavoro.

Si pensi ancora alla intermediazione di manodopera: il datore di lavoro effettivo è il concreto utilizzatore e gestore della subordinazione (del rapporto di lavoro subordinato). È lui, quindi, che — quale parte del contratto — deve rispondere del rapporto e di tutti i consequenziali obblighi di tutela.

Il riferimento alla subordinazione, come dato di fattispecie, di tutto il sistema normativo, ma più ancora — per quanto innanzi segnalato — del processo culturale (interpretativo/applicativo), ha prodotto quello che può considerarsi il nodo principale della tematica qui in esame.

Per un verso, la subordinazione è stata assunta essenzialmente quale dipendenza dello svolgimento del rapporto delle esigenze organizzative aziendali.

Per un altro verso, ha chiamato in causa la controparte contrattuale (il datore di lavoro), determinandosi così una compressione — progressivamente sempre più grave — dello spazio dovuto alla logica e alle istanze dell'impresa, beninteso correttamente gestita.

3. È il caso di assumere come situazione emblematica, precisamente rappresentativa del problema generale qui in esame, ancora quella relativa al tema della sicurezza/responsabilità. In estrema sintesi:

1. il sistema è gravato da norme a contenuto indeterminato (art. 2087 cod. civ.), idonee a dilatare a dismisura la fattispecie di responsabilità;

2. la valutazione (amministrativa e giudiziaria) del comportamento datoriale non tiene in conto l'assenza di prescrizioni puntuali, né lo svolgimento di assidui controlli amministrativi (ASL, INAIL, Ispettorato del Lavoro), dai quali non siano emerse irregolarità;

3. peraltro un diffuso orientamento giurisprudenziale allontana dal criterio di certezza il nesso di causalità tra comportamento imputabile e danno;

4. si profilano per il datore di lavoro oneri estremamente impegnativi, sia quanto alla determinazione dei confini della correttezza dei suoi comportamenti, sia quanto al carico probatorio;

5. in sostanza, si considera l'impresa una entità oggettivamente produttiva di rischio, con attrazione nella disciplina disposta per la gestione di « attività pericolosa » (art. 2050 cod. civ.);

6. conseguentemente, verso il singolo dipendente colpito da infortunio o malattia professionale il datore di lavoro è ritenuto responsabile (direttamente, ovvero attraverso il giuridico riferimento a lui del comportamento di altro dipendente: art. 2049 cod. civ.) secondo criteri estremamente rigidi (quasi quelli che regolano la responsabilità del custode: art. 2051 cod. civ.), in nessun modo causalmente connessi — ed è questo il punto decisivo, ai fini del tema qui in discussione — alla corretta gestione imprenditoriale;

7. in sostanza, si profila una sorta di responsabilità oggettiva, non dominabile da una anche attenta conduzione dell'azienda.

Il « patto » del 1898 in tema di assicurazione obbligatoria costituisce una soluzione elementare di compromesso, a salvaguardia anche della logica d'im-

presa: tutti gli imprenditori sopportano il costo certo dei contributi, costituendo la provvista per l'intervento assicurativo. Questo, però, determina l'esonero da responsabilità civile, escludendo il rischio dell'esborso, per di più imprevedibile.

La significativa circostanza che, a cento anni di distanza, si sia sostanzialmente ritornati al punto di partenza segnala la tendenza del nostro ordinamento e — più ancora — della nostra cultura interpretativa ad affrontare i problemi del lavoro nell'ottica del conflitto interindividuale/collettivo, piuttosto che in quella della organizzazione e dell'impresa.

È però da ritenere che — già oggi, più accentuatamente nel prossimo futuro — trascurare le esigenze della organizzazione imprenditoriale conduca a situazioni senza vie di uscita.

Si pensi al problema della responsabilità per amianto, troppo presente anche giudiziariamente perché, in questa sede neutrale, possa essere rappresentato, anche soltanto in termini di esempio.

Più esplicito può essere l'accento al problema delle onde elettromagnetiche. Si discute dei possibili effetti cancerogeni. Se, tra qualche anno, tali effetti dovessero essere accertati, dopo qualche tempo interverrebbe una disciplina di regolamento o di divieto.

Intanto (come per l'amianto), si avvierebbero processi neoplastici in numero imprecisabile, magari irreversibili e con evidenza differita nel tempo.

A fronte della evidenza del male, la vittima e il giudice adito addebiteranno il danno a colpa dell'imprenditore, il quale — a conoscenza del problema relativo alla pericolosità degli impianti utilizzati — non li aveva prontamente eliminati. Ma è da considerare che l'impresa vive sul mercato, per di più internazionale, e vive sulle prospettive di utile impiego dei capitali investiti, anche (soprattutto) nelle tecnologie consentite dalla legge e convalidate da atti amministrativi. Il disinvestimento è idoneo a portare fuori mercato l'impresa, tanto più se esso non è richiesto da norme precise, che stabiliscano sull'intero terreno della concorrenza (se del caso, dunque, anche a livello internazionale) regole omogenee, tali da non disarticolare le capacità competitive delle aziende interessate.

Come si vede, logica dell'impresa e criteri di responsabilità seguono percorsi non comunicanti.

La tradizionale affermazione della subordinazione come dato di qualificazione del rapporto contrattuale, spartiacque tra lavoro dipendente (tutelato) e lavoro autonomo (non tutelato), proprio per la sua granitica rigidità consente di aprire spazi a prospettive più articolate: quel dato, cioè, comincia a non profilarsi più come il riferimento assorbente (potrebbe anche dirsi: invadente) dell'attenzione normativa e — soprattutto — culturale.

Si pensi, ad esempio:

a) alle molte fattispecie di autentico lavoro subordinato, alle quali — per ragioni di politica del lavoro — il legislatore o il governo ha sottratto questa qualificazione:

- borse di studio
- tirocini formativi

- tirocini di orientamento
- stage
- piani di inserimento professionale
- contratti di reinserimento
- lavori socialmente utili (e sottotipi);
 - b) allo smantellamento dell'inderogabilità, ancora per la salvaguardia occupazionale:
 - declassamento
 - riduzioni retributive
 - in linea generale, il lavoro interinale;
 - c) alla diffusa tendenza verso forme di certificazione dell'autoqualificazione del rapporto, con deciso avanzamento quanto alla linea giurisprudenziale di attenzione verso il *nomen juris*.

Ma, soprattutto, l'attenuarsi culturale del centralismo della subordinazione consente che l'attenzione possa allontanarsi dal soggetto contrattuale attivo della subordinazione stessa (datore di lavoro) e quindi consente l'apertura di spazi per ragionare anche in termini di logica d'impresa.

Beninteso: congiuntamente, come criterio oggettivo di corretta gestione dei rapporti di lavoro, nonché come responsabile verso i complessivi interessi incisi dall'insediamento aziendale e dalla gestione dell'attività imprenditoriale.

Si profila una intersecazione, per più versi decisiva, tra disciplina dell'impresa e disciplina dei rapporti di lavoro.

La riflessione su questa prospettiva, sinora non adeguatamente visitata, merita l'attenzione dovuta ad una possibile linea di tendenza, destinata ad acquisire tanta maggiore concretezza quanto più accompagnata da interesse culturale.

4. Da qualche anno è in crescita vorticosamente l'attenzione internazionale verso la dimostrata correttezza degli assetti gestionali dell'impresa rispetto alla molteplicità degli interessi coinvolti.

L'orientamento generale (internazionale, comunitario) è da tempo rivolto alla sottoposizione volontaria degli assetti gestionali — sotto vari profili — a sistemi di convalidazione/certificazione, a mezzo di soggetti « accreditati » e, poi, di determinazione finale a mezzo di enti internazionali.

Si pensi, ad esempio:

- alla certificazione dei sistemi di gestione ambientale (ISO 14001, in Italia UNI ES ISO 14001),
- alla certificazione etica (SA 8000);
- al bilancio sociale;
- alla certificazione di qualità;
- al sistema OHSAS 18001: standard di riferimento per l'attuazione in azienda di un sistema di gestione della sicurezza.

Ancora — e riassuntivamente — si pensi al compendio su tali argomenti rappresentato dal « Libro Verde » proposto dalla Commissione delle Comunità Europee il 18.7.2001, significativamente intitolato « Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale dell'impresa ».

Da ultimo, il caso ENRON sollecita un'accelerazione quanto alla correttezza e trasparenza degli assetti di *governance* e di gestione degli aspetti finanziari, societari ed azionari, a tutela dei soci, dei dipendenti e dei terzi.

La linea di tendenza ha ragioni strutturali: la globalizzazione significa (anche) che l'attività produttiva è trasferita ad aziende terze nel mondo, con la conseguente necessità di conoscenza e garanzia a distanza, attraverso sistemi certificati. In particolare, la garanzia a distanza riguarda tutti quei valori che, sul mercato globalizzato, valgono per « tenere il campo ».

Questi valori sono sempre più omogenei a quelli dei complessivi referenti dell'impresa.

L'accettazione dell'impresa come protagonista del sociale comporta la sua valutazione anche secondo valori sociali: oggi un'impresa è estromessa dal mercato così se vende prodotti di cattiva qualità, come se viene reso noto che una sua azienda fornitrice si serve di lavoro minorile.

5. Dal quadro innanzi solo delineato, in termini essenziali, si riscontra un dato rilevante in ordine alla tematica del convegno e, specificamente, della presente relazione: in effetti, le tutele minime, delle quali oggi si discute nell'ottica di una graduazione o redistribuzione, fanno parte di una gestione imprenditoriale, che intenda stare validamente sul mercato, sottoponendosi a certificazione, o almeno adeguando i suoi assetti ed i suoi comportamenti a quelli adottati dalle imprese concorrenti certificate.

Tutele ulteriori rispetto alle minime sono previste ed affidate ad elementi strumentali (diritti sindacali, rispetto del momento contrattuale collettivo).

Altre tutele possono essere previste, ancora in coincidenza con le esigenze della gestione imprenditoriale: l'avanzamento tecnologico, la formazione del personale, la cura del patrimonio interno di risorse umane.

Nello stesso tempo, pur sempre a garanzia di tutti gli interessi implicati, deve essere a sua volta tutelata la logica d'impresa.

L'impresa non può essere ancora oggi considerata come l'entità produttrice di rischio incontrollato, quindi destinata a soggiacere a responsabilità sostanzialmente oggettiva, tra l'altro in relazione ad eventi non dominabili da un pur corretto assetto gestionale.

Al riguardo, una significativa indicazione viene dal recente D. Lgs. n. 231/2001 in tema di responsabilità penale delle imprese per taluni reati commessi da amministratori, dirigenti e dipendenti nell'interesse delle stesse.

In una norma del decreto viene appunto previsto l'esonero da tale responsabilità, qualora l'impresa provi che l'organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

In sostanza: la responsabilità viene connessa alla gestione imprenditoriale, rimanendo l'imprenditore esonerato, allorché abbia correttamente organizzato e mantenuto assetti gestionali idonei ad evitare l'evento.

Per realizzare l'obiettivo qui segnalato, occorrono soprattutto taluni dati di contesto: norme certe; determinazione di criteri di comportamento, ai quali l'imprenditore attento possa effettivamente ispirare la sua gestione (*standard*

settoriali qualificati); attribuzione di giuridica rilevanza ai controlli (ASL, INAIL, Ispettorato del lavoro), ai fini della valutazione della responsabilità; ai medesimi fini, attribuzione di giuridica rilevanza alla certificazione; ripristino di criteri rigorosi quanto alla valutazione del nesso di causalità, anche in considerazione del più ampio criterio cui è improntato l'intervento indennitario INAIL (occasione di lavoro).

Al fine di sollecitare l'attenzione in ordine ad un'accentuata confluenza tra « statuto dei lavori » e « statuto dell'impresa », non è certamente il caso di ricorrere a propensioni ideologiche per soluzioni armoniche e solidaristiche.

Innanzitutto, va registrato il corso degli eventi.

La globalizzazione richiede: decentramento produttivo; certezza della qualità; conoscenza e sicurezza dei costi; regolarità dei flussi; disciplina della concorrenza; presenza dell'impresa sul mercato con i valori diffusamente riconosciuti, oggi anche sociali.

La globalizzazione, in sostanza, richiede le conoscenze necessarie per gestire l'impresa in un sistema decentrato: cioè, richiede regole trasparenti, effettivamente applicabili, corrispondenti ai valori rilevanti sul mercato.

Inoltre, una seria disciplina dell'impresa, che consenta un'affidabile e trasparente presenza sul mercato, riduce i costi di gestione, aumenta gli utili, innalza il valore azionario della società.

Si legge che la sola certificazione ambientale apporta alle società quotate un vantaggio azionario di un punto, un punto e mezzo.

È a questi vantaggi della gestione imprenditoriale — oramai concretamente intuibili — che si profila opportuno, nel generale interesse, collegare un percorso concreto e moderno di tutela dei lavoratori.

È dunque in questi termini che si ritiene di dare risposta, sia pure esile e problematica, all'interrogativo posto al tema della relazione.

Non sembra, invece, una prospettiva volta al futuro quella di sezionare un tema che ha carattere di globalità (la gestione imprenditoriale) e, all'interno della parte sezionata (la disciplina del lavoro), procedere ad una redistribuzione della originaria « quantità » di tutele.

In chiusura, sia consentita una dichiarazione « lirica » a chi, pur professionalmente formatosi alla dogmatica, ha sempre privilegiato gli spunti di analisi critica.

Oggi si naviga a vista, peraltro con visibilità scarsa. È stagione di nebbia. La stagione della conoscenza verrà dopo; tanto prima quanto meglio sapremo, intanto, evitare gli scogli.

Occorre rendersi conto dell'esistente (certo, anche delle linee centrali della tradizione del nostro ordinamento), ma anche organizzare l'esistente secondo le prevedibili linee di tendenza di domani, sempre più vigorosamente e chiaramente segnate dal contesto strutturale internazionale.

Per mia natura gradisco la luce di taglio: quella dell'alba, che appena indica il percorso. Altri gestiranno l'euforia della certezza, alla luce di mezzogiorno.

La disciplina del licenziamento

Stefano Liebman

Sommario: **1.** Il tema dei licenziamenti nel *Libro Bianco* e nel D.D.L. n. 848/2001 del Governo. — **2.** Le proposte di sospensione dell'obbligo di reintegrazione ex art. 18, L. n. 300/1970 contenute nell'art. 10 del D.D.L. n. 848/2001. — **3.** La disciplina vigente negli altri Paesi europei e i precedenti progetti di riforma in Italia. — **4.** Considerazioni conclusive.

1. Ringrazio gli organizzatori di questo convegno per la fiducia che hanno voluto dimostrarmi affidando a me il delicato e controverso tema dei licenziamenti e delle ipotesi di modifica dell'art. 18 dello « Statuto dei lavoratori » contenute nella delega con la quale il Governo si propone di introdurre significative e profonde riforme nella vigente regolazione del mercato del lavoro.

Pur nell'emozione che provo nell'affrontare questi temi dopo il barbaro assassinio di colui che per me fu soprattutto un caro amico, non posso nascondere un certo disagio di fronte all'assenza, fin dall'originaria programmazione complessiva dei lavori di questa giornata di studio, prima di tutto della voce del Governo stesso e, successivamente, di quelle « parti sociali » che sono i veri protagonisti di questa fase, ancora tutta politica, del confronto in atto: un vuoto che finisce con il proiettare un velo di ambiguità sul complesso delle nostre riflessioni di oggi.

È probabilmente vero che, al punto in cui siamo arrivati ed a pochi giorni dallo sciopero generale del 16 aprile, molto probabilmente l'eventuale presenza a questo tavolo delle parti sociali avrebbe irrimediabilmente « ingessato » il nostro dibattito. Resta, a mio modo di vedere, il rischio di una rappresentazione della materia oggetto della delega affidata esclusivamente a « tecnici » chiamati ad un confronto ove le varie opzioni politiche sottese alle singole scelte regolative finiscano o con l'essere ignorate, in nome di una pretesa neutralità dell'accostamento scientifico ai singoli temi, oppure — e sarebbe forse anche peggio — con l'essere surrettiziamente introdotte nel dibattito in forma distorta, attraverso argomentazioni più o meno ammantate di tecnicismi, ma in realtà sottese a dimostrare adesioni o rifiuti nei confronti del progetto politico di riforma fatto proprio dall'attuale Governo.

Se ciò è vero in generale, per l'intero contenuto della delega, la materia a me

* Stefano Liebman è professore straordinario di Diritto del lavoro presso l'Università Bocconi di Milano.

affidata è sicuramente quella nella quale questo rischio è più concreto, come dimostra l'apparente sproporzione, da tutti rilevata, fra la sostanza delle modifiche proposte con riferimento ai possibili rimedi nei confronti del licenziamento illegittimo — l'argomento è significativamente assente nel *Libro Bianco* — ed il rilievo mediatico e politico attribuito alle previste ipotesi di sospensione dell'obbligo di reintegrazione. Un tema, questo, solo successivamente assunto ad elemento politicamente qualificante del complessivo disegno di riforma e sul quale, dopo incertezze e ripensamenti all'interno della stessa compagine governativa, l'attuale maggioranza è inopinatamente chiamata a dimostrare la propria coesione politica e la propria capacità di tenuta davanti ad una rinnovata opposizione sociale. Opposizione inizialmente impersonata dalla principale organizzazione confederale e dal suo Segretario Generale, ma sulla quale si sono progressivamente aggregate le altre organizzazioni sindacali, l'insieme dei partiti di opposizione e frange significative della società civile. Tutto ciò premesso e proprio in nome della trasparenza — tanto più necessaria oggi, dopo i tragici fatti che hanno portato alla morte di colui al quale, non sempre nella giusta misura, viene attribuita la paternità della delega e dei suoi contenuti tecnici — ritengo di dovermi anch'io assumere alcune responsabilità. In particolare quella di esplicitare fin dall'inizio il mio dissenso, in larga misura di metodo - ma di un metodo che in questo contesto assume inevitabilmente contenuti sostanziali - nei confronti della proposta governativa contenuta nell'art. 10 del disegno di legge delega oggi in discussione.

Come qualcuno forse sa, sono personalmente stato, nel recente passato ed in un diverso contesto, corresponsabile, con alcuni colleghi non giuristi della mia università, di una ipotesi di modifica del sistema dei rimedi nei confronti del licenziamento illegittimo e non appartengo, dunque, alla schiera di coloro che rivendicano l'assoluta intangibilità degli assetti oggi vigenti in ragione di un supposto valore costituzionale che la reintegrazione avrebbe assunto quale strumento di garanzia del lavoratore illegittimamente licenziato.

Difficile è, in proposito, non condividere le argomentazioni con le quali la Corte Costituzionale ha, nel 2000, ammesso il *referendum* sull'art. 18 dello Statuto, il cui esito, a tutti noto, è stato condizionato dal mancato raggiungimento del *quorum* richiesto per la validità della consultazione stessa: come anche recentemente ci è stato ricordato da Mario Napoli, la cosiddetta « stabilità reale » è il frutto di un intervento discrezionale del legislatore, costituzionalmente corretto, ma certamente non imposto ¹.

E dunque nessuno contesta la piena legittimità delle riforme proposte dal Governo, espressione di una maggioranza parlamentare democraticamente espressa in occasione delle elezioni della primavera scorsa. Ciò che risulta, a mio avviso, prima di tutto criticabile in sé ed a prescindere dai contenuti concreti sui quali tornerò fra breve è la più generale strategia nella quale la proposta di deroghe all'art. 18 si inserisce: in particolare la più o meno consapevole rincorsa verso una sorta di palingenesi *thatcheriana* — fuori tempo

¹ Napoli, *Elogio della stabilità*, in *I licenziamenti individuali*, in *QDLRI*, 2002, n. 26.

e fuori contesto - del nostro sistema di relazioni industriali, da giocarsi tutta sulla frattura del movimento sindacale organizzato e l'isolamento della sua componente attualmente maggioritaria.

In un tale contesto, stupisce che a dolersi del sovraccarico di politicizzazione e conseguente radicalizzazione del confronto siano oggi coloro che hanno innescato questa perversa spirale inneggiando alla fine della « concertazione » — intesa quale metodo di paziente costruzione del consenso ad integrazione dei meccanismi della rappresentanza politico-parlamentare — nel momento stesso in cui si ponevano sul tavolo ipotesi di radicale riforma del mercato del lavoro. Non potendosi, qui, dimenticare come in una società complessa e pluralista, ove la partita politica si gioca, sempre più spesso, incidendo su interessi che pur nella loro settorialità riguardano segmenti significativi della società civile, la dialettica democratica passi, necessariamente, anche attraverso il confronto — non necessariamente il consenso — con le diverse istanze rappresentative degli interessi in gioco. Tanto più in una fase della nostra vita politico-istituzionale nella quale le difficoltà in cui, per diverse ragioni, versa il tradizionale sistema partitico di aggregazione del consenso sono acuite dal fenomeno, tutto italiano, di una concentrazione di potere mediatico in capo ad uno dei protagonisti della scena politica e nella quale, dunque, le diverse espressioni del pluralismo sociale sono chiamate a svolgere una funzione di insostituibile argine ai rischi di deriva plebiscitaria.

E non è dunque un caso se, proprio a Marco Biagi, che ha sempre caparbiamente difeso i contenuti del *Libro Bianco* e della stessa delega complessivamente intesa, dobbiamo un accorato appello a quel Governo, di cui pure era l'accreditato consulente, circa la necessità di togliere la materia delle modifiche all'art. 18 dal tavolo dell'attuale confronto, rinviando il tutto alla successiva discussione, con sindacati ed organizzazioni datoriali, di un vecchio progetto di « Statuto dei lavori » — già messo in cantiere nel 1998 su iniziativa dell'allora Ministro Treu, ed oggi tornato al centro del dibattito — che ridefinisse confini e livelli di tutela per tutti i soggetti che operano sul mercato del lavoro lavoro ².

2. Venendo ora al tema specifico della mia relazione, e cioè all'analisi delle proposte di sospensione dell'obbligo di reintegrazione ex art. 18, L. n. 300/1970 contenute nell'art. 10 del disegno di legge delega, un primo rilievo riguarda la modestia dell'intervento stesso, che, al di là dell'elevato significato simbolico intrinseco alla materia dei licenziamenti, si limita a prevedere, in via sperimentale, alcune, circoscritte ipotesi di sospensione dell'obbligo di reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato.

Trentasei anni sono passati dall'introduzione nell'ordinamento italiano di una disciplina del licenziamento individuale che, con precisi limiti di applicabilità, prevedeva requisiti formali e sostanziali di legittimità del recesso dal rapporto di lavoro per iniziativa unilaterale del datore di lavoro (L. 15 luglio 1966, n. 604). Da più di un decennio (L. 11 maggio 1990, n. 108) il principio di causalità

² *Contratti e contrattazione*, suppl. 3, marzo 2002 a *GL*.

— e conseguente sindacabilità in sede giurisdizionale — del licenziamento è stato esteso a tutti i datori di lavoro, indipendentemente dalla natura imprenditoriale della propria attività e dalla relativa dimensione occupazionale.

In ambito sovranazionale, d'altra parte, anche a prescindere dal dibattito sulla natura vincolante della « Dichiarazione dei diritti fondamentali » di Nizza, il legislatore italiano ha recentemente ratificato la « Carta Sociale Europea », adottata nel 1966 dal Consiglio d'Europa e, nonostante l'estraneità del Consiglio stesso alla struttura istituzionale dell'Unione europea, entrata in vigore in tutto il territorio dell'Unione (con esclusione del Regno Unito) dal 1° settembre 1999. L'art. 24 della Carta Sociale, in particolare, prevede l'impegno delle parti contraenti a riconoscere il diritto dei lavoratori a non essere licenziati senza un valido motivo, il diritto dei lavoratori licenziati senza valido motivo « ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione » ed « il diritto dei lavoratori stessi a ricorrere davanti ad un organo imparziale »: un fatto, questo, che consente senz'altro di riconoscere l'ormai avvenuta, tendenziale, generalizzazione, nell'ambito degli ordinamenti europei, del principio alla stregua del quale il rapporto di lavoro può essere unilateralmente interrotto dal datore di lavoro solo se ricorrono circostanze tali da escludere scelte puramente arbitrarie.

Principio che nel nostro ordinamento si sostanzia nella regola in base alla quale la legittimità del licenziamento individuale si fonda sulla sussistenza di una « giusta causa » (art. 2119 cod. civ.), che consente il licenziamento in tronco, o di un « giustificato motivo », *sogettivo* od *oggettivo* (art. 3, L. n. 604/1966), che comporta l'obbligo del preavviso. Nel caso di « licenziamenti collettivi per riduzione del personale », invece, il controllo sui presupposti della riduzione stessa, in conformità ad una direttiva europea è affidata dalla legge alle procedure sindacali, laddove il profilo della giustificazione del singolo provvedimento di recesso individuale è mediato dalla necessaria applicazione di criteri di scelta generali e astratti³.

A fronte di ciò ed in presenza di una avvenuta metabolizzazione, da parte di tutti, della opportunità di sottoporre il licenziamento a limiti procedurali e di sostanza, molto più delicata — e tuttora controversa — è la questione relativa all'apparato sanzionatorio predisposto dall'ordinamento nei confronti del licenziamento illegittimo. Non a caso tutto il dibattito, sorto da tempo nel nostro paese e reso attualissimo dalle proposte governative oggi in discussione, attiene esclusivamente alla riforma dei rimedi previsti nei confronti del licenziamento illegittimo dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori — disposizione che, come è noto, di questo solo aspetto si occupa — e non già il fatto che il recesso datoriale debba comunque essere, in sé, suscettibile di controllo da parte di un soggetto esterno ed imparziale.

A tale proposito la vigente legislazione distingue i rimedi applicabili nei

³ Per approfondimenti sul punto rinvio a Liebman, intervento su *I criteri di scelta nei licenziamenti collettivi per riduzione del personale* in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle Giornate di Studio Aidlass 2001, Milano, 2002.

confronti del licenziamento illegittimo in ragione della dimensione occupazionale dell'impresa.

Nell'impresa minore — meno di 15 dipendenti nella singola unità produttiva o in più unità produttive nel singolo comune e, comunque, non più i 60 lavoratori su tutto il territorio nazionale qualora non siano superati i 15 nella singola unità produttiva — la sanzione prevista consiste nell'obbligo di *riassunzione* del dipendente, fatta salva la possibilità del datore di lavoro di liberarsi da tale adempimento versando al dipendente un'indennità risarcitoria del danno derivante dalla perdita del posto di lavoro, quantificata dalla legge in ragione di determinati parametri entro un minimo ed un massimo predeterminati. Nell'impresa minore, in sostanza, per quanto illegittimo il licenziamento privo di giustificazione è idoneo ad interrompere il rapporto e, proprio da ciò, sorge il danno da risarcire.

Nelle imprese maggiori — corrispondenti a circa un quinto di quelle operanti nel nostro paese, con un'occupazione che supera di poco il 25% di quella complessiva del settore privato — l'illegittimità del licenziamento posto in essere in violazione dei requisiti di sostanza e di forma richiesti dalla legge è tale da determinare una vera e propria invalidità del recesso, sancita appunto dall'art. 18, L. n. 300/1970 che prevede l'obbligo di *reintegrazione* del lavoratore, cui, in questo caso, si aggiunge il diritto al risarcimento del danno subito in ragione della illegittimità — ancorché temporanea — perdita dell'occupazione. Un danno la cui entità è predeterminata, nei minimi, dalla legge stessa in una somma « non inferiore a cinque mensilità di retribuzione », laddove nel caso di inottemperanza, da parte del datore di lavoro, all'ordine di piena e completa riammissione del dipendente nello svolgimento del proprio lavoro, a quest'ultimo è riconosciuto il diritto ad « un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della effettiva reintegrazione », essendo comunque dovuto il « versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento della effettiva reintegrazione ». La piena operatività dell'obbligo di reintegrazione è invece prevista, a prescindere da qualsiasi soglia numerica e quindi anche nell'impresa minore, per il licenziamento discriminatorio.

In sostanza la soglia dimensionale costituisce, a fronte di una tendenziale generalizzazione del principio di causalità del licenziamento individuale e fatta eccezione per l'ipotesi più odiosa legata alla discriminazione, l'elemento di distinzione fra l'operatività di due diversi meccanismi sanzionatori nei confronti del licenziamento illegittimo, quello meramente *risarcitorio* e quello sostanzialmente *restitutorio*, diretto a garantire stabilità al rapporto di lavoro in assenza di circostanze che ne giustificano l'interruzione.

In particolare, ai sensi dell'art. 18 dello Statuto specifico oggetto di tutela è l'interesse — di uno dei contraenti, contro il volere dell'altro — al permanere nel tempo e nella sua concreta vitalità *del* vincolo contrattuale, inteso esso stesso come *bene*. Dall'ordine di reintegrazione, alla prevista responsabilità risarcitoria, che si risolve, per espressa previsione di legge, nell'obbligo di corrispondere al lavoratore le retribuzioni maturate dal giorno del licenziamento a quello della effettiva riammissione in servizio, fino all'obbligo di

versare, relativamente allo stesso lasso temporale, i contributi assistenziali e previdenziali: l'intero apparato sanzionatorio è dichiaratamente diretto a garantire il ripristino di quella che un'attenta dottrina ha identificato nei termini di « funzionalità di fatto » del rapporto di lavoro⁴. Il risultato perseguito dalla norma va al di là della pur essenziale riattivazione del vincolo obbligatorio in ragione dell'accertata invalidità dell'atto interruttivo, dal momento che oggetto dell'ordine di reintegrazione è l'effettiva ripresa materiale della collaborazione fra le parti, in ragione di uno specifico interesse del prestatore di lavoro al proprio reinserimento nell'organico aziendale ed allo svolgimento della propria prestazione lavorativa, la cui effettiva e piena soddisfazione è stata assunta ad elemento caratterizzante della cosiddetta « tutela reale » del posto di lavoro. Le modifiche proposte nell'art. 10 del D.D.L. n. 848/2001, in discussione al Senato, intervengono su questo meccanismo ipotizzando la temporanea e sperimentale sospensione dell'operatività dell'art. 18 e del conseguente obbligo di reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato che viene sostituito, indipendentemente dalla dimensione occupazionale, dalla tutela risarcitoria attualmente prevista per l'impresa minore: tutto ciò in riferimento a rapporti di nuova costituzione e limitatamente all'ipotesi di stabilizzazione e/o regolarizzazione di rapporti di lavoro precedentemente caratterizzati da un'intrinseca precarietà, ovvero nel caso di nuove assunzioni che comportino il superamento della soglia dimensionale dei quindici dipendenti, non computandosi nel numero di dipendenti le nuove unità lavorative per il primo biennio. Le deroghe vere e proprie si applicherebbero specificamente al caso di emersione dal *lavoro sommerso* ovvero, con esclusivo riferimento alle imprese operanti nelle regioni meridionali, alle ipotesi di trasformazione del rapporto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato.

Sul piano strettamente tecnico-giuridico si può rilevare, innanzitutto, come l'ipotesi di sospensione della tutela reale nel caso di trasformazione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato sia in netta contraddizione con l'intero impianto della nuova disciplina del lavoro a termine, che pure costituisce il primo rilevante intervento riformatore dell'attuale Governo. A differenza della precedente regolamentazione, oggi abrogata, che consentiva l'apposizione del termine in specifiche ipotesi previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva, lasciando in questi casi aperta alle parti l'opzione fra l'assunzione a termine o a tempo determinato, l'art. 1 del D. Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, infatti, prevede l'apposizione legittima del termine solo qualora sia possibile dimostrare la sussistenza di ragioni oggettive — « ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo » — in assenza delle quali il contratto sembra doversi considerare a tempo indeterminato⁵: a fronte di una subitanea proposta datoriale di trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato verrà naturale chiedersi dove siano finite

⁴ D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979.

⁵ Pera, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, in *RIDL*, 2002.

quelle medesime ragioni, necessariamente oggetto di specificazione nell'atto scritto richiesto dalla legge, dovendosi ovviamente escludere l'oggettività di un puro intento elusivo della legislazione in materia di licenziamenti. Nella sua attuale formulazione, d'altra parte, l'ipotesi della stabilizzazione del contratto a termine come corsia di accesso ad una tipologia di rapporti a tempo indeterminato non assistiti dalla « tutela reale » rischia di trasformarsi in un'incentivazione ad una iniziale apposizione del termine al fine di una successiva trasformazione del rapporto: è probabilmente nella consapevolezza di tutto ciò che, come riportato dalla stampa, il recente congresso di AN si è concluso con l'impegno alla presentazione di un emendamento che limiti la deroga alla disciplina vigente ai casi di stabilizzazione di rapporti a termine già in corso al momento di entrata in vigore della nuova disciplina.

Per quanto riguarda, invece, il superamento della soglia dimensionale, enfaticamente additata da parte di taluno quale causa di soffocamento della prorompente aspirazione di innumerevoli aziende ad uno sviluppo occupazionale che si suppone ostacolato dalla volontà di sottrarsi alle rigidità dell'art. 18 — si parla in proposito di un cosiddetto « effetto tappo » — non esistono rilevazioni empiriche che confermino questa ipotesi: al contrario, come risulta da una recente ricerca del Centro Studi di Confindustria, la grande maggioranza delle imprese italiane si colloca, alternativamente, o intorno alla soglia dimensionale dei 10 dipendenti, ovvero ben oltre i 15 previsti dall'art. 18 stesso⁶. Il dato numerico appena riferito sembra confermato, del resto, dalla crescente presa di distanza di settori significativi del fronte imprenditoriale — non limitato affatto, checché se ne dica, alla sola grande industria del nordovest — nei confronti delle iniziali prese di posizione dell'attuale vertice di Confindustria di strenua difesa della proposta governativa.

Quanto all'emersione dal sommerso e, soprattutto, con riferimento ad aziende di dimensioni tali da rientrare nell'ambito di operatività dell'art. 18, ben altre sembrano essere le ragioni che ostano alla regolarizzazione del rapporto di lavoro, che non la mera sottoposizione agli obblighi derivanti dalla disciplina limitativa dei licenziamenti. Con il rischio peraltro, qualora di queste agevolazioni dovessero effettivamente usufruire quelle aziende che, pur occupando allo stato un numero di lavoratori regolari inferiori a 15, si servono di manodopera aggiuntiva irregolare la quale, una volta emersa consentendo però all'impresa stessa di godere dell'esenzione dal regime di « stabilità reale », determinerebbe fenomeni di concorrenza sleale nei confronti di quelle aziende medio-grandi che hanno sempre operato nella legalità⁷.

Come si può facilmente capire da questi dati l'impatto concreto delle modifiche proposte è comunque assai limitato e, non del tutto a torto, da parte governativa si è obiettato alla levata di scudi del mondo del lavoro rilevando come

⁶ Treu (a cura di), *La questione dimensionale nell'industria italiana*, Il Mulino, Bologna, 1999, 635-661.

⁷ Bellavista, *La riforma della disciplina del licenziamento individuale*, in F. Carinci, Miscione (a cura di), *Il diritto del lavoro dal « Libro Bianco » al Disegno di legge delega 2002*, IPSOA, Milano, 2002.

molte delle proposte di riforma avanzate nel corso della precedente legislatura, su iniziativa di ambienti appartenenti all'attuale opposizione, fossero di contenuto ben più significativo, quanto all'impatto complessivo sulla vigente disciplina dei licenziamenti.

3. Anche tralasciando il D. D. L. Debenedetti, nel quale è trasfusa l'audace e radicale riforma proposta dall'amico Ichino che, pur senza tornare alla originaria disciplina codicistica, ipotizza il sostanziale venir meno dell'obbligo di giustificazione del recesso datoriale, compensato dalla necessità di versare comunque al dipendente licenziato un'indennità di misura variabile fra 6 e 30 mensilità di retribuzione in funzione della sua anzianità, la stessa proposta presentata dall'ex Ministro Treu, interamente costruita sulla valorizzazione dell'arbitrato come strumento privilegiato di soluzione delle controversie in materia di licenziamento, si proponeva di eliminare l'automaticità della reintegrazione quale sanzione nei confronti del licenziamento illegittimo, ampliando lo spettro di possibili rimedi nella disponibilità dell'arbitro (o del giudice), in considerazione della molteplicità di elementi che possono differenziare ciascuna fattispecie concreta: dimensioni e condizioni complessive dell'attività esercitata dal datore di lavoro, situazione del mercato del lavoro locale, anzianità e condizioni del lavoratore, comportamento complessivo delle parti prima del licenziamento e nel corso della stessa procedura.

In realtà, paradossalmente, proprio la pochezza sostanziale degli interventi ipotizzati e la sostanziale estraneità del tema specifico rispetto ai contenuti più generali del D. D. L., che si proponeva di trasformare in interventi normativi il disegno riformatore complessivamente delineato nel *Libro Bianco*, coniugati con l'ostentazione di « decisionismo efficientistico » che ha accompagnato la presentazione del disegno di legge, spiegano l'apparente sproporzione delle reazioni sindacali nei confronti della proposta stessa: il contributo di razionalizzazione della disciplina è infatti troppo modesto — e, pur nella sua limitatezza, tutto da dimostrare — per giustificare ciò che viene percepito come un vero e proprio attacco ad un sistema di garanzie che è comprensibilmente vissuto dal mondo del lavoro come una conquista meritevole di essere difesa con tutti i mezzi possibili.

Ed a questo proposito va rilevato come certo non la previsione, in sé, della reintegrazione quale sanzione nei confronti del licenziamento privo di giustificazione costituisca, come da taluno si è detto in passato e dagli ambienti governativi si continui a sostenere, una assoluta peculiarità italiana e di pochi altri paesi minori nell'ambito dell'Unione Europea (Austria, Portogallo), quanto piuttosto la sua automaticità e la connessa (teorica) assenza di alternative.

Per quel che valgono questi confronti che — lo dico da antico e appassionato cultore del diritto del lavoro comparato — nella loro superficialità poco ci dicono del contesto complessivo nel quale le singole discipline trovano la propria collocazione, va comunque ricordato come nella Repubblica Federale Tedesca il ripristino del rapporto in capo al lavoratore illegittimamente licenziato costituisca il rimedio generale previsto dalla legge, che consente però al

datore di lavoro di dimostrare, pur a fronte di un licenziamento illegittimo, l'impossibilità di ricostituire le condizioni per una « ulteriore e proficua collaborazione fra le parti »: se convincente, essa può indurre il giudice stesso all'applicazione di un rimedio di tipo risarcitorio.

In Francia, invece, nelle imprese con più di 11 dipendenti e per il caso di un lavoratore con più di due anni di anzianità aziendale la sanzione è, a discrezione del giudice, la reintegrazione ovvero il pagamento di un'indennità: quest'ultima è comunque dovuta nel caso in cui il datore di lavoro o lo stesso lavoratore rifiutino la reintegrazione.

Nello stesso Regno Unito, d'altra parte, la *reinstatement* (ripristino del rapporto) o il *re-engagement* (riassunzione in una forma di impiego paragonabile a quella persa) del lavoratore sono i rimedi primari nei confronti del licenziamento illegittimo, fatta salva la possibilità del giudice di distinguere in merito alla opportunità del ricorso all'uno o all'altro. Nel caso di concreta impraticabilità del *re-employment* per il rifiuto del datore di lavoro al lavoratore spetta, in aggiunta ad una indennità connessa all'illegittimità del licenziamento, un'ulteriore indennità (*additional award*) per il mancato *re-employment*.

4. Tornando al nostro ordinamento, ciò che in proposito si può rilevare è come la tutela del posto di lavoro sia anche — e soprattutto — tutela della persona del lavoratore, mentre passa in secondo piano la tutela di carattere generale dei livelli occupazionali, ragionevolmente affidata a strumenti diversi da quello tipicamente regolativo, più adatto a sancire diritti ed obblighi deducibili in giudizio nelle Corti di giustizia che non a promuovere virtuosi processi di sviluppo dell'economia.

In una tale prospettiva, il complesso sistema sanzionatorio incentrato sulla tutela reale del posto di lavoro costituisce, a tutt'oggi, il momento forse più elevato di attuazione legislativa del dettato costituzionale nel momento stesso in cui la direttiva di cui all'art. 4, che contiene il comando rivolto allo Stato di garantire le condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro di tutti i cittadini, viene a saldarsi con l'assolutezza del principio di tutela della dignità umana (art. 2).

Nel dibattito sulla rigidità del sistema delle tutele nella conservazione del posto di lavoro, che non consentirebbe di liberare la domanda di nuova occupazione più adeguata, per formazione professionale e flessibilità, ai tempi che cambiano c'è chi si è spinto a prefigurare l'ombra di un contrasto con il sopra ricordato principio di cui all'art. 4 della Costituzione. A questo proposito, si può osservare come una riflessione, anche critica, sul sistema vigente possa essere indotta da considerazioni relative all'efficienza del nostro mercato del lavoro. Può essere, infatti, condivisibile il dubbio sulla razionalità di un sistema che consente la permanenza forzosa nel mondo degli occupati, di lavoratori che non hanno — o non hanno più — le qualità adatte alle richieste del mercato, sottraendo in tal modo possibilità di lavoro ad altri soggetti, magari più meritevoli.

Meno solida, perché fondata su una prefigurazione di specifici scenari futuri tutti da verificare ed in realtà già smentiti dai recenti dati sulla crescita

dell'occupazione nel corso dell'ultimo anno, risulta invece essere la tesi secondo la quale, la semplice riduzione dei vincoli al potere del datore di lavoro di liberarsi dei propri dipendenti, darebbe il via ad un meccanismo virtuoso di evoluzione del mercato del lavoro con « naturali » effetti positivi sull'occupazione: mancano evidenze empiriche e, sul piano teorico, appare quantomeno semplicistica l'instaurazione di uno stretto meccanismo di causa/effetto tra l'esistenza di vincoli al licenziamento e i tassi di disoccupazione. Le attese del legislatore tedesco in questo senso, che avevano portato nel 1996 ad una sostanziale riduzione dei livelli di tutela contro i licenziamenti nella prospettiva di una flessibilizzazione che comportasse un corrispondente aumento dei posti di lavoro furono sostanzialmente disattese dal mercato al punto da determinare, nel 1998, un'inversione di tendenza, che ha ricondotto la tutela nei confronti del licenziamento illegittimo agli *standards* precedenti ⁸.

Anche nel nostro paese, con ogni probabilità, una scelta di politica legislativa diretta ad aumentare il tasso di flessibilità « in uscita » dal posto di lavoro comporterebbe l'ingresso nel mondo degli occupati di quote, anche considerevoli di ex disoccupati. Ma il risultato conclusivo porterebbe ad un semplice scambio di posizione tra occupati e disoccupati, in una laboriosa operazione a somma zero ⁹, comunque non idonea, tanto più in assenza di una più generale riforma del mercato del lavoro — in particolare, quel sistema di ammortizzatori sociali e di formazione professionale che, pur diversamente articolato, è comunque operativo nelle esperienze dei paesi che si è soliti richiamare quali modelli cui adeguarsi — a giustificare, sul piano tecnico-giuridico, un giudizio di maggiore coerenza del sistema eventualmente rinnovato rispetto al dettato costituzionale complessivo.

Un effettivo elemento di criticità dell'intero sistema è indubbiamente costituito dall'arbitrarietà della soglia di accesso — più o meno di 15 dipendenti — all'una, piuttosto che all'altra tutela: in questo senso, la considerazione delle complessive condizioni dell'impresa e di un insieme di altri elementi contingenti, sulla scorte delle diverse ipotesi contenute nella proposta Treu della passata legislatura, potrebbero rendere estremamente ragionevole una modulazione delle soluzioni di volta in volta più opportune.

Al riguardo, si può ovviamente obiettare che l'allargamento dello spettro di possibili rimedi finirebbe con l'aumentare i margini di incertezza della soluzione, abbassando ulteriormente le garanzie di certezza del diritto e, per quel che specificamente riguarda l'imprenditore, di prevedibilità dei costi: proprio in considerazione di quest'ultimo aspetto della questione, l'idea, anche recentemente rilanciata da un giurista del calibro di Gino Giugni ¹⁰, di una valorizzazione degli strumenti consensuali di risoluzione delle controversie in materia — conciliazione e arbitrato — è sicuramente suggestiva perché, affidando la soluzione ad un organismo che, per struttura e composizione, si pone come

⁸ Daubler, *Il caso tedesco*, in *I licenziamenti individuali*, cit., 2002.

⁹ Accornero, *L'ultimo tabù*, Bari 1999.

¹⁰ Cfr. *La Repubblica*, 2 aprile 2002.

elemento di garanzia degli interessi di entrambe le parti, potrebbe legittimamente porsi come utile occasione di confronto e di negoziato fra soggetti responsabilmente impegnati a contemperare efficienza dell'impresa e garanzie dei diritti del lavoratore.

Dalla proposta Treu, d'altra parte, il disegno di legge governativo sembra aver mutuato il ruolo centrale che potrebbe essere svolto dall'arbitrato in un processo di ulteriore flessibilizzazione delle tutele: l'art. 12 della proposta di delega, infatti, nell'ambito di una più generale riformulazione della materia relativa all'arbitrato nelle controversie di lavoro affida espressamente allo strumento arbitrale la scelta fra i due diversi regimi di protezione dell'impiego, oggi diversificati in ragione della soglia dimensionale.

Mi annovero, personalmente, nella schiera di coloro che ritengono cruciale per i futuri sviluppi della disciplina del mercato del lavoro una valorizzazione dello strumento arbitrale ed anche recentemente, pur consapevole dei delicati profili del rischio di un contrasto con gli articoli 24 e 25 della Costituzione¹¹, ho avuto modo di sostenere, seppure dubitativamente, la perseguibilità di un ricorso vincolato al meccanismo arbitrale per la soluzione delle controversie in materia di licenziamento: a condizione che ciò avvenga su espressa previsione della contrattazione collettiva, con riferimento anche a quanto stabilito nell'art. 412-ter, c.p.c., e, soprattutto, nell'ovvio rispetto della garanzia giurisdizionale in caso di violazione di diritti derivanti da disposizioni inderogabili di legge, in coerenza con quanto è, peraltro, già previsto dall'art. 412-quater, c.p.c.¹².

L'obiettivo avrebbe potuto, forse, essere perseguibile, attraverso appropriate modifiche legislative, in un clima di fiducia reciproca e di collaborazione fra le parti sociali che non è di questi tempi ed al raggiungimento del quale sicuramente non contribuiscono i proclami «gladiatori» e le «prove di forza» quotidianamente messi in scena dall'attuale classe di governo: quanto alla previsione di cui all'art. 12 del D. D. L., è del tutto evidente come l'assenza, nell'impianto complessivo della delega, di ogni riconoscimento di un ruolo centrale alla mediazione sindacale, da un lato, e l'eccesso di zelo che induce a prevedere l'avvento di un sistema di arbitrato equitativo, dall'altro, abbiano costretto il Governo proponente a ribadire il carattere di imprescindibile volontarietà del meccanismo arbitrale, a pena, date le caratteristiche dell'istituto prefigurate nella proposta di delega, di insuperabili profili di incostituzionalità.

¹¹ Da ultimo vedi Corte Cost., 13 aprile 2000, n. 115.

¹² Liebman, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *I licenziamenti individuali*, cit., 2002.

Disegno di legge delega ed esternalizzazioni

Pietro Ichino

Sommario: **1.** Premessa. — **2.** La nuova disciplina delle esternalizzazioni proposta dal Governo. — **3.** Il contenuto del D. D. L. n. 848/2001 in materia di esternalizzazioni e interposizione. — **4.** Conclusioni.

1. Sono stato autorizzato dal Presidente a fare due brevissime chiose sui temi di questa mattina, prima di svolgere il tema che mi è stato assegnato. La prima riguarda la relazione di Stefano Liebman, là dove essa dà conto della proposta di riforma della disciplina dei licenziamenti da me proposta nel 1996, poi tradotta nel disegno di legge Debenedetti del 1997. Quella proposta non prevedeva una mera sostituzione dell'attuale tutela reale in tutela risarcitoria, bensì la trasformazione, in caso di licenziamento non disciplinare, della posizione di *job property* a tempo indeterminato, di cui sostanzialmente il lavoratore oggi gode in virtù dell'art. 18 dello Statuto, in una posizione di *job property* a tempo determinato, per un periodo minimo di sei mesi, proporzionato per il resto all'anzianità di servizio, con facoltà per il lavoratore di andarsene in qualsiasi momento convertendo il periodo residuo in indennizzo. L'idea era quella di combinare una salvaguardia efficace del valore non patrimoniale che il posto di lavoro riveste per il lavoratore con un efficace incentivo alla ricerca da parte sua di una nuova occupazione: l'indennizzo è tanto più elevato quanto più ridotto è il periodo di transizione.

L'altra chiosa riguarda l'intervento di Valerio Speciale, nella parte in cui egli ha affermato che la stessa norma — sempre l'art. 18 dello Statuto — si applica al tempo stesso nell'Italia settentrionale, dove si registra una sostanziale piena occupazione, e in quella meridionale dove invece il tasso di disoccupazione è altissimo: donde l'impossibilità di attribuire alla norma l'effetto di un incremento di questo tasso. Che questo effetto non sia dimostrato è vero; ma credo che non si possa neppure trarre argomento contrario all'esistenza di quell'effetto dall'osservazione delle diversità di funzionamento del mercato del lavoro al Nord e al Sud. Il fatto è che la stessa norma al Sud si presta ad alimentare un circolo vizioso, che ne altera anche il contenuto pratico, in termini di maggiore rigidità del vincolo. Al Sud alla situazione di alta disoccupazione, con conseguente maggiore « pericolosità » del mercato per i lavoratori, genera una maggiore litigiosità (in Campania 2% annuo di controversie di lavoro rispetto

(*) *Pietro Ichino è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università Statale di Milano.*

al numero degli occupati, a fronte dello 0,2% del Triveneto), con conseguente durata del processo doppia o persino tripla rispetto al Nord (il che è già di per sé sufficiente per raddoppiare o triplicare la sanzione risarcitoria che l'imprenditore rischia in caso di soccombenza nella causa sul licenziamento); inoltre, come una recente ricerca ha dimostrato e come è ben comprensibile, i giudici del Sud sono più severi di quelli del Nord nell'applicazione della regola del giustificato motivo di licenziamento, poiché il danno che ne consegue per il lavoratore è maggiore; così quella regola, formalmente identica al Sud e al Nord, produce al Sud l'effetto pratico di una rigidità assai maggiore, che a sua volta contribuisce ad alimentare il circolo vizioso della vischiosità del mercato del lavoro. A Milano, invece, la maggiore fluidità del mercato del lavoro fa sì che il lavoratore, quando si accorge che nella sua azienda « non tira aria buona », trovi facilmente un nuovo posto e possa essere indotto a lasciare il vecchio in cambio di un incentivo assai più ridotto di quello che occorre invece in un'azienda del Sud.

2. Vengo al tema della nuova disciplina delle esternalizzazioni proposta dal Governo. Nel primo commento organico al disegno di legge, curato da Franco Carinci e Michele Miscione, Maria Teresa Carinci scrive che questa parte del progetto di riforma è ispirata alla proposta *de iure condendo* da me avanzata nella relazione introduttiva alle Giornate di studio della nostra Associazione che si sono svolte a Trento nel 1999. Questo è forse vero in riferimento alla *pars destruens* di quella mia relazione, dove avevo sostenuto l'inattualità del divieto generale di interposizione posto dal legislatore nel 1960; mi sembra assai meno vero in riferimento alla *pars construens*. In quella relazione avevo cercato di mostrare come la distorsione rispetto al funzionamento efficiente del mercato del lavoro sia causata non dal fatto che la segmentazione del processo produttivo avvenga sotto forma di interposizione piuttosto che di appalto, bensì dalla ridotta consistenza organizzativa e patrimoniale dell'appaltatore o interposto, o dal fatto che questi sia in posizione di dipendenza economica dal committente. E ho proposto un nuovo sistema di protezione il cui criterio di applicazione sia riferito più alla qualità imprenditoriale dell'appaltatore o interposto e alla sua posizione nel mercato, che alla classificazione concettuale del contratto in termini di appalto o di interposizione. Questa seconda parte della mia proposta di tre anni fa non è ripresa nel *Libro Bianco* del Ministro del Lavoro e nel disegno di legge del Governo.

Il fatto che questa parte della mia proposta non sia ripresa nel progetto di riforma non mi induce, peraltro, a rifiutare *in limine* l'idea di una riforma profonda della materia, come attentato al nostro sistema di protezione del lavoro: sia perché altri diritti del lavoro floridi ed efficienti, come quello olandese, quello britannico o quello danese, vivono benissimo anche senza un divieto generale drastico dell'interposizione nelle prestazioni di lavoro, sia perché non riesco molto a commuovermi all'idea che una « chiave di volta » del sistema di protezione dei lavoratori possa consistere in un sottilissimo, quasi impalpabile « distinguo » puramente concettuale, quale è quello fra interposizione e appalto di servizi.

Mi spiego. Quando verso sera le belle aule di questa Università vengono invase da un esercito di lavoratori inviati dall'impresa appaltatrice del servizio di pulizia, questo può avvenire legittimamente perché quell'impresa formalmente si è obbligata a un *opus* determinato: i nostri pavimenti puliti (oppure, se si preferisce, a un determinato *servizio*: la pulizia dei nostri pavimenti). Ma la posizione sostanziale di quei lavoratori sarebbe esattamente la stessa, il « rapporto materiale di produzione » — per usare una ormai desueta terminologia marxiana — sarebbe esattamente lo stesso se nel contratto fra Università e impresa fosse scritto che oggetto dell'obbligazione è la mera fornitura del lavoro. Il « distinguo » è puramente formale e astratto: la posizione, i rischi, il bisogno di tutela di quei lavoratori sono, nei due casi, esattamente gli stessi. Non è certo l'uso di uno spazzolone e di uno straccio di proprietà dell'impresa di pulizia a mutare la qualità economico-sociale del rapporto.

La stessa identica cosa potremmo dire di una infinità di rapporti di « esternalizzazione » che abbiamo quotidianamente sotto gli occhi: quello dei *vigilantes* forniti dai c. d. « istituti di vigilanza » alle banche, quello degli addetti ai vagoni-cucette delle Ferrovie, forniti dalla Compagnia Vagoni Letto, quello dei manutentori operanti in permanenza presso imprese industriali medie o grandi ma dipendenti da imprese appaltatrici del servizio di manutenzione, quello degli impiantisti che vengono inviati dal subappaltatore nei cantieri edili a eseguire la posa di tubature o impianti elettrici nelle case in costruzione, e così via. Tutti casi, questi, in cui la condizione del lavoratore e l'esigenza di una sua protezione sarebbero assolutamente identiche se nel contratto con il committente fosse indicata come oggetto della prestazione dell'appaltatore, invece che l'opera (vigilanza, manutenzione, posa dell'impianto, ecc.), la mera fornitura della manodopera necessaria per l'esecuzione dell'opera.

Pur con tutta la grande amicizia e la stima che mi lega alle nostre tre grandi vestali della L. n. 1369/1960, Gisella De Simone, Maria Teresa Carinci e Olivia Bonardi, non riesco a commuovermi per il grido di dolore che esse lanciano di fronte alla prospettiva del superamento di quel divieto drastico di interposizione, vecchio ormai di oltre quarant'anni, in nome di un « distinguo » tanto concettualmente netto quanto irrilevante sul piano economico-sociale in una infinità di casi pratici. La distinzione fra segmentazione del processo produttivo socialmente pericolosa ed esternalizzazione fisiologica di funzioni imprenditoriali non passa di lì. Non passa di lì, innanzitutto, perché in molti casi fornitura di manodopera e appalto di servizi sono inestricabilmente intrecciati nello stesso rapporto (come è esplicitamente ammesso dalla legge olandese). Inoltre perché è ormai pacifico che anche la gestione delle risorse umane sia una funzione che richiede un *know-how* specifico, suscettibile di costituire oggetto di un'attività imprenditoriale a sé stante, la quale si estrinseca tuttavia sul piano contrattuale in una mera fornitura di manodopera. Il fornitore di lavoro ben può essere un imprenditore specializzato in questo campo, dunque svolgere una funzione economicamente utile e non di per sé pericolosa sul piano sociale: per lo meno, non più pericolosa di quanto lo sia l'attività di un'impresa di pulizia o di manutenzione, oppure di un istituto di vigilanza.

Non riesco a vedere alcun motivo per cui questa particolare attività imprendi-

toriale debba essere ammessa soltanto nel campo del lavoro temporaneo e non anche nel campo del lavoro stabile, dove essa viene comunemente indicata nei Paesi anglosassoni con il termine *staff leasing*. L'attività dell'impresa di pulizia, di manutenzione, di vigilanza, è sostanzialmente — dal punto di vista degli interessi concreti dei lavoratori coinvolti — in tutto e per tutto equivalente a una attività di *staff leasing*. Se è così, non facciamo di un impalpabile « distinguo » concettuale un idolo: guardiamo agli effetti pratici della norma, e solo a quelli.

Di un eccesso di concettualismo si nutre, nel nostro campo specifico, l'endemica faziosità che affligge il nostro Paese, dividendo bianchi e neri, guelfi e ghibellini, l'un contro l'altro permanentemente armati in difesa di bandiere non sempre corrispondenti a interessi pratici concreti, portando gli uni a eccessi che generano poi per reazione eccessi opposti. Donde il rischio che, a una fase in cui prevale lo zelo degli uni nella difesa di vecchi principi, faccia seguito una fase in cui prevale uno zelo di segno inverso, con una oscillazione del pendolo troppo ampia per giovare a una sperimentazione pragmatica e non politicamente catastrofica di nuovi assetti giuridici della materia.

3. Passiamo a esaminare più da vicino il contenuto del disegno di legge in materia di esternalizzazione e interposizione.

Articolo 1, secondo comma, lettera *h*, punto 1: l'autorizzazione della somministrazione di manodopera deve essere concessa soltanto ai soggetti identificati a norma della lettera *g*, la quale prevede « un unico regime autorizzatorio o di accreditamento per gli intermediari privati » nel mercato del lavoro, « differenziato in funzione del tipo di attività svolta »; e indica tra i destinatari dell'autorizzazione anche le associazioni non riconosciute e gli « organismi bilaterali costituiti da associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori comparativamente rappresentative a livello nazionale o territoriale ». Concordo sull'opportunità della differenziazione del regime, a seconda che l'attività autorizzata sia quella di mera mediazione fra domanda e offerta, oppure quella di fornitura di manodopera, perché solo nel primo caso l'autorizzazione deve a mio avviso poter essere ottenuta anche da associazioni non riconosciute ed enti bilaterali, in generale da chiunque svolga in modo permanente un ruolo di canalizzazione di informazioni su domanda e offerta di lavoro. Nel caso della fornitura di manodopera, invece, per i motivi di cui ho già detto mi sembra necessario che l'autorizzazione sia riservata esclusivamente a chi svolga professionalmente tale attività, nel campo del lavoro temporaneo o dello *staff leasing*, possedendone i requisiti tecnici e l'indispensabile affidabilità patrimoniale. A me sembra che la disciplina dettata in proposito dalla L. n. 196/1997 per la fornitura di lavoro temporaneo abbia dato nel complesso buona prova (salvo un certo abbassamento della guardia sul piano applicativo da parte del Ministero del Lavoro, a cui si assiste da un paio d'anni, che lascia spazio a qualche operatore troppo disinvolto) e possa per il momento essere conservata ed estesa all'attività di *staff leasing*, così indirettamente ponendosi un divieto generale dell'attività professionale di fornitura di manodopera per chi operi in posizione di dipendenza economica dall'utilizzatore-committente.

La riforma potrebbe inoltre costituire una buona occasione per dare un riconoscimento legislativo a quel caso particolare di somministrazione di lavoro, che è costituito dal comando o distacco di personale tra imprese. Qui occorrerebbe chiarire, in particolare, se sia necessario o no il consenso del lavoratore: si potrebbe stabilire che il consenso è indispensabile in tutti i casi in cui il distacco comporti un mutamento rilevante del luogo di lavoro o del contenuto delle mansioni. Occorrerebbe inoltre introdurre nel nostro ordinamento una norma analoga a quella olandese che consente la fornitura di manodopera, senza necessità di autorizzazioni, come elemento accessorio di un rapporto di appalto di servizi: di fatto questo già oggi accade diffusamente anche da noi, senza sostanziale danno per i lavoratori interessati, ma in violazione della legge del 1960.

Al punto 3 della lettera *h* si prevede che il legislatore delegato chiarisca « i criteri di distinzione tra appalto e interposizione »; e al punto 7 lo si incarica dell'« aggiornamento degli indici legali di distinzione tra interposizione illecita e appalto di manodopera ». Quanto al punto 3, non mi sembra che sia necessario tanto un chiarimento dei criteri astratti di distinzione, rispetto ai risultati assai netti di una elaborazione dottrinale ormai ultraquarantennale, quanto piuttosto una sdrammatizzazione della distinzione stessa là dove essa non serve a individuare un'attività socialmente pericolosa. Opportuno mi sembra, invece, che l'interposizione resti vietata in tutti i casi in cui essa configuri tuttora un fenomeno pericoloso: vecchie e nuove forme di caporalato e di cottimismo, cui corrisponde sostanzialmente una riduzione delle garanzie e/o degli standard di trattamento dei lavoratori; qui la distinzione tra attività lecita e illecita passa tra chi esercita professionalmente l'attività di fornitura di lavoro, essendo in possesso dei requisiti che consentono di ottenerne l'autorizzazione e in posizione di sostanziale autonomia economica dal committente, e chi no. Non riesco a vedere quale funzione dovrebbero svolgere qui i nuovi « indici legali » di cui si parla al punto 7 della disposizione proposta, poiché qui il problema è essenzialmente di selezione degli operatori, e la relativa funzione di filtro può essere svolta soltanto dai requisiti per l'autorizzazione, di cui ho parlato prima.

Al punto 2 e al punto 3 della lettera *h* il disegno di legge prevede che il contratto di fornitura di manodopera sia consentito soltanto in presenza di « ragioni di carattere tecnico, produttivo od organizzativo ». Questa mi sembra una disposizione molto inopportuna, poiché nella sua assoluta genericità essa attribuisce al giudice una discrezionalità illimitata nella valutazione circa la legittimità del contratto, con conseguente gravissima e ineliminabile incertezza circa la sua praticabilità. È lo stesso errore che il legislatore ha recentemente compiuto nel decreto legislativo n. 368 del settembre scorso, in materia di contratti a tempo determinato, dove la genericità della formulazione dell'articolo 1 fa sì che gli imprenditori siano realmente tranquilli, nell'assumere un lavoratore a termine, soltanto quando il contratto rientri in uno dei casi previsti dalla vecchia legge del 1962. Introdurre una sorta di clausola generale di « giustificato motivo di interposizione » può generare soltanto una dannosa incertezza sull'esito dell'eventuale verifica giudiziale.

Ai punti 4 e 5 il disegno di legge prevede rispettivamente: nel contratto di somministrazione di manodopera un regime di solidarietà passiva tra fornitore e utilizzatore nei confronti del lavoratore interessato; in riferimento a tutti i casi di segmentazione del processo produttivo, siano essi in forma di somministrazione di manodopera o di appalto di opere o servizi, l'« identificazione di un corpo normativo inderogabile minimo, applicabile a tutti i rapporti di lavoro ». Qui a me sembra che il progetto governativo pecchi prima per difetto, poi per eccesso. Per difetto nel punto 4, nel quale esso limita la protezione della solidarietà passiva ai soli casi di somministrazione di manodopera; per difetto nel punto 5, dove estende a tutti gli appalti, di qualsiasi natura, una protezione di cui nella maggior parte dei casi non si vede la necessità. Nell'ordine di idee della mia proposta del 1999, la protezione, che ben potrebbe essere ancora quella prevista dall'art. 3 della legge del 1960 (non solo solidarietà passiva di committente e appaltatore, ma anche parità di trattamento a parità di mansioni tra i dipendenti del secondo e quelli del primo), dovrebbe essere estesa a tutti i casi in cui l'appaltatore operi in posizione di dipendenza economica dal committente, cioè operi continuativamente ed esclusivamente o prevalentemente per quest'ultimo.

Un ultimo rilievo analitico in riferimento al punto 8 della lettera *h*, a proposito del « meccanismo certificatorio » di cui all'art. 9 del disegno di legge, che dovrebbe essere utilizzato « ai fini della distinzione concreta tra interposizione illecita e appalto genuino ». Su questo punto condivido interamente le critiche esposte da Luigi De Angelis nel commentario del disegno di legge curato da Carinci e Miscione. Aggiungo soltanto che sono molto favorevole a una sperimentazione più estesa di quanto sia oggi previsto dalla nostra legge — e in particolare dall'art. 410 del codice di procedura civile — dell'istituto della « volontà negoziale assistita », come strumento per un prudente ampliamento degli spazi in cui l'autonomia negoziale individuale può operare anche in deroga rispetto agli standard collettivi (dobbiamo guardare con attenzione a quanto si sta sperimentando da qualche anno in Australia). Ma questa sperimentazione può riguardare soltanto materie soggette per loro natura all'autonomia negoziale privata, quali la struttura e l'entità della retribuzione, il tempo di lavoro, o altri aspetti del rapporto contrattuale, dell'assetto dei reciproci interessi delle parti; non può riguardare, invece, la qualificazione stessa del rapporto, che è e deve rimanere sempre riservata in via esclusiva al giudice.

4. Una considerazione conclusiva. Negli ultimi mesi sono circolate — soprattutto, ma non soltanto, nella rete — diverse manifestazioni di ansia, talora di vera e propria angoscia, di qualcuno di noi giuslavoristi, per la prospettiva di essere privati della nostra materia: la prospettiva, cioè, che il diritto del lavoro scompaia. Il titolo stesso di questa giornata di studio può essere letto un po' come manifestazione di questa preoccupazione.

Certo, questa preoccupazione non può che essere alimentata da episodi parlamentari come quello, a cui abbiamo assistito nei giorni scorsi, dell'approvazione da parte del Senato di un emendamento che esclude l'applicazione dei

primi due titoli dello Statuto dei lavoratori alle imprese irregolari che si regolarizzano: una vera e propria follia sul piano costituzionale.

Tuttavia a me non sembra che questo infelice episodio parlamentare, auspicabilmente destinato a essere riassorbito al più presto, sia rappresentativo della tendenza legislativa in atto. Vedo semmai la prospettiva che nel confronto fra la cultura giuslavoristica straordinariamente strutturata e affinata di cui sono portatrici la nostra dottrina e giurisprudenza, da un lato, e dall'altro un legislatore riformatore privo di altrettanto retroterra di elaborazione concettuale ed esperienza di applicazione pratica, sia la prima e non il secondo a prevalere. È ciò che sta accadendo in materia di contratti a termine.

Che questo accada, e che il legislatore riformatore sia costretto a farsi le ossa in questo confronto, è naturale e tutto sommato non è un male. Purché tra le due parti si instauri una dialettica fondata sul rispetto reciproco: rispetto, da parte del legislatore riformatore, delle ragioni di una cultura giuslavoristica nella quale si manifestano, certo, delle vischiosità talora eccessive, ma che è pur sempre espressione di un esercizio ormai secolare della razionalità giuridica; rispetto, da parte dell'*establishment* giuslavoristico, delle ragioni di un legislatore che si propone di riformare il diritto del lavoro, nella consapevolezza che un ordinamento democratico vive anche del confronto tra tendenze di politica legislativa diverse e trae beneficio dalla sperimentazione del metodo del *try and go*. Proviamo; se andrà bene confermeremo; altrimenti cambieremo. Metodo, questo, da applicare in uno spirito laico, dove la laicità si nutre anche e soprattutto della comparazione internazionale; mentre ideologismi e faziosità, a destra come a sinistra, si nutrono della chiusura provinciale degli orizzonti. Se c'è un solo vantaggio, nel fatto di essere un Paese più arretrato di altri, questo vantaggio sta nella possibilità di sfruttare le esperienze compiute dai Paesi più avanzati, utilizzandone la parte migliore. È questo il messaggio più importante che ci ha lasciato Marco Biagi e sul quale, credo, abbiamo ancora molto da riflettere.

Le tutele del lavoratore nel mercato del lavoro

Tiziano Treu

Sommario: 1. Premessa. — 2. La tutela del lavoratore. — 3. *Segue:* i contenuti delle tutele. — 4. *Segue:* gli ammortizzatori sociali. — 5. Conclusioni.

1. Grazie. Una piccola chiosa prima di iniziare il mio commento al tema. Proprio ieri in Senato abbiamo discusso il tema ora affrontato da Pietro Ichino. In un lungo emendamento presentato da una parte dell'opposizione di cui sono primo firmatario, si sostengono alcune posizioni che abbiamo appena sentito. Mi limito a dire che lo *staff leasing* o meglio la fornitura di manodopera esiste già, sia pure nella forma limitata del lavoro interinale tramite agenzie.

Anche io credo che il punto su cui dobbiamo concentrarci è l'organizzazione del soggetto intermediatore; la sua consistenza e serietà aziendale.

Venendo al tema che mi è stato assegnato, mi corre anzitutto l'obbligo di premettere che, pur essendo anche io convinto che su molte questioni qui discusse il *Libro Bianco* offre un contributo importante (più il *Libro Bianco* che la delega) preferisco il titolo al sottotitolo del convegno: cioè « Il futuro del diritto del lavoro ». Il sottotitolo che si riferisce al *Libro Bianco* segna un decalogo rispetto al titolo.

Non facciamo l'errore di pensare che l'orizzonte futuro del diritto del lavoro sia il *Libro Bianco!*

In realtà l'orizzonte è l'Europa, cioè l'elaborazione comunitaria. Nel panorama che conosco mi sembra che questa elaborazione dia i materiali più interessanti, anche se materiali. Non concentriamo la nostra attenzione e le energie che la nostra corporazione esprime sul *Libro Bianco*.

Altrimenti rischiamo di restringere il nostro pensiero, ed anche di prendere qualche cantonata. Per esempio, se discutiamo di federalismo in materia di lavoro, e Mario Napoli l'ha fatto bene, non possiamo limitarci al *Libro Bianco*. Esso contiene un inciso che è discutibile, forse inavvertito, ma che è anche rilevante. La politica del Governo e gli atti normativi conseguenti vanno da un'altra parte; sono improntati non a un eccesso di federalismo, in cui cade un passaggio del *Libro Bianco*, ma a un tradizionale centralismo.

2. Fatta questa premessa vorrei articolare il mio discorso in alcuni sottocapitoli.

* Tiziano Treu è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università Cattolica di Milano.

Anzitutto perché è importante parlare della tutela del lavoratore nel mercato. Un'indicazione chiara in questo senso, viene dall'estensione del diritto del lavoro in particolare dal materiale dell'Unione europea sul futuro della nostra materia, in particolare il rapporto del gruppo di alto livello cui partecipò Marco Biagi.

Il fuoco delle elaborazioni europee non è sul rapporto di lavoro e tanto meno sul rapporto di lavoro subordinato. Le due prime piste delle *guidelines* europee sono su occupabilità e imprenditorialità. Non specifico perché credo che siano note.

Queste due piste, hanno una decina di sottocapitoletti, tutti riguardanti problemi di regolamentazione del mercato del lavoro e non del rapporto individuale.

La terza pista, quella sulla adattabilità, invece, è più concentrata sul rapporto di lavoro.

La quarta, che è la cenerentola, quella della parità, è diversificata, alcune indicazioni, quelle tradizionali, hanno a che fare con la parità di trattamento nel rapporto di lavoro, quelle sulle pari opportunità hanno riguardo a un ambito più ampio.

Si capisce il perché. I fenomeni che tutti rileviamo, cioè la innovazione, la variabilità dei lavori e dei contesti, il fatto che anche l'impresa sia sempre meno un fatto circoscritto, ed essa stessa in via di diversificazione o di « esplosione » ampliano il contesto necessario perché l'intervento pubblico sia utile al miglioramento del lavoro e della sua qualità.

Il posto di lavoro è sempre più « sfuggente », anche quando esiste; è un luogo fisico che si trasforma internamente con grande intensità per le modifiche tecnologiche e organizzative. Allora occorre avere occhio a contesti più ampi. Basta pensare alla formazione professionale. Quella vera, non quella svolta per ottenere le risorse dell'Unione europea, è sempre meno legata al posto di lavoro, quella più pregiata deve essere sempre meno « firm specifici », cioè meno legata alla utilizzabilità in data impresa; ma deve essere più fruibile in ambiti ampi, sul mercato.

In sostanza la formazione è sempre più un bene pubblico e meno un fatto solo aziendalistico.

Questo in sintesi è l'ordine dei motivi per cui è importante occuparsi di tutele nel mercato.

Secondo punto: il termine tutele è in realtà poco appropriato o riduttivo.

Il futuro del diritto del lavoro non ci pone semplicemente l'esigenza di rimescolare, o rispalmare lo stock di tutele esistenti. Cambiando l'asse e i destinatari cambia il tipo di bisogni che dobbiamo fronteggiare. Si tratta di costruire e di amministrare tutele diverse. Solo alcuni come certi diritti fondamentale restano uguali a quelli che conosciamo nella centenaria esperienza del secolo scorso.

Anche il concetto e le forme di tutela vanno aggiornati non posso approfondire, ma è necessario introdurre nuovi tipi di tecnica regolativa. La tutela classica, la norma inderogabile uguale a se stessa vale meno, perché fatica a coprire nello stesso modo intere aree di mercato, e quindi milioni di persone.

Si diffondono e si utilizzano tecniche di regolazione nuove «*soft*» o per obiettivi. Penso che non sia un male, ma anche chi pensa diversamente deve fare i conti con queste novità diffusissime in Europa.

I giuspubblicisti rilevano che la stessa legislazione tradizionale, in conseguenza del federalismo e del bipolarismo tende a diventare una legislazione per principio, sempre meno di dettaglio. Cambia proprio il tipo di regolazione. Si usano di più le norme incentivante, che hanno a che fare con i rimedi e con le sanzioni. Sia per il mercato regolare del lavoro, sia per il mercato sommerso, è comune stabilire condizioni precise per la fruizione di sussidi pubblici. Oppure, per fare un altro esempio, gli utilizzi ed i costi della cassa integrazione possono variare a seconda del ricorso al lavoro precario da parte dell'azienda: chi la usa di più paga di più per fronteggiare il costo dei periodi inattivi.

Terza questione: a quali mercati si deve far riferimento. Sempre più a quelli locali-regionali; ma in un accezione, quella regionale, variabile e magari transnazionale. Il mercato europeo del lavoro è ancora di dimensioni ridottissime. La normativa italiana, con la riforma del Tit. V della Cost., riconosce la dimensione territoriale del mercato del lavoro. Ed è così anche in altri paesi. Un altro mercato che si comincia a considerare ma che pone problemi enormi, per ora appena esplorati, è quello «*sommerso*».

Quarta questione: i destinatari delle tutele sono più numerosi e diversi dai lavoratori subordinati tradizionali. Anche questo si sta verificando nelle legislazioni europee. E lo si riscontra nei dibattiti e in alcune proposte italiane.

Negli emendamenti che si stanno discutendo sulla legge delega del governo in argomento si indica, che alcune tutele sul mercato, devono riguardare, nella stessa misura o in misure graduate, sia i lavoratori subordinati sia i lavoratori autonomi, e le varietà di lavoro che stanno per così dire tra i due estremi. Nel mercato si muovono tutti questi lavori con bisogni diversi, e quindi con la necessità che il diritto del lavoro se ne occupi. Una novità radicale rispetto al secolo scorso quando la nostra materia s'è occupata quasi esclusivamente del lavoro subordinato.

Con Giuliano Amato ho curato una proposta di legge in materia (avevamo cominciato a costruirla con Biagi). Il nome è provvisorio è statuto dei diritti oppure Statuto dei nuovi lavori. Ci si è chiesto perché i lavori e non lavoratori. Il motivo per cui abbiamo usato il termine lavori, è che in questo tipo di tutele, ma forse anche in altre, è decisiva la posizione occupata di volta in volta dalle persone. Beninteso sappiamo che i lavoratori sono persone e che come tali vanno tutelate. Ma perché le medesime persone, possano ricoprire posizioni diverse nel corso della loro vita, molto più di un tempo il problema è di ricostruire un itinerario professionale e di vita significativo, tenendo conto delle diverse posizioni via via assunte.

Ulteriore punto, quali sono i contenuti di queste tutele sui mercati per tutti i lavori? In sintesi sono quelli che vanno sotto il titolo dell'occupabilità, dell'imprenditorialità e delle pari opportunità nelle *guidelines* europee.

Potrei finire qui, perché li conoscete tutti. Ma una declinazione si può fare perché la discussione italiana, su questi punti ha prodotto alcune specificazioni importanti.

3. Quattro mi sembrano le aree principali di intervento: in un ordine che può essere significativo.

Anzitutto le normative, seguite da interventi organizzativi adeguati, riguardanti le informazioni e i servizi sul mercato del lavoro. Insisto, informazione e servizi. Non credo che bastino le informazioni. Le informazioni sono una cosa importante perché l'accessibilità ad esse è disuguale e le asimmetrie informative vanno corrette ma occorrono servizi specifici che rendano fruibili le informazioni.

Il problema non è solo di sancire il diritto all'accesso gratuito alle informazioni; è come si garantiscono effettivamente gli accessi alle opportunità di lavoro.

Questo tipo di tutele, è molto importante anche per i lavoratori autonomi: quei lavoratori autonomi individuali, creativi ma deboli e minacciati dalla congiuntura economica di cui è popolata l'Italia.

A questi lavoratori serve avere accesso guidato alle informazioni ed ai servizi per cogliere le occasioni di impiego e le commesse migliori per la loro attività. C'è poco da innovare in questa materia per quanto riguarda la legislazione. C'è molto da gestire in una combinazione tra pubblico e privato che è stata appena annunciata. Purtroppo le iniziative che avevamo avviato nel 1997 si sono fermate o quasi. Gli operatori delle informazioni e dei servizi sono decisivi per la funzionalità del sistema. Concordo con Pietro Ichino. Nel 1997 il Governo era stato molto rigoroso nel stabilirne i requisiti. Vorrei che continuasse ad essere così. La direttiva europea sul lavoro interinale, che è stata proposta dalla commissione qualche giorno fa, insiste molto sui requisiti degli operatori e dà una buona valutazione della normativa italiana.

Su questo primo punto c'è un ulteriore problema: che ruolo possono avere qui gli enti bilaterali e le associazioni degli utenti. Esiste al riguardo una controversia ideologica, degna a mio avviso, di miglior causa. Nonostante il sindacato abbia cominciato la sua storia intervenendo nel collocamento, ora ci sono resistenze molto forti a riprendere questo ruolo. Nella legge delega del governo e anche negli emendamenti dell'opposizione tale ruolo è molto sottolineato. La gestione bilaterale delle informazioni e dei servizi all'impiego ed anche degli ammortizzatori sociali è a mio avviso uno degli strumenti sul cui uso il sindacato europeo deve riflettere seriamente. Si tratta di funzioni che può svolgere utilmente e che è utile per far fronte alle minacce di declino.

C'è una bella ricerca curata da Tito Boeri sul sindacato in Europa, da cui risulta chiaramente che i sindacati, del centro-nord, (l'Olanda, la Danimarca) hanno resistito alle crisi; mantenendo una buona tenuta organizzativa ed un tasso di sindacalizzazione alto per vari motivi ma, anche per il fatto che gestiscono bilateralmente servizi decisivi per i lavoratori.

Secondo punto: quello che riguarda la formazione continua. La formazione è una delle risorse fondamentali per tutti i lavoratori subordinati e autonomi. Una realtà tanto frequentemente riconosciuta quanto poca praticata.

Ciò non significa assolutizzare il valore occupazionale della formazione. Una critica fatta da molti di noi, nei confronti delle direttive europee è che esse tendono a porre eccessiva enfasi su questo valore.

Mi riferisco alle due indicazioni più vincolanti delle *guidelines* (le prime)

secondo le quali entro 6 mesi o entro 12 mesi da che uno è disoccupato o entra nel mercato del lavoro, deve ricevere un'offerta di servizi per l'impiego: sostenere colloqui di orientamento e ricevere l'offerta di un corso o di un'opportunità di lavoro.

Questo è molto importante. Però non basta attuare una forte politica organizzativa diretta a migliorare l'offerta di un lavoro per ottenere un buon risultato occupazionale, che è l'obiettivo finale.

Ricordo quel famoso economista che ammoniva: dire che basta insistere sulla formazione per avere buona occupazione, è come dire che si allenassero tutti i cani randagi a comportarsi come segugi, la selvaggina sarebbe immediatamente abbondante.

Se non c'è una politica economica adeguata per sostenere uno sviluppo di qualità favorevole alla creazione di lavoro, non basta agire sul versante della qualificazione dell'offerta.

In tema di formazione, bisogna sottolineare che si tratta di una responsabilità pubblica e quindi da sostenere con risorse adeguate; ma che implica anche una responsabilità personale. Quindi occorre favorire gli accessi e i percorsi formativi individuali; la possibilità dei singoli di stimolare l'offerta di formazione affinché sia congrua agli effettivi bisogni.

Fino adesso abbiamo lavorato molto dal versante degli enti di formazione e dei formatori, con esiti non sempre felici. La qualità dell'offerta formativa è decisiva se si vuole che essa sia efficace nel sostenere le posizioni di lavoro e la professionalità. Allo stesso fine occorre rendere più generale la tecnica della certificazione dei contenuti e dei risultati della formazione.

Il terzo contenuto delle normative da riformare riguarda gli incentivi specifici dell'occupazione (argomento trattato all'art. 2 della legge delega del governo). Ora c'è molto disordine e una sovrapposizione tra gli incentivi all'occupazione e gli incentivi all'impresa.

Qui occorre un'opera di razionalizzare e di estensione. Bisognerà valutare in che misura il decisore pubblico deve impiegare le risorse per incentivare i vari tipi di lavoro: quanto per l'occupazione subordinata tradizionale quanto per agevolare, l'occupazione « parasubordinata » e i vari tipi « intermedi », quanto per il lavoro autonomo. Nella confusione attuale i rivoli sono tanti ed è difficile conoscere in che direzione vanno i fondi: ancora più difficile valutare l'efficacia dei vari strumenti.

Nell'opera di razionalizzazione occorre individuare gli obiettivi prioritari degli incentivi, per non fare interventi a pioggia. Un'altra scelta molto importante riguarda le tecniche di incentivazione.

Abbiamo così poca fiducia nella nostra capacità di amministrare che abbiamo spostato sempre di più la nostra preferenza verso incentivi automatici.

È appena uscito un rapporto dell'ISAE molto interessante sulla regolamentazione del mercato del lavoro. Uno dei capitoli è dedicato al mix di automatismo e discrezionalità, che dovrebbe perseguirsi nelle varie forme di intervento regolativo. Un mix è necessario anche nelle applicazioni degli incentivi all'occupazione.

Anche questo terzo punto, come i primi due è di competenza concorrente delle

regioni. La competenza è addirittura esclusiva nel caso della formazione professionale. Viceversa la delega del governo procede con normative di dettaglio in tutte queste materie senza preoccuparsi di quello che dice il *Libro Bianco*. Non a caso le autonomie locali hanno preannunciato eccezioni di illegittimità costituzionale.

L'ultimo punto di questa lista di contenuti, riguarda il tema degli ammortizzatori sociali. Questo nome tradizionale andrebbe cambiato. Noi proponiamo di parlare di tutele attive del reddito.

Mi sembra essenziale sottolineare, anche in sede di politica legislativa, che queste tutele del reddito devono essere strettamente legate a quelle precedenti; alla formazione continua, ai servizi dell'impiego, se si vuole che siano uno strumento di sostegno attivo di *welfare*, come dice ora e non scadano nell'assistenzialismo. Il legame dovrebbe essere stretto anche col tema della previdenza. Prendiamo il caso più grave, che sono i lavoratori « intermittenti » di vario genere: sia subordinati sia autonomi. I portatori che segnano un percorso lavorativo « accidentato » hanno bisogno di sostegno non solo per affrontare momenti occasionali di crisi, come i lavoratori tradizionali che hanno bisogno della cassa integrazione; devono essere sostenuti nelle varie necessità della loro vita: dalla malattia ai congedi formativi, al pagamento del mutuo per la casa. E tali esigenze ora non trovano adeguata risposta.

Essi vanno sostenuti anche al fine di poter costruire un percorso utile ai fini delle pensioni.

Per questo il capitolo degli ammortizzatori è molto complesso, e richiede veramente una rivoluzione, anche nel modo di concepire le tutele. Non a caso è stato un punto di cui s'è discusso per anni e nonostante gli sforzi di molti di noi nella scorsa legislatura non si è riusciti ad approvare una riforma.

4. Gli obiettivi a questo proposito sono almeno due.

Il primo è di armonizzare le tutele esistenti, superando una giungla di tutele che presenta iniquità palesi. Nello stesso tempo occorre estendere alcune di queste tutele con le dovute varianti, dall'area tipica che è il lavoro subordinato, al lavoro economicamente dipendente (le varie collaborazioni coordinate e continuative).

Il punto di riferimento che abbiamo utilizzato anche nella proposta di Statuto dei lavori è ancora il rapporto della commissione Onofri del 1998.

Esso prevedeva una organizzazione del sistema in due livelli: un livello di base universalistico per il caso di disoccupazione e un livello ulteriore, corrispondente a quello oggi regolato con le varie casse integrazioni. I trattamenti di disoccupazione vanno armonizzati ed estesi a quelli che oggi non ne fruiscono. I requisiti attuali per l'accesso sono costruiti sul tipo del lavoratore subordinato stabile e quindi sono tali da escludere la vasta platea dei lavoratori meno stabili. La revisione di tali requisiti è decisiva se si vuol coprire i bisogni effettivi.

Per i nuovi lavori abbiamo previsto un conto individuale di sicurezza che copra i bisogni essenziali di cui parlavo prima. Occorrerà valutarne bene la costruzione per evitare abusi; e trovare forme adatte di finanziamento.

Il funzionamento di questo primo livello di tutele del reddito dovrebbe essere

misto, sostenuto in parte dalla fiscalità generale, in parte dai contributi delle categorie interessate; ed essere differenziato. Si tratta di far pagare di meno le imprese per rapporti di lavoro a tempo indeterminato e di più per rapporti di lavoro a termine. Ciò incentiverebbe le imprese a privilegiare forme più stabili di relazioni lavorative e farle partecipare in maniera più equa ai costi di sistema. È giusto che l'impresa che produce « clienti » del sistema della disoccupazione contribuisca in misura maggiore ai costi di quest'ultimo.

Anche le attuali forme di cassa integrazione vanno armonizzate ed estese; ma insieme vanno contenute nella loro durata. Specie ai fini dell'estensione delle integrazioni salariali a tutte le categorie che ne sono prive, va valorizzato il modello del fondo categoriale o intercategoriale bilateralmente costruito, nonché l'utilizzo congiunto di risorse del fondo con risorse pubbliche ed esperienze interessanti come quella della banca ora. Un interessante modello esiste nel comparto artigiano.

Il costo di questa riorganizzazione ed estensione degli ammortizzatori è consistente: circa 5 miliardi di euro ma può essere graduata nel tempo.

Questi molto in sintesi sono i contenuti delle nuove tutele dei lavoratori sul mercato del lavoro. Naturalmente non escludono, ma integrano le tradizionali tutele nel rapporto del lavoro. (Anch'esse vanno estese con modulazioni ai nuovi lavori, come si propone nel progetto di Statuto. Inoltre occorrono interventi più ampi, a monte come si suol dire, da parte dell'economia e delle istituzioni, per sostenere adeguatamente l'occupazione e l'intera politica economica, che deve essere più *labour friendly*).

La necessità è particolarmente evidente nel caso del lavoro sommerso. Se si pensa di risolvere il problema del lavoro sommerso con interventi di tipo protettivo o incentivante non si ottiene molto. Il rapporto dell'ISAE sopra ricordato mostra come questo difficilissimo problema si può affrontare solo se si opera su tutto il contesto istituzionale che circonda e permette il lavoro sommerso: un contesto che in certe zone d'Italia è particolarmente deteriorato e richiede operazioni non solo di politica del lavoro, ed economica, ma anche civile, culturale e del territorio.

5. In conclusione il tema qui discusso presenta un test decisivo per il futuro del lavoro e del diritto del lavoro.

Il diritto del lavoro è oggi più che mai esposto alla critica di essere inutile o addirittura controproducente. Se vuole smentire questa critica esso deve rinnovarsi, allargare e diversificare i suoi obiettivi, estendere le proprie regole e la propria capacità di promozione dai rapporti individuali di lavoro subordinato a tutti i lavori.

È bene guardare in faccia le difficoltà di questo compito, comprese le sfide della diversità. Noi avremo sempre di più un ordinamento formato di sottosistemi che competono tra di loro.

Avremo cioè una competizione fra sistemi normativi. Non solo fra quello degli Stati Uniti e quello dell'Europa, che sono i due grandi modelli; ma anche fra diverse regioni dell'Europa. E questo avverrà anche se verrà adottata una versione equilibrata e non deregolata del federalismo come auspicio. Una

regione avrà un mix di incentivi e di regolamentazioni del mercato del lavoro diverso da quello di un'altra. Questa competizione tra regole e fra sistemi di tutele, può essere utile se è basata sulla qualità dello sviluppo e delle politiche del lavoro, oppure essere distruttiva se si baserà sul dumping sociale.

Questo è uno dei punti più delicati della politica del lavoro futuro anzitutto in Europa.

La scelta fra le diverse varianti di questa competizione non spetta certo alle regioni.

Se crediamo a un federalismo responsabile la guida su grandi indirizzi deve spettare ai livelli di governo superiori al livello agli stati membri e sempre di più al livello europeo.

Anche in Europa esistono modelli diversi di regolazione del mercato del lavoro e del *welfare*: alcuni come il nostro presentano una debole protezione sul mercato del lavoro e maggiore tutela sul posto. Altri come quelli del Nord Europa hanno sviluppato un forte *welfare* universalistico che si combina con alta flessibilità e mobilità nel lavoro. Il recente rapporto europeo del gruppo di alto livello sulle relazioni industriali di cui faceva parte Marco Biagi indica eloquentemente i vantaggi del secondo modello.

Non è vero che un *welfare* generoso, comporti poca efficienza economica; a condizione, dice il Rapporto europeo, che esso sia connesso con « *activation policies* » cioè che sia il *welfare* attivo sperimento in diversi paesi e che si propone anche da noi. Questa protezione attiva permette di combinare maggiore flessibilità con una sicurezza di base diffusa. Lo confermano molti dati internazionali, compresi quelli presentati a Parma da G. Galli del Centro Studi Confindustria, che mostrano come in paesi quali la Svezia, l'Olanda e la Danimarca. Tale combinazione virtuosa permette un alto tasso di occupazione e buone *performance* economiche.

Questo è il *benchmarking* essenziale per le R.I. europee e italiane: coniugare flessibilità e competitività con sicurezza.

Il dibattito sulla riforma costituzionale e la modifica dell'articolo 18: considerazioni conclusive

Franco Carinci

Sommario: **1.** Premessa. — **2.** La riforma costituzionale nel *Libro Bianco* e nel D.D.L. n. 848/2001. — **3.** La subordinazione. — **4.** La discussione intorno alla modifica dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori. — **5.** Conclusioni.

1. Recuperando una celebre battuta, l'ultimo chiude la porta, cercherò di farlo con dolcezza: grazie a chi ci ospita, al Prof. Vincenzo Ferrari, vecchio amico e collega, Preside di questa prestigiosa Facoltà di giurisprudenza e detentore delle chiavi di questa splendida Aula Magna; grazie agli organizzatori, nell'ordine strettamente gerarchico dettato dalla collocazione accademica ed anagrafica, Luciano Spagnuolo Vigorita, Maria Teresa Carinci, Alessandro Boscati, Alessandra Raffi e Giuseppe Ludovico; grazie agli autorevoli relatori, lo stesso Luciano Spagnuolo Vigorita, Mario Napoli, Stefano Liebman, Pietro Ichino, Tiziano Treu.

Il ringraziamento più sentito e convinto va però al pubblico, così fitto, paziente, interessato, la vera autentica risorsa dei dibattiti, che proprio per questo meriterebbe più rispetto di quel che non di rado gli viene accordato, quasi che i relatori potessero totalmente prescindere, senza cercare di ottenerne, se non il consenso, almeno l'interesse. Un pubblico che è venuto qui per sentirsi rispondere a una domanda non di poco momento o rilievo, « Quale futuro per il diritto del lavoro? »: alcuni, pochi, per pura curiosità, altri, moltissimi, coloro che ci vivono, per una autentica preoccupazione.

Preoccupazione che riguarda il diritto del lavoro come materia dotata di corsi e ruoli? Non credo, più prosaicamente, ma non troppo, l'incertezza e la trepidazione sottese concernono l'attuale politica del Governo, quale testimoniata dal *Libro Bianco* e dal Disegno di legge delega, tanto da costituire il sottotitolo di questo convegno. Una dottrina strutturalmente « progressista » che è venuta costruendo la sua identità e la sua immagine su una crescita esponenziale della materia, quantitativa e qualitativa, tale da fare del diritto del lavoro italiano il più all'avanguardia dell'intero occidente industrializzato, guarda con un *mix* di diffidenza e paura alla politica del lavoro della nuova maggioranza di centro destra: la prima solida e duratura maggioranza della storia repubblicana che se non *anti-labour*, certo non è *pro-labour*.

* *Franco Carinci è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Bologna.*

È una dottrina che si vede e si vive come una vestale posta a custodia di un diritto classico del lavoro, costruito pezzo a pezzo nell'arco di più di mezzo secolo, con un crescendo cumulativo di legislazione, giurisprudenza, contrattazione collettiva, prassi; e come una vestale si straccia le vesti di fronte ad una proposta governativa che quel diritto destruttura e ristrutturata. Ora, credo, per antica e collaudata esperienza di autoanalisi, che diffidenza e paura non vadano esorcizzate, ma affrontate e razionalizzate; cosa che intendo fare qui, non senza aver pagato prima un doveroso debito di chiarezza e di franchezza.

Sarebbe fare un grosso torto a Marco Biagi quello di ridimensionare il ruolo da lui giocato nella predisposizione del *Libro Bianco* e del Disegno di legge delega, che poi gli è costato la vita: condividesse o meno questo o quello specifico passaggio o intervento, di sicuro riconosceva come suo lo spirito e l'impianto dei due testi. Ho già avuto occasione di scrivere altrove che il progetto del governo *ivi* espresso si caratterizzava per una destrutturazione sistemica del diritto del lavoro esistente, quale riscontrabile nella concorrenza di molte discontinuità o rotture: la « regionalizzazione » del diritto del lavoro, figlia di una lettura forzante fino al limite della caricatura della recente riforma costituzionale; la sostituzione nominale e sostanziale della concertazione con il dialogo sociale; la propiziata decentralizzazione contrattuale, senza alcuna disciplina legislativa della legittimazione degli agenti negoziali; la confusa moltiplicazione dei tipi e sottotipi contrattuali; la previsione/propiziazione di un arbitrato secondo equità, chiamato ad ammortizzare l'ingestibile contenzioso, ma con un costo elevatissimo quale quello di azzerare tutto un corposo diritto inderogabile.

Dire questo non significa però assolutamente che quel progetto di riforma coltivato dallo stesso Marco Biagi, debba considerarsi al di fuori del testo costituzionale, solo o principalmente perché diverso dal diritto del lavoro maturato nel mezzo secolo precedente: non è che un testo fondamentale come il nostro abbia una tal rigidità di *ratio* e di lettera da poter essere interpretato solo e unicamente nel senso prescelto dal legislatore del passato, sicché ogni significativo discostamento da parte del legislatore del presente sia *a priori* condannabile come costituzionalmente illegittimo. Posso capirlo, ma non sono disposto a fare mio un argomento di tal fatta, perché il lascito dei Padri costituenti è assai flessibile, come ben dimostra tutta la lezione passata, sì da poter contenere sia il progetto di ieri che il contro progetto di oggi: quel che è cambiato è un dato che pur costituendo un presupposto essenziale è sempre rimasto *extra* costituzionale, quello elettorale, per cui ad un Parlamento proporzionalista, tutto all'insegna di un sostanziale *continuum*, si è sostituito un Parlamento maggioritario, caratterizzato da un ampio periodo di oscillazione in relazione all'alternarsi di centro sinistra e centro destra.

La discontinuità, dunque, è del tutto scontata e fisiologica, senza che si possa chiamare in causa continuamente la Costituzione, per restringere l'area discrezionale affidata alla sovranità del Parlamento. Certo, una dottrina strutturalmente progressista sarà portata a storcere la bocca, a fronte di una maggioranza di centro destra che persegue coerentemente una politica del lavoro sintonica rispetto alle aspettative degli interessi rappresentati e dei consensi ricevuti; ma

dovrà farlo con weberiana eleganza, cioè anticipando le proprie antipatie sì da mettere il pubblico sull'avviso, e poi procedendo con la spendita di quella collaudata capacità tecnico-giuridica di cui dovrebbe essere fornita. Dunque, si può e si deve richiamare la Costituzione, ma cercando di farlo secondo la lettura consolidata del Giudice delle leggi; si può e si deve segnalare tutte le rotture sistemiche della legge ordinaria *in itinere*, ma spendendo poca foga comiziale e molta sofisticazione analitica.

Direte Voi, « Ma ci sono i valori! ». Non c'è dubbio, ma fermo restando che nessuno mette in dubbio la copresenza di valori, la difficoltà sta nella valutazione del tipo e livello di temperamento fra di essi, nonché del modo migliore di soddisfare l'uno o l'altro: tipo e livello di temperamento fra impresa e lavoro, libero mercato e tutela; e, una volta privilegiato il lavoro, meglio gli *insiders* o gli *outsiders*, la tutela sul posto o nel mercato del lavoro? Tant'è che quasi inevitabilmente i discorsi e le argomentazioni rivelano una fuga in avanti, dal diritto all'economia, con una chiamata in causa di dati, statistiche, voci, testimonianze a smentita o, viceversa, a conferma della redditività sociale ed occupazionale delle misure proposte.

2. Ripartendo dal *Libro Bianco* e dal progetto di legge delega, il primo scoglio, per così dire, è costituito proprio dalla loro compatibilità con la riforma costituzionale recentemente passata, tant'è che non per nulla qui è stato chiamato Mario Napoli a parlarne proprio in apertura del nostro incontro. Direi che proprio su questo punto emerge con grande chiarezza la discrasia fra un *Libro Bianco* che vuol essere un ambizioso manifesto politico, destinato a segnare tutta la legislatura; e, rispettivamente, un disegno di legge che deve confrontarsi con prosaici problemi di misure applicative. Così, mentre nel primo l'esistenza di una competenza concorrente a tutto campo tra Stato e Regioni in materia di lavoro, la cd. « regionalizzazione » del diritto del lavoro, viene data per scontata, quale premessa istituzionale di una proposta tutta all'insegna di un decentralizzazione e di una flessibilizzazione; nel secondo invece tale esistenza viene implicitamente negata ed esclusa, nel rigurgito di una primazia centralista e statalista ossessiva ed onnipervadente, la sola capace di fare camminare in maniera tempestiva ed uniforme la progettata riforma, in virtù di un'ampia e solida maggioranza parlamentare. Condivido *in toto* le tesi, le valutazioni e le argomentazioni svolte da Mario Napoli, che anzi mi illudo di avere anticipato nel mio parere al Cnel, se pure in termini più sintetici e meno sofisticati. Quindi, ripeto con Lui, legislazione esclusiva dello Stato per tutto quello che del diritto del lavoro rientra, non solo nel diritto costituzionale e nella previdenza sociale, ma anche nell'« ordinamento civile »; e competenza concorrente Stato-Regione per tutto quel che può essere collocato sotto la previdenza complementare e sotto l'etichetta residuale, in verità un tantino ambigua, di « tutela e sicurezza del lavoro ».

So perfettamente che in tal modo si è solo delineato il punto di partenza, perché, poi, il cammino si fa impervio e faticoso per definire esattamente la linea di confine: da un parte, il contratto e il rapporto, e dall'altra il mercato di lavoro, da una parte il diritto privato e dall'altra il diritto amministrativo del

lavoro. Di sicuro fin da oggi è possibile individuare degli istituti tagliati a mezzo dalla linea di confine, quali per antonomasia i contratti a causa mista, con una componente formativa, le procedure di riduzione del personale e di messa in mobilità, gli ammortizzatori sociali. Anzi, a dire il vero, i contratti a causa mista con componente formativa finiscono per avere qualcosa non solo della competenza esclusiva dello Stato e concorrente Stato-Regioni, ma anche di quella esclusiva delle Regioni, che vantano proprio nella formazione la loro materia *par excellence*.

A loro volta i licenziamenti collettivi chiamano in causa oltre allo Stato, anche la Regione, collocandosi allo snodo tra tutela nel rapporto e tutela sul mercato del lavoro. Non è possibile disconoscere, qui, un protagonismo Regionale nella mediazione delle vertenze e nella messa a punto delle misure sociali di accompagnamento; ma, al tempo stesso, è difficile oggi trovar spazio a questo protagonismo in un regime prevalentemente procedurale, dovendo discernere quel tanto di procedura che deve restare omogeneo sull'intero territorio nazionale e quel tanto che può essere differenziata regione per regione.

Ancor più complesso è il discorso relativo alla materia degli ammortizzatori sociali, che in senso strettamente tecnico parrebbero appartenere a quella previdenza sociale riservata alla competenza esclusiva dello Stato. Ma se così fosse, il compito di intervento delle Regioni sul mercato del lavoro risulterebbe privo dello strumento essenziale, quale dato da una partecipazione attiva alla rete di protezione e garanzia del reddito.

Qui, come non mai, si sconta la fedeltà pagata dal riformatore costituzionale alla vecchia logica di una distribuzione secondo il criterio della materia interessata, ripreso, se pur con un significativo rovesciamento; vecchia logica tutta inscritta in un neo-regionalismo o federalismo che dir si voglia di impronta rivendicativa-conflittuale, come se Stato e Regioni potessero ritagliarsi degli scampoli di governo a stretta misura dell'uno e, rispettivamente, delle altre. Se si può condividere l'idea di base per cui lo Stato ha parola esclusiva sul contratto e sul rapporto e le Regioni parola concorrente o esclusiva sul mercato, certo non è pensabile che un controllo sul mercato sia effettivamente praticabile senza una competenza legislativa e gestionale sulla strumentazione normativa, economica e finanziaria necessaria.

Una problematica, questa, insolubile in base ad una lettura formalistica della riforma costituzionale, che, fra l'altro, sembra scaricare tutta la conflittualità giurisdizionale di competenza su una Corte chiamata in causa *a posteriori*, con quale ricaduta in termini di confusione e incertezza facilmente prevedibile. La cosa non è certo sfuggita ai co-protagonisti dell'attuazione della riforma che hanno attivato un processo di coordinamento formale e informale, idoneo ad ammortizzare i possibili conflitti. Alla base c'è una diffusa consapevolezza, che, cioè, al di là delle astratte e nette soluzioni di rottura fra competenza esclusiva dello Stato, competenza concorrente Stato-Regione e competenza esclusiva delle Regioni, sussistono vie mediane largamente praticabili: una legislazione esclusiva dello Stato che delega ampiamente alle Regioni; una legislazione concorrente dello Stato graduata nei suoi principi e criteri direttivi sì da

risultare più *hard* o più *soft*; una legislazione esclusiva delle Regioni che tenga conto di indirizzi codicisi e condeterminati in un concerto centrale.

D'altronde, non è il caso di dimenticare che la distribuzione delle competenze di per sé appare insufficiente ha solo un risvolto negativo, dovendo essere supportata da una ridistribuzione delle risorse, tale da dare gambe alle varie sedi legislative. E qui la riforma costituzionale è sicuramente più prudente, come d'altronde ci si poteva e doveva aspettare, date le rigidità finanziarie imposteci dalla UE.

3. Questo, però, costituisce solo l'antipasto costituzionale, perché il primo piatto giuslavorista, per antonomasia nella cucina italiana piatto forte, è costituito dalla madre stessa della materia, cioè la subordinazione. Forse perché la dottrina italiana si è letteralmente consumata nel definire e ridefinire questa nozione, senza peraltro trovar grande fortuna in una giurisprudenza inevitabilmente casistica; la tematica della subordinazione e dintorni è rimasta un po' sullo sfondo. Forse per questo, ma forse anche e soprattutto perché, essendo la dottrina notevolmente ideologizzata e politicizzata, si è lasciata trascinare nell'autentica trappola costituita dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Luciano Spagnuolo Vigorita, da par suo, ci ha ricordato come quella che in origine era una nozione autodefinitesi per relazione ad una realtà socialtipica, è stata via via resa più astratta, fino a divenire una fattispecie onnipervasiva e omnicontenente, con tutta la lunga coda di una disciplina costruita a misura di quella realtà. Cosa, questa, che ha reso possibile quella tendenza alla pansubordinazione, ben nota a qualsiasi addetto ai lavori: ben visibile in sede legislativa, anche se più sul piano previdenziale che su quello sostanziale, e ancor più percepibile in sede giurisprudenziale. Tutto bene fin quando la struttura socialtipica, pur ridimensionandosi, è rimasta largamente egemone, qualitativamente e quantitativamente; assai meno, una volta che i dintorni della subordinazione sono andati moltiplicandosi e infittendosi, con un'inevitabile valorizzazione della parasubordinazione, premessa più ad una carenza quasi totale di tutela, che ad una tutela differenziata.

Il *Libro Bianco* ed il disegno di legge delega risentono chiaramente di un'idea già emersa con Tiziano Treu, Ministro del Lavoro, ed ora ripresa: lo Statuto dei Lavori. Nessuna sorpresa, dato che il consigliere del Principe è rimasto lo stesso, ieri e oggi, Marco Biagi, con una apparente incoerenza politica, ma con una reale coerenza progettuale. Solo che, a giudicare dai testi, Marco Biagi ha goduto di maggior libertà con Treu che con Maroni, perché l'idea e l'articolazione tecnica dello Statuto dei Lavori appare ora sfocata e destrutturata rispetto al passato.

Luciano Spagnuolo Vigorita non si attarda in una critica, ma lancia un'autentica provocazione intellettuale, che cioè il futuro del nostro diritto, come diritto di tutela del lavoratore, vedrà venire in primo piano proprio la regolamentazione dell'impresa: dallo Statuto dei lavoratori e dei Lavori allo Statuto dell'impresa, cioè ad una regolamentazione fatta di discipline, standard e controlli dei comportamenti dell'impresa, sì da rendere al tempo stesso più

omogenea e più certa la programmazione dei costi, in una realtà concorrenziale aperta.

4. Come dicevo, al centro della discussione, che dico, della polemica, anzi addirittura della bufera, c'è stata ed è rimasta la rivisitazione dell'art. 18 Stat. lav. Anche qui, a riprova della estrema sensibilità ideologico-politica della dottrina, tutta una lunga vena riformista si è improvvisamente inaridita, fino a trasformare lo Statuto dei lavoratori simbolicamente rappresentato dall'art. 18 in una sorta di linea del Piave su cui attestarsi con a *slogan* la celeberrima frase di congedo del procuratore Borrelli: « Resistere, resistere, resistere ».

Certo, questo non significa che le proposte del Governo non vadano esaminate e controesaminate, come ha fatto con l'usuale acutezza Stefano Liebman. E per essere franco a me sembra che a voler creare un rapporto fra disciplina dei licenziamenti ed occupazione, questo rapporto andrebbe cercato anzitutto con la disciplina dei licenziamenti collettivi: ora, quest'ultima, non è in Italia particolarmente rigida, risolvendosi sostanzialmente in una procedura, tant'è che la stessa giurisprudenza se ne è resa conto, fino a compensare con una lettura rigidamente formalista del *quomodo* la scarsa o nessuna possibilità di condizionare *ex lege l'an*.

Se il discorso riguarda solo l'art. 18, cioè il licenziamento individuale, beh allora sarebbe il caso di riconoscere che il disagio deriva non tanto dal tipo di tutela offerta, quanto piuttosto dalle lungaggini ed incertezze della sua applicazione. A voler cominciare con la sperimentazione, lo si dovrebbe fare proprio dal processo: previsione di un termine di decadenza per l'impugnazione, contemplazione di una corsia preferenziale, attenuazione del costo scaricato sul datore di lavoro in caso di sua condanna definitiva pronunciata anche molti anni dopo, applicazione effettiva del principio che le spese seguono la soccombenza, promozione ed incentivazione dell'arbitrato.

Una volta che la sperimentazione si fosse rivelata positiva, restituendo alla tutela reale la sua dimensione di tutela fisiologica, allora si potrebbe anche procedere oltre con una distinzione fra licenziamenti disciplinari e licenziamenti economici, individuali e collettivi. Per i primi, come ovviamente per i licenziamenti discriminatori, credo non si dovrebbe rimettere in discussione la tutela reale, anzi la si dovrebbe rafforzare, percorrendo quella strada dell'*astreint* già prevista dall'art. 18 per i sindacalisti: insomma, per una questione elementare di giustizia, l'assoluzione da un'accusa formalmente o sostanzialmente ingiusta merita di essere accompagnata da una *restitutio in integrum*.

Per i licenziamenti economici, al contrario, non ci sono ragioni per distinguere fra individuali e collettivi: ferma restando la verificabilità dell'effettività della scelta organizzativa e dell'esistenza di una relazione causale tra tale scelta ed i licenziamenti, quel che conta è la messa a punto delle misure di mobilità interna ed esterna, di riqualificazione, di garanzia del reddito, di rioccupazione. Messa a punto necessariamente affidata ad una concertazione triangolare, con l'impresa e le organizzazioni sindacali a far da coprotagonisti, e la parte pubblica a far da patrocinatore, garante, somministratore delle risorse necessarie, in termini di redditi e di servizi.

Detto questo, però, devo aggiungere che le proposte del Governo non mi scandalizzano più di tanto; e se dovessi valutarle da coautore di un manuale, dovrei concludere che al più mi costringerebbero a cambiare solo alcune pagine. Né farei un processo troppo deciso e sicuro alle intenzioni palesi od occulte, come se in verità si volesse rimettere in discussione l'intero regime della tutela reale: o perché, una volta intaccato il principio, sarebbe più facile procedere nello smantellamento; o perché almeno una delle proposte iniziali, quella di una franchigia per tutti i contratti a tempo determinato trasformati in contratti a tempo indeterminato, produrrebbe, nel debito corso degli anni (pare 20), un azzeramento totale.

Di tutte le ipotesi, mi sentirei di salvare con tranquillità quella relativa al superamento della soglia dei 15 dipendenti, peraltro con la tecnica pulita e trasparente dell'innalzamento della soglia medesima. Confesso di non vedere neppure una traccia lontana di incostituzionalità, visto che la determinazione della soglia appartiene alla discrezionalità del legislatore, sempreché esercitata in maniera razionale e ragionevole. E se tale razionalità e ragionevolezza deve essere valutata, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale, in base alla dimensione, per decidere se sia o meno tale da « tollerare » la tutela reale; allora onestamente non capisco perché possa essere di 15 e non di 18 o di 20. L'unica cosa che mi sembra fuori discussione è che la soglia non possa essere aperta, cioè superabile a piacere in base alla sola iniziativa dell'impresa, che altrimenti la tollerabilità da oggettiva diverrebbe meramente soggettiva, nel senso di strettamente personale.

Invece di alzare la soglia, quasi che l'attuale fosse dotata di un'intoccabile sacralità, pare esserci l'alternativa vincente di non conteggiare le assunzioni a tempo indeterminato effettuate oltre la quindicesima unità. Un'alternativa peraltro discutibile perché una cosa è non tenere conto degli apprendisti e dei contrattisti in formazione, trattandosi di lavoratori per così dire *in itinere*; e tutt'altra è non conteggiare i neo-assunti a tempo indeterminato, cioè lavoratori a pieno titolo, giuridico, professionale e socio-economico. Per non dire, poi, che anche qui non si potrebbe prevedere ad una possibilità illimitata di deduzione, sì da avere indirettamente una soglia aperta.

I licenziamenti sono la porta di uscita sul mercato del lavoro; e proprio su un tema tipico del mercato del lavoro, quello della interposizione, ci ha intrattenuto, con la sua ben collaudata capacità innovativa, Pietro Ichino. Ora per quanto si possa dire e ripetere che il divieto di interposizione è vecchio ed obsoleto, non bisogna dimenticare che esso rappresenta la versione negativa di una regola aurea del diritto del lavoro, quella cioè di una coincidenza tra datore di lavoro e effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa. Su tale regola aurea è stata ed è costruita tanta parte del nostro attuale diritto, collettivo ed individuale, sicché non può essere ridimensionata a mera prevenzione di un potenziale sfruttamento dei lavoratori interposti, sfruttamento evitabile in altri modi.

5. Il *Libro Bianco* e il disegno di legge delega sembrano preannunciare una svolta epocale, data dalla sparizione del divieto; ma, poi rinviano ad una

autorizzazione che di per sé dà per scontato la sopravvivenza di un divieto, per quanto più limitato ed elastico. Pietro Ichino, da sempre portato a valorizzare il dato strutturale e socio economico, non fa propria la tesi di una previa selezione burocratica, attuata tramite l'autorizzazione; ma sposta la soluzione da monte a valle, con la previsione di un sistema di garanzie che si estenda dall'intermediario o appaltatore al committente in posizione di dominanza economica. Niente da dire, senonché così è consacrata una regola del tutto opposta a quella vigente, cioè della non coincidenza, tra datore e utilizzatore della prestazione lavorativa con tutte le ricadute teoriche e pratiche che si possono ben immaginare. E non è detto neppure che in tal modo i rischi dello « sfruttamento » siano del tutto esclusi, perché ben si potrebbe dare il caso di appaltatori e intermediari non in situazione di dipendenza economica dai committenti.

È Tiziano Treu ad avventurarsi a vele spiegate nel mare procelloso del mercato del lavoro, rilanciando la proposta elaborata insieme a Marco Biagi di uno Statuto dei lavori: statuto che però nell'ultima versione proposta amplia il suo ambito, abbracciando qualche pezzo del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, i contratti c.d. atipici, i diritti fondamentali dei c.d. parasubordinati, gli ammortizzatori sociali.

Devo dire che non ho mai capito del tutto la collocazione accanto a uno Statuto dei lavoratori, lasciato immutato a trent'anni dal suo varo, di uno Statuto dei lavori: a parte la criticabilità della variante terminologica, da lavoratori a lavori, con una carica ambigua di spersonalizzazione ed oggettivizzazione, resta pur sempre che sarebbe stato e sarebbe tuttora cosa più saggia aggiornare lo Statuto dei lavoratori prima di ogni altra cosa. Non credo che un uomo accorto e smaliziato come Tiziano non l'abbia capito, ma presumo che non sia stato in grado di suggerirlo o di farlo, per quel tanto di sacralità e intoccabilità che i sindacati hanno costruito intorno al testo del 1970. Meglio, allora, scegliere la via da sempre privilegiata nel nostro paese, lasciar intoccato il vecchio e costruirgli accanto il nuovo, senza farsi troppo carico del risultato estetico e pratico.

A costo di apparire un critico eccessivo dello Statuto dei lavori devo aggiungere un paio di riserve: la prima è che starei attento a mettere in uno stesso testo quel che riguarda le relazioni tra lavoratore e datore, come la disciplina della risoluzione dei rapporti in essere, e quel che riguarda invece la relazione fra lavoratore e struttura pubblica, come per esempio per la garanzia del reddito; la seconda è che non si può fare lo stesso errore compiuto dal disegno di legge, in piena controtendenza rispetto al *Libro Bianco*, cioè di ignorare la piena consacrazione della regione come coprotagonista legislativo e protagonista gestionale del mercato del lavoro. Cosa, questa, che inevitabilmente comporta una competenza regionale effettiva non solo nella predisposizione dei servizi, di orientamento, collocamento, formazione, ma anche nella graduazione a misura delle realtà locali degli strumenti di sostegno del reddito.

Sull'invito a questo convegno c'è la riproduzione dello splendido chiostro che ci ha salutato all'inizio e che ci congederà al termine di questo nostro incontro: tutto quel verde regolare e curato, chiuso nell'armonia geometrica dei colon-

nati, dà un grande senso di pace e serenità. Senso che conveniva ieri ad una passata comunità di monaci; ma Dio solo sa quanto converrebbe oggi alla presente comunità di professori: e qui mi vien da ricordare la frase di chiusura dell'amico Luciano, che ho scoperto dotato di una autentica vena poetica. « per mia natura gradisco la luce di taglio, quella dell'alba che appena indica il percorso. Altri gestiranno l'euforia della certezza alla luce del mezzogiorno ». Anch'io preferisco quella luce, non fosse altro perché l'alba garantisce la pienezza di una giornata intera tutta da vivere; anch'io condivido l'augurio ad altri che verranno, senza nessuna gelosia o invidia, per un futuro che non mi apparterrà, perché l'euforia e soprattutto l'euforia della certezza, non è mai stata uno stato ideale della psiche. Come diceva l'ottimo Freud, la vita è tale da giustificare come situazione psicologica normale quella di una moderata tristezza.

Le politiche del lavoro in Italia

Le politiche del lavoro, oggi. A proposito di un recente libro

Mariella Magnani

Sommario: 1. Il recente libro di Tiziano Treu, un'analisi di *law and economics*. — 2. I temi affrontati e le proposte avanzate. — 3. Alcune considerazioni finali.

1. Del recente libro di Tiziano Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, si è discusso nel corso di un incontro organizzato presso l'Università Cattolica di Milano, in occasione del quale sono stati messi a confronto, certo non casualmente, giuristi ed economisti, oltreché sociologi. Non è una cosa cui siamo abituati; intendo dire, soprattutto al confronto diretto tra giuristi ed economisti, nonostante il gran parlare di *law and economics*, mentre alla frequentazione, se non al confronto, con i sociologi siamo più abituati.

E qui vorrei fare una notazione incidentale. Nonostante si sia affacciato anche nel diritto del lavoro l'interesse per gli studi di *law and economics*, ci si muove su un terreno ancora controverso, in cui, a tacer d'altro, non è ancora ben delineato il ruolo rispettivo del giurista e dell'economista. Non credo in particolare — come invece è stato sostenuto recentemente da Michele Salvati¹ — che quando un giurista propone o sostiene un certo modello di regolazione dei rapporti e del mercato del lavoro lo faccia, non sulla base di una disciplina che gli dia titolo per farlo, ma come potrebbe farlo qualsiasi cittadino, che ha un suo sistema di valori. Al contrario, tocca al giurista ricostruire il sistema dei valori oggettivati dal diritto; ma egli deve ovviamente chiedersi o chiedere all'economista quali sono gli effetti reali del provvedimento che ha in animo di prendere.

L'aver messo allo stesso tavolo giuristi ed economisti ha fornito finalmente un'occasione veramente concreta, fuori dagli acuti e dai rituali della politica, di valutazione delle politiche del lavoro dell'ultimo decennio e delle prospettive che si aprono dinnanzi a noi.

Direi anzi che il libro di Treu è, specialmente nel primo capitolo, un bellissimo libro di *law and economics* nella sua forma migliore — o forse nell'unica forma praticabile nel nostro sistema — che si ha quando le proposte di politica del

* *Mariella Magnani è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Pavia. Il presente scritto trae spunto dall'intervento dell'A. all'incontro-dibattito su « Le politiche del lavoro, oggi », organizzato presso l'Università Cattolica di Milano il 4 marzo 2002, in occasione della pubblicazione del volume di Treu Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio.*

¹ Salvati, *Servono gli economisti del lavoro?*, Relazione al convegno AIEL, Firenze 4 e 5 ottobre 2001.

diritto sono supportate, non da modelli astratti e generali, ma dai risultati di precise analisi empiriche economiche e/o sociologiche.

Certo, si intravede in questo volume una storia personale: vi è il racconto del cammino, ma anche della fatica, di un riformista. Tra l'altro, nel leggerlo viene naturale accostarlo a quello che un altro ex ministro del lavoro — anch'egli accademico, ma americano — Rob Reich, ha recentemente scritto²; un libro che contiene pagine assolutamente significative sui temi che stiamo dibattendo e da cui emergono bene assonanze e differenze rispetto al modello americano. Ma non è su questo aspetto di testimonianza che vale la pena di attardarsi, anche se sicuramente se ne potrebbero ricavare indicazioni di metodo ed insegnamenti. Vale piuttosto la pena di soffermarsi sull'analisi di ciò che è stato fatto, di ciò che è stato impostato ma è da completare, di quel che resta ancora da fare; dunque, sul progetto di politica del diritto che si propone per il futuro (non a caso il sottotitolo del volume reca "insegnamenti di un decennio").

Si dice, ed in parte lo si accredita anche in questo libro, che non abbiamo un granché da inventare: basterebbe guardare ai testi europei, soprattutto da quando l'occupazione è diventata oggetto delle competenze comunitarie (sotto forma di coordinamento delle politiche nazionali). Ma tutti sappiamo che non è proprio così. I testi europei ci indicano prevalentemente gli obiettivi. Tra le *guidelines* europee e le concrete politiche del lavoro vi è in un certo senso la differenza che corre, per usare una terminologia propria del discorso giuridico, tra principi e regole, come dimostra l'acceso dibattito aperto dal "*Libro Bianco*" del ministro Maroni, che pure rivendica la paternità europea.

2. Nel libro di Treu vi è una ricchezza inusitata di analisi e di spunti propositivi, come può averla solo chi ha avuto la ventura di sommare alla veste di studioso quella di decisore politico: illuminante — proprio perché riflette la profonda conoscenza di chi degli eventi dell'ultimo decennio è stato protagonista — è la parte relativa alla previdenza e alla riforma del sistema pensionistico, all'assetto del sistema contrattuale, ai meriti e ai limiti della concertazione.

Mi sembra però più interessante ricostruire il filo del complessivo progetto di politica del diritto di cui parlavo. La direttiva e l'idea di partenza sono sicuramente quelle del rafforzamento delle istituzioni che operano sul mercato del lavoro. Ed è difficile dissentire dall'analisi impietosa circa il *deficit* implementativo cui normative pure varate, come quella sulla liberalizzazione del collocamento, sul decentramento dei servizi all'impiego, sul potenziamento della formazione professionale, sono andate incontro. Così come non ci si può non associare alla stigmatizzazione della mancata riforma degli ammortizzatori sociali, la grande "incompiuta" della scorsa legislatura, soprattutto, come rivela Treu, a causa delle resistenze di entrambe le parti sociali.

Il rafforzamento della tutela sul piano del mercato — e questo è il secondo passaggio — è preconditione per la revisione della disciplina del rapporto di

² Reich, *L'infelicità del successo*, Fazi Editore, Roma, 2001.

lavoro. Qui, però, le indicazioni sono assai caute, a dimostrazione del fatto che, nel nostro sistema, la rigidità non è tanto da imputare alle norme di legge in sé, quanto semmai a dati di contesto (interpretazione giudiziale, atteggiamento sindacale etc.).

Anche se si parla, invero genericamente, di flessibilità funzionale (per quanto riguarda la retribuzione, gli orari) è, a ben vedere, segnalato ed approfondito solo il tema del licenziamento. E pure a questo proposito, e a prescindere dal merito, non si può negare che a discutere del tema ci porti, quanto meno, una fondamentale esigenza di trasparenza. Negli ultimi anni, il legislatore ha fatto fronte alle esigenze di flessibilità delle imprese, e talora degli stessi lavoratori, mediante l'offerta di un'ampia gamma di rapporti di lavoro atipico e spesso temporaneo (lavoro a termine, interinale, rapporti di formazione-lavoro) e una sostanziale "legittimazione" dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, che hanno eroso dall'interno il sistema di stabilità quale noi lo conosciamo.

Ma anche se, in ipotesi, il successo di queste forme di rapporto di lavoro fosse spiegabile in altro modo (in particolare, quello del lavoro a termine quale risposta a una domanda repressa da parte delle imprese o in sostituzione del periodo di prova, e quello dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa in relazione al divario di costi previdenziali³) non si potrebbero comunque negare i difetti di funzionalità intrinseca del nostro sistema di stabilità, e questo persino a prescindere dall'alternativa tra risarcimento e reintegrazione.

Come è a tutti noto, soprattutto dopo la riforma portata dalla L. n. 108/1990, e l'introduzione dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, il sistema si è di fatto tramutato in un sistema essenzialmente risarcitorio, nel quale peraltro la misura del risarcimento del lavoratore è in buona sostanza legata, del tutto casualmente, alla durata del processo. Ciò è tanto vero che, in occasione di uno studio compiuto nel 1996 sul licenziamento disciplinare ed i rimedi al licenziamento illegittimo, avevo potuto rilevare che era venuta meno la cd. capacità espansiva dell'art. 18 stat. lav. I giudici, in un certo numero di casi, tendevano piuttosto ad applicare il diritto comune e simile "revival" costituiva un chiaro segno della sofferenza del sistema speciale dei rimedi al licenziamento illegittimo, derivante, se non dalla sua eccessività in assoluto, dai suoi eccessivi automatismi e standardizzazioni⁴.

L'eventuale riduzione, o quanto meno flessibilizzazione, delle tutele del lavoro subordinato dovrebbe comunque collocarsi nel contesto, da una parte, come si è detto, del rafforzamento delle tutele sul mercato, dall'altra, di quel riordinamento complessivo della disciplina del lavoro personale che va sotto il nome di "statuto dei lavori" e che costituisce l'idea centrale ed ordinante del progetto

³ Da dati INPS risulta che gli iscritti alla speciale gestione al 23 gennaio 2002 fossero 2.117.896. La progressione è impressionante e continua se si considera che, sempre da dati INPS, risultava che il totale degli iscritti al 31 ottobre 1997 si attestasse appena al di sopra del milione di unità.

⁴ V. *amplius* Magnani, *Il licenziamento disciplinare e i rimedi al recesso illegittimo*, in *RIDL*, 1996, I, 39 ss.

di politica del diritto proposto: tutto il lavoro “personale” (anche se il punto non è ancora ben precisato), indipendentemente dalla sua qualificazione come autonomo o subordinato, dovrebbe essere tutelato secondo un criterio di proporzionalità rispetto alle esigenze di tutela.

Quella dello “statuto dei lavori” è una vera e propria proposta ricostruttiva di un nuovo diritto del lavoro, sia pure presentata come una sorta di razionalizzazione e riorganizzazione di tendenze presenti nei vari filoni della normativa. L’opera di redistribuzione delle tutele lungo il *continuum* dei lavori, al di là della distinzione lavoro autonomo/lavoro subordinato, sarebbe (ed in effetti lo è) già cominciata.

Una prima area nella quale è verificabile la tendenza dell’osmosi fra discipline originariamente lontane è quella della previdenza sociale, pensionistica in specie: anche le misure previdenziali-pensionistiche hanno subito, come altre normative lavoristiche, un processo di estensione alle varie categorie di lavoro autonomo ed ora si sta verificando una correzione di rotta, ancora incompleta, che tende a riportare l’intero assetto pensionistico entro regole comuni. E non vi è dubbio che l’avvicinamento progressivo dei regimi pensionistici, e dei loro costi, è destinato a esercitare effetti di grande portata sulla distinzione tra lavoro autonomo e subordinato e sul mercato del lavoro.

La seconda area interessata alla ricomposizione delle discipline, anch’essa estranea al rapporto individuale di lavoro, riguarda le normative e gli strumenti funzionali a obiettivi di politica attiva del lavoro. Qui, per la verità, la tendenza percepibile non consiste (ancora) in una vera e propria unificazione delle normative; segnalerebbe tuttavia una convergenza delle finalità e della strumentazione operativa, secondo modalità largamente slegate dai tipi giuridici di lavoro. Ad esempio, anche i servizi pubblici per l’impiego, come altri istituti del nostro *welfare*, sono stati costruiti per i bisogni tipici del lavoro dipendente; tuttavia il superamento del monopolio pubblico del collocamento e il decentramento regionale dei servizi, con l’ammissione di attori privati specializzati, potrebbero essere destinati ad arricchire la gamma dei servizi disponibili e renderli utilizzabili dalle varie categorie di lavoratori, a seconda dei concreti bisogni, più che delle tipologie giuridiche tradizionali.

La salute e la sicurezza sul lavoro richiamano un ulteriore gruppo di normative che tendono ad applicarsi in modo indifferenziato alle varie attività di lavoro; e non vi è dubbio che simile tendenza sia tra le più risalenti nel tempo.

Pure l’area dei rapporti individuali di lavoro è (stata) interessata all’osmosi fra diverse discipline. Dapprima, tramite l’estensione, in via normativa o interpretativa, di certe tutele oltre l’area tradizionale del lavoro subordinato (talora anche a soggetti imprenditoriali caratterizzati da dipendenza in senso lato: il prototipo è il contratto di agenzia, ma un’ipotesi più recente è rappresentata da quella contenuta nella legge sulla subfornitura); successivamente, a seguito della tendenza ad introdurre elementi di flessibilità e di autonomia nel lavoro subordinato, che ha avuto un’accelerazione negli ultimi anni.

Anche in questa analisi, di ricchezza e completezza inusitate, come spesso avviene nei discorsi attuali dei giuslavoristi sul futuro del diritto del lavoro, talora si sovrappongono e si confondono profili distinti; vale a dire quello della

definizione dei confini attuali, o dell'oggetto, del diritto del lavoro quale autonoma disciplina scientifica e quello dell'individuazione della direzione che la regolazione dei rapporti di lavoro sta prendendo o dovrà prendere, a fronte dei mutamenti intervenuti nel mondo dell'economia e nel contesto istituzionale.

Da essa, comunque, come si è detto, trae origine il progetto di politica del diritto che va sotto il nome di "statuto dei lavori". Così, si immagina di "ordinare" i lavori in tre aree, caratterizzate da tutela via via crescente: una prima area, presumibilmente quella del lavoro autonomo *tourt court*, nella quale sarebbe garantita unicamente la protezione dei diritti fondamentali della persona (salute e sicurezza; divieti di discriminazione); una seconda area, quella del lavoro autonomo continuativo, che godrebbe di uno statuto protettivo più allargato; ed infine, una terza area, quella del lavoro subordinato, che godrebbe della protezione forte del diritto del lavoro tradizionale, opportunamente rivisitato.

La proposta si pone espressamente come intermedia tra chi vorrebbe estendere lo statuto protettivo del lavoro subordinato anche ai nuovi lavori e chi, all'opposto, ne immagina una totale "autonomizzazione" (vale a dire, consegna all'autonomia individuale). Essa è stata criticata da più parti, innanzitutto perché comporterebbe una destrutturazione della subordinazione e, di qui, a cascata, una destrutturazione della rappresentanza sindacale, cioè i capisaldi del diritto del lavoro che conosciamo. Non sembra però una critica calzante perché la destrutturazione paventata è già nei fatti (e la proposta di Treu vorrebbe costituire una risposta proprio a questa destrutturazione).

Piuttosto l'idea presenta (ancora) una intonazione troppo astratta ed illuministica. L'impressione è che l'anima del professore abbia qui, in un certo senso, preso la mano. Di fronte alla grande mobilità del quadro e delle figure sociali di riferimento appare quanto meno prematuro cercare di ordinarle, inglobandole in un testo chiamato "statuto dei lavori". Lo dimostra la stessa difficoltà — di cui c'è traccia nel libro — di trovare i criteri ordinatori delle diverse aree di tutela. Si osserva, nella parte analitica, che si tratterebbe semplicemente di razionalizzare tendenze presenti nell'ordinamento. Ed è vero che vi sono state normative specifiche che hanno fatto saltare la tradizionale alternativa subordinazione/tutela, autonomia/mancanza di tutela, e si è persino arrivati a tutelare, con tecniche lavoristiche, il lavoro imprenditoriale economicamente dipendente (si pensi alla subfornitura); ma, appunto, la rilevazione di simile fenomeno, di aggiustamenti parziali e gradualisti, indica che quella è la strada da percorrere. In altre parole, si tratta di vedere chi deve farla questa razionalizzazione: se il legislatore o, almeno per il momento, lo studioso — secondo quella che è tra l'altro la sua tradizionale funzione — sulla base dei materiali gradualmente creati dal legislatore, sebbene assumendo come una sorta di bussola il progetto dello statuto dei lavori.

Allo stato di grande mobilità del contesto generale, mi sembra tuttora preferibile, per quanto riguarda la disciplina dei rapporti di lavoro, un approccio gradualistico e sperimentale, quale quello che fa perno, da un lato, sull'attribuzione di uno zoccolo minimale di tutela al lavoro coordinato — che è poi

quello che sta inesorabilmente avvenendo — e, dall'altro, su aggiustamenti puntuali delle tutele (e degli oneri tipici) del lavoro subordinato, onde ridurre l'eccessivo divario dei costi del ricorso all'una o all'altra figura contrattuale. A quel punto, private delle asperità che ne falsano il gioco concorrenziale, esse potrebbero finalmente competere per i vantaggi intrinseci che il ricorso a ciascuna delle figure contrattuali presenta per le due parti.

Che quella indicata nel libro sia — *et pour cause* — una prospettiva ancora per molti versi troppo astratta ed indefinita emerge del resto anche dalla diversa valenza che sembra le attribuiscono Tiziano Treu e Marco Biagi, il quale, presentando in appendice il progetto elaborato in qualità di consulente del ministro nella scorsa legislatura, parla di “una ventata di *common law* nel nostro ordinamento”: una valenza, mi pare, ben lontana dall'intendimento dell'ipotesi regolativa argomentata nel volume di Treu.

3. Non si possono chiudere queste riflessioni senza interrogarsi sullo scenario che, dal punto di vista regolativo, si apre per il futuro.

Non è possibile in questa sede soffermarsi analiticamente sul *Libro Bianco*; né, considerata l'inusitata accelerazione impressa all'iniziativa legislativa, questo sarebbe sufficiente. Mi limiterò ad evidenziare che ciò che ha fatto più impressione è quello che qualcuno ha icasticamente chiamato l'effetto-annuncio. Ed invero nel *Libro Bianco*, molto bella ed interessante, con l'enfasi posta, tra l'altro, sulla promozione di una società attiva e dunque sul tasso di partecipazione attiva al mercato del lavoro — che così diviene il quadro di riferimento concettuale — piuttosto che sul tasso di disoccupazione, è la parte relativa all'analisi; discutibile, come avviene sempre del resto per quanto riguarda le proposte operative, la parte relativa alle proposte. Tra l'altro, manca la trattazione della materia previdenziale, che invece dovrebbe essere considerata un tassello importante di qualsiasi riforma del mercato del lavoro.

Ma appunto ormai non è più tanto il *Libro Bianco* che ci dà le prospettive quanto il disegno di legge delega; anzi, i disegni di legge delega, perché si dimentica spesso quello relativo alle pensioni che invece, dal punto di vista del potenziale impatto reale, dovrebbe essere reputato persino più importante del progetto di riforma del mercato del lavoro. I problemi sul tappeto sono di tale natura (a cominciare da quelli che affliggono il Mezzogiorno) che sono necessarie politiche diverse dalle semplici politiche del lavoro, anche se ovviamente non è vero che queste siano irrilevanti. Della necessità di non sopravvalutare, da una parte, la dimensione regolativa e, d'altra parte, le politiche del lavoro, che non possono sostituire né le politiche fiscali né la politica industriale, è del resto dichiaratamente consapevole il *Libro Bianco*.

Quanto al disegno di legge sul mercato del lavoro, esso è un testo di tale ampiezza ed ambizione che è difficile entrare seriamente nel merito con poche battute. Tra l'altro — irretiti soprattutto dalla *querelle* sull'art. 18 stat. lav. — pure i giuristi si sono prevalentemente limitati a discorsi di metodo; ma bisognerà finalmente passare a quelli relativi ai contenuti, anche perché questo disegno di legge li merita assolutamente. Vi è infatti un filone di riforma normativa (alludo al mercato del lavoro, al riordino dei contratti con finalità

formativa e al part-time) che è già stato varato nel passato e per il quale possiamo giovarci di esperienze o comunque di riflessioni già compiute. La parte idealmente ricollegabile al potenziamento della tutela sul mercato del lavoro è, non solo un'attuazione delle indicazioni comunitarie, ma anche un'eredità del passato. Credo che in principio non vi sia nulla da eccepire in ordine alla competizione dei privati nel collocamento; né da scandalizzarsi per l'abrogazione o, meglio, la rivisitazione della L. n. 1369/60, della quale da tempo è denunciata la vetustà; la delega per la revisione degli incentivi in materia di lavoro è assolutamente doverosa, così pure quella in materia di ammortizzatori sociali, che semmai pecca di genericità (come, per la verità, anche altri aspetti del disegno di legge delega). Sebbene non in linea di continuità col più recente passato, risponde ad istanze di riforma emerse non da oggi il riordino delle tipologie flessibili dei rapporti di lavoro, a cominciare dai contratti con finalità formative e dal part-time, stretto dall'abbraccio soffocante dell'attuale normativa. Accanto a questo vi è però un filone del tutto nuovo (alludo, in particolare, a quello relativo alle tipologie contrattuali, che vengono moltiplicate secondo un disegno di non facile decifrazione, e all'arbitrato). Anche alla luce delle riflessioni appena compiute e suscitate dalla lettura del libro di Treu, è certamente ravvisabile qui un'impazienza regolativa, se non un eccesso regolativo, che appare in taluni casi perfino contrastante con l'intento di flessibilizzazione che si vuole perseguire.

Conciliazione e arbitrato nelle controversie individuali di lavoro secondo il disegno di legge di delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro

Rosario Flammia

Sommario: **1.** Aspetti istituzionali del procedimento di conciliazione e arbitrato nelle controversie individuali di lavoro. — **2.** L'interpretazione dei principi e criteri direttivi contenuti nell'art. 12 del disegno di legge. — **3.** La conciliazione. — **4.** L'arbitrato. — **5.** *Segue:* effetti abrogatori della nuova disciplina arbitrale. — **6.** L'arbitrato e il giudizio di equità. — **7.** L'impugnazione del lodo. — **8.** Conclusioni.

1. Nell'indagine, anche storica, sulla disciplina legale della conciliazione e dell'arbitrato nelle controversie individuali di lavoro si possono, in via di massima, individuare due profili, non sempre nettamente differenziati.

La prima visuale dipende, in sostanza, dal fenomeno che ora suole essere complessivamente indicato come mercato del lavoro, e perciò dagli indirizzi socio-economici di rigidità e/o di flessibilità che condizionano il funzionamento reale di un simile mercato, e che indirettamente possono anche avere qualche riflesso sui metodi di soluzione stragiudiziale di quelle controversie.

Il secondo profilo spicca, invece, dall'angolo visuale specificatamente istituzionale, e quindi totalmente tecnico-giuridico, poiché concerne direttamente l'inquadramento delle procedure stragiudiziali di composizione delle suddette controversie nella cornice dei vincoli giuridici, imposti dalla vigente Costituzione in tema di giustizia statale.

Ed in realtà, la questione oggi sottoposta alla nostra attenzione può essere così rappresentata.

Nell'ipotesi in cui, espletato effettivamente il tentativo di conciliazione, le parti individuali constatino che il dissidio che le contrappone non possa essere appianato consensualmente, le parti medesime possono pattuire di deferire la controversia ad un collegio arbitrale, o ad un arbitro.

In tal modo — secondo il generale insegnamento della Corte Costituzionale¹, applicabile anche nel nostro caso — esse derogano al precetto contenuto nell'art. 102, primo comma, della Costituzione sull'unità della giurisdizione, e dispongono del diritto di agire innanzi al giudice dello Stato, come previsto

* *Rosario Flammia è professore di Diritto del lavoro.*

Relazione per il Seminario organizzato in Roma, il 31 gennaio 2002, dall'ECOL - Agenzia per la Promozione di Studi di Economia e Lavoro.

¹ V. già Corte Cost., 14 luglio 1977, n. 127 e Cass., 28 gennaio 1980, n. 658.

dagli artt. 24, primo comma, della Costituzione e 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848).

2. L'illustrata distinzione tra indirizzi socio-economici e profili giuridico-istituzionali induce, a sua volta, a valutare il tipo di proposta legislativa sotto esame: si tratta, cioè, di un disegno di legge di delega al Governo (n. 848 del 2001, in discussione al Senato), che richiede qualche precisazione proprio per definire il metodo di analisi delle due prospettive appena delineate.

Preliminarmente conviene, infatti, chiarire il modo con cui i principi e criteri direttivi contenuti nel disegno di legge, e precipuamente quelli indicati dall'art. 12 riguardanti la nostra questione, debbono essere intesi alla luce dell'art. 76 della Costituzione, su cui, come si sa, è fondata la legittimità della delegazione legislativa.

Si può, in proposito, ricordare che in generale, secondo il giudizio della Corte Costituzionale, i principi e criteri direttivi che il delegato deve rispettare vanno ricostruiti, sia tenendo conto del complessivo contesto normativo e delle finalità che ispirano la legge di delega, sia avendo presente che i medesimi principi e criteri direttivi « costituiscono non solo il fondamento ed il limite delle norme delegate, ma anche un criterio per la loro interpretazione, in quanto esse vanno lette, finché possibile, nel significato compatibile con la legge di delega »².

Pertanto, in coerenza con la distinzione prima tracciata fra indirizzi socio-economici, inerenti al funzionamento del mercato del lavoro, e principi giuridico-istituzionali, possiamo notare che nel suddetto art. 12 i profili di rilevanza socio-economica possono essere indagati separatamente rispetto a principi e criteri, che ineriscono all'assetto istituzionale ed alla finalità ispiratrice del legislatore delegante.

Più in particolare, nella disposizione in parola, da un lato, risulta agevole percepire i criteri che si radicano puntualmente nell'area del mercato del lavoro — e così quelli riguardanti l'art. 18, L. n. 300/1970, in tema di relazione tra ipotesi di licenziamento e arbitrato — e, dall'altro lato, possiamo riconoscere principi e criteri, i quali sono progettati in riferimento al circuito istituzionale ed alla specifica posizione, rispetto alla giurisdizione, degli istituti di conciliazione ed arbitrato; istituti che nella materia del lavoro sono dalla delega concepiti non già limitatamente alla sola fattispecie del licenziamento, ma disegnati, invece, per tutte le controversie individuali di lavoro.

Nell'avvertire, perciò, che la riflessione intorno alle ragioni socio-economiche potrebbe offuscare il ruolo dei principi e criteri giuridico-istituzionali, che nel richiamato art. 12 svolgono funzioni essenziali e primarie, possiamo, sotto l'aspetto metodologico, tralasciare l'indagine sulla particolare materia relativa all'anzidetto art. 18, pur evocata dal disegno di legge fra i criteri direttivi

² Sent. 13 luglio 2000, n. 276.

dell'arbitrato, potendo essa trovare adeguato spazio nel dibattito sugli aspetti socio-economici inerenti al mercato del lavoro.

3. Per venire, allora, al commento dei principi e criteri istituzionali, incominciamo con la conciliazione, notando che il menzionato disegno di legge la contempla soltanto in via marginale.

Fra gli enunciati dell'art. 12 in tema di arbitrato, indirettamente la lettera c) annovera, infatti, la « possibilità delle parti, in qualunque fase del tentativo di conciliazione, od al suo termine in caso di mancata riuscita, di affidare allo stesso conciliatore il mandato a risolvere in via arbitrale le controversie ».

Pur a fronte di un riferimento tanto conciso, si può nondimeno osservare che una simile previsione presuppone, anzi conferma, una circostanza sistematica, già desumibile dalla tuttora vigente legislazione del 1998, in merito alle connessioni tra conciliazione ed arbitrato.

Si può, cioè, riconfermare che, nell'unitario procedimento stragiudiziale di composizione della controversia individuale di lavoro, è distinguibile una prima fase, obbligatoria e necessaria, in cui il terzo (conciliatore) partecipa al patteggiamento e, quindi, mira all'avvicinamento delle parti, affinché compiano la conciliazione, e così eliminino il dissidio anche se il conflitto verta su eventuali diritti indisponibili; invece, nella seconda fase, liberamente prescelta, il terzo (arbitro) si estrania dal negoziato e assume poteri neutrali, consistenti nel vagliare i fatti in contraddittorio tra le parti e nel decidere imparzialmente la controversia.

Ribadito questo aspetto, si può però segnalare che, pur restando inalterate le attuali linee strutturali e funzionali della conciliazione, il disegno di legge sotto esame non propone alcunché per quanto concerne l'effettività della realizzazione, ossia l'operatività pratica dell'istituto conciliativo.

Si può, in altre parole, notare che il disegno tace sui rilievi con i quali i commentatori pratici e teorici indicano varie incongruenze ed inefficienze della vigente disciplina della conciliazione obbligatoria, dominando, tra l'altro, su ogni raffinatezza normativa la prassi per cui all'inoltro della richiesta conciliativa non si dà alcun effettivo seguito, giacché è sufficiente che trascorra il termine di sessanta giorni, fissato dall'art. 410-*bis* cod. proc. civ., per avere via libera innanzi al giudice dello Stato.

Appare, quindi, evidente come, in una revisione degli attuali strumenti compositivi delle liti individuali e plurime di lavoro, non possano mancare misure di rimozione degli ostacoli, che impediscono un efficiente funzionamento dell'istituto della conciliazione stragiudiziale.

4. Tutt'al contrario, il disegno di legge traccia in forma esplicita le nuove linee della figura arbitrale, per più versi discordanti, come vedremo, rispetto all'attuale regolazione, concernente sia l'arbitrato rituale di diritto del lavoro, previsto dagli artt. 806, 808, secondo comma, e 829, ultimo comma, cod. proc. civ., sia l'arbitrato cosiddetto irrituale, disciplinato tanto dal primo comma dell'art. 5 della L. 19 agosto 1973 n. 533, quanto dagli artt. 412-*ter* e *quater* del cod. proc. civ.

Nell'aver presente, come si è poc'anzi accennato, il canone per cui principi e criteri stabiliti dal legislatore delegante costituiscono non solo il fondamento ed il limite delle norme delegate, ma anche il metro per la loro interpretazione, si può osservare che l'art. 12 del disegno di legge è concepito, rendendo innanzi tutto evidente lo scopo essenziale della nuova disciplina; e poi indicandone le modalità di realizzazione.

Invero, la prima parte del medesimo art. 12 espressamente stabilisce che « al fine di ridurre il contenzioso in materia di controversie individuali di lavoro, il Governo è delegato ad emanare[...] uno o più decreti legislativi in materia di arbitrato nelle controversie individuali di lavoro ».

Segue poi una seconda parte, nella quale si prevede che lo scopo così dichiarato si deve raggiungere, « abrogando l'articolo 412-ter del cod. proc. civ. e modificando parzialmente l'articolo 412-quater del medesimo codice ed ogni altra norma in contrasto con la presente delega, sostituendoli con disposizioni ispirate ai seguenti principi e criteri direttivi ».

Dunque, il fine enunciato dal succitato art. 12 non può essere sminuito, ritenendo la deflazione del contenzioso giudiziario come un effetto irrilevante nell'interpretazione sistematica dei principi e criteri direttivi, prospettati dal medesimo art. 12.

5. Fissati questi punti centrali, si può, quindi, osservare che la manifestata volontà abrogativa e sostitutiva comporta, innanzi tutto, un ridimensionamento della vigente regola, secondo cui, a seguito del fallimento del tentativo di conciliazione o del decorso del termine previsto per l'espletamento, in tanto le parti possono concordare di deferire ad arbitri la controversia, in quanto i contratti e accordi collettivi nazionali non soltanto contemplino tale facoltà, ma disciplinino anche una serie dettagliata e tassativa di condizioni.

Il futuro legislatore delegato dovrà invece rispettare il criterio direttivo di cui alla lettera a) del predetto art. 12, che suona così: « natura volontaria della compromissione in arbitri delle controversie individuali di lavoro, direttamente ovvero ad opera delle associazioni rappresentative dei datori e prestatori di lavoro cui essi aderiscano o conferiscano mandato ».

Resta, quindi, ferma tra le parti la facoltà di scelta fra il giudizio arbitrale e quello innanzi al giudice dello Stato: facoltà del resto immodificabile, giacché, secondo Costituzione, non sarebbe ammissibile l'arbitrato obbligatorio o necessario³.

Tuttavia, si stabilisce anche la possibilità per le parti individuali di stipulare direttamente una clausola compromissoria o un compromesso, senza necessità di preventiva autorizzazione da parte della contrattazione collettiva.

A quanto pare, in questo modo si intende attenuare la forza cogente dello specifico principio di diritto del lavoro circa la sindacalizzazione dell'arbitrato. Sindacalizzazione che si palesa come autorizzazione preventiva e necessaria tramite contrattazione collettiva tanto del compromesso individuale, quanto

³ Arg., fra le altre, ex Corte Cost., 24 luglio 1998, n. 325.

della clausola compromissoria individuale, secondo le regole operanti sia in tema di arbitrato irrituale, sia nel campo dell'arbitrato rituale, come risulta rispettivamente dal primo comma del già menzionato art. 5 della L. n. 533, 1973 e dagli artt. 806-808, secondo comma, cod. proc. civ., per l'arbitrato rituale.

6. Ma vi è, poi, un ulteriore aspetto di notevole rilevanza sistematica.

Vuoi in forza delle espressioni generali, con cui sono indicati lo scopo istituzionale e la sua realizzazione tramite lo strumento arbitrale, vuoi in virtù dell'ampio e penetrante potere di abrogazione delle norme incompatibili, si può, infatti, osservare che nel suddetto art. 12, come mezzo al fine, è altresì sotteso l'intento di unificare le discipline arbitrali di diritto del lavoro.

Questa circostanza appare di gran peso nell'esegesi dell'art. 12.

Perché se non si condividesse l'unificazione delle figure arbitrali di diritto del lavoro — unificazione ormai matura in ragione del dichiarato scopo istituzionale e della strumentazione arbitrale concepita dal disegno di legge — neppure troverebbe coerente sistemazione l'enunciato, che alla lettera *d*) preannuncia il « superamento del divieto di compromettibilità in arbitri delle controversie individuali aventi ad oggetto diritti dei lavoratori derivanti da disposizioni inderogabili di legge o di contratti collettivi, affermandosi conseguentemente il lodo secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento ».

Ora, questo fondamentale e complesso principio direttivo può essere suddiviso in due parti: l'una attinente all'inderogabilità delle norme eteronome eventualmente vincolanti gli apprezzamenti dell'arbitro, l'altra concernente il giudizio di equità ed i suoi limiti.

Se, quindi, alla luce di tale ripartizione, confrontiamo le vigenti discipline rispettivamente dell'arbitrato rituale e dell'arbitrato irrituale, subito notiamo che, relativamente all'arbitrato rituale, il disegno di legge risulta incompatibile con vari punti dell'attuale regolazione.

Intanto, vi è contrasto con il menzionato divieto, a mente del quale — giusta la prima parte del succitato secondo comma dell'art. 808 cod. proc. civ. — « le controversie di cui all'art. 409 possono essere decise da arbitri solo se ciò sia previsto nei contratti e accordi collettivi di lavoro ».

E vi è contrasto anche con la seconda parte del suddetto secondo comma dell'art. 808 cod. proc. civ., perché si elimina la regola secondo cui all'arbitro rituale è vietato giudicare secondo equità.

Vi è poi contrasto con il regime delle impugnazioni, sanzionato dall'ultimo comma dell'art. 829 cod. proc. civ., secondo cui il lodo rituale « è soggetto all'impugnazione anche per violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi ».

Considerate queste divergenze nel campo dell'arbitrato rituale, guardiamo all'arbitrato irrituale.

Qui, possiamo constatare che la vigente disciplina è meno discordante rispetto al disegno di legge, salvo, come è evidente, il contrasto con il primo comma dell'art. 5 L. n. 533, 1973.

Occorre, in proposito, rammentare che il succitato art. 5 era complessivamente concepito con un primo comma, secondo cui nelle controversie riguardanti

l'art. 409 cod. proc. civ., « l'arbitrato irrituale è ammesso soltanto nei casi previsti dalla legge ovvero dai contratti e accordi collettivi. In questo ultimo caso, ciò deve avvenire senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria ».

Il secondo comma veniva poi formulato così: « il lodo arbitrale non è valido ove vi sia stata violazione di disposizioni inderogabili di legge ovvero di contratti o accordi collettivi ».

Infine, il terzo comma, sanciva che: « si osservano le disposizioni dell'art. 2113, secondo e terzo comma del codice civile, modificato dall'art. 6 della presente legge ».

Come è noto, i surriferiti commi secondo e terzo sono stati espressamente abrogati dall'art. 43, settimo comma, del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80.

Inoltre, una norma dettata con l'art. 39 del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, secondo cui il lodo arbitrale sarebbe stato impugnabile « per violazione di disposizioni inderogabili di legge e per difetto assoluto di motivazione », veniva anch'essa abrogata, in forza dell'art. 19, quattordicesimo comma, del D. Lgs. 29 ottobre 1998, n. 387.

In definitiva, alla luce ed in coerenza con le vicende abrogative appena ricordate, si può rimarcare che in tema di arbitramento irrituale già il legislatore del 1998 non ha voluto che il giudizio dell'arbitro irrituale fosse rapportato a regole eteronome, fatte salve quelle espressamente indicate nell'art. 412-ter cod. proc. civ.; pertanto, la decisione dell'arbitro irrituale già oggi non può che essere ispirata alla sostanziale giustizia del caso concreto: ossia, all'equità.

Il disegno di legge promuove il giudizio di equità a canone generale della procedura arbitrale.

La questione tuttavia suscita vivaci dibattiti.

Nella prassi, taluni accordi sindacali nazionali propendono per non escludere il riferimento anche dell'arbitro irrituale alle « norme di diritto » sotto il profilo di precetti inderogabili di legge ed anche di contratti collettivi.

In tal modo, nella prassi sindacale affiora l'esigenza di dettare limiti alla formazione del giudizio dell'arbitro.

Alla luce della surriportata lettera *d*) dell'art. 12, il disegno di legge individua questi limiti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

Risulta, perciò, ribadito che l'arbitro di diritto del lavoro deve giudicare in maniera tale da non far dubitare che si tratti, ad esempio, di mero arbitrio; egli, tra l'altro, non può formulare la propria decisione con una discrezionalità incontrollabile, e non può sottrarsi ad una motivazione che sia ragionevole nella cornice, per l'appunto, dei principi generali dell'ordinamento.

7. Ci si inoltra, così, nello spinoso campo concernente l'impugnazione del lodo, ove la lettera *g*) dell'anzidetto art. 12 propone l'« impugnabilità, in un unico grado e davanti alla Corte di Appello, del lodo arbitrale, soltanto per vizi procedurali ».

Al riguardo, già una prima riflessione chiaramente mostra che l'impugnazione ammessa per i soli vizi procedurali dovrebbe essere coordinata con la

surricordata previsione sostanziale circa l'osservanza dei principi generali dell'ordinamento.

Sembrerebbe, quindi, indispensabile un adattamento sul punto.

Ma, indipendentemente da ciò, merita di essere segnalato l'intento perseguito dal legislatore delegante: l'intento, cioè, di sanzionare l'efficacia, in qualche misura, definitiva del lodo, visto come strumento di soluzione della lite individuale di lavoro, senza aperture ad eccezioni o impugnative che già al legislatore del 1998 erano apparse improponibili in riferimento all'essenziale finalità legislativa di bloccare lo straripamento del contenzioso in sede giudiziaria.

Questa osservazione consente di affermare che anche il disegno di legge in esame tendenzialmente vuole garantire un esito arbitrale conclusivo, assegnando alla decisione arbitrale effetti stabili e, in linea di massima, impeditivi per il protrarsi della controversia.

Del resto, da questo punto di vista si può ricordare che già per lo strumento della conciliazione l'ultimo comma dell'art. 2113 del cod. civ. sancisce l'inopugnabilità del negozio conciliativo, se risultano osservate le forme previste dai vigenti artt. 410 e segg. del cod. proc. civ.

Insomma, la consolidata vocazione dell'ordinamento a prevedere misure per una ragionevole definitività ed esecutività immediata della soluzione stragiudiziale delle controversie individuali di lavoro, comporta che l'intervento della giurisdizione sia considerato soltanto come una *extrema ratio*.

E, sotto un simile profilo, argomentando, fra l'altro, dal principio generale di recente accolto dalla Corte Costituzionale in tema di arbitrato rituale di diritto comune⁴, si può scorgere anche nell'unitaria figura del giudizio arbitrale di diritto del lavoro una potenziale fungibilità con il giudizio degli organi della giurisdizione, ancorché tale figura sia carente di forza giurisdizionale di imperio.

Appropriato, perciò, appare il criterio di cui alla lettera h) del ricordato art. 12 circa la « immediata esecutività del lodo, nonostante l'impugnazione proposta ai sensi della lettera g), a seguito del deposito presso la cancelleria del giudice ».

8. Considerate le più importanti divergenze e convergenze tra il sistema auspicato dal disegno di legge e quello oggi vigente, ci possiamo avviare alle conclusioni.

Per quanto attiene alla conciliazione, valgono gli avvertimenti accennati all'inizio di questo commento: ossia la necessità di rivedere il funzionamento operativo della disciplina.

In tema di arbitrato, a stregua della menzionata regola generale, costituzionalmente garantita, secondo cui anche nel diritto del lavoro non sono ammissibili arbitrati obbligatori o necessari, occorre realisticamente valutare che sino ad oggi le parti individuali hanno mostrato scarso interesse ad attivare procedure arbitrali.

Non si può, quindi, sottacere il pericolo per cui la nuova disciplina, proposta dal

⁴ Sent. 28 novembre 2001, n. 376.

disegno di legge, potrebbe praticamente essere anch'essa relegata nel regno delle idee, così, ancora una volta, vanificandosi il succitato scopo fondamentale dell'art. 12 in riferimento alla crisi della giustizia del lavoro.

Se, dunque, si intende veramente concretizzare un sistema alternativo rispetto alla procedura giudiziaria, si deve rimuovere la prevalente situazione di stallo in cui attualmente si trovano le forme di composizione stragiudiziale delle liti individuali di lavoro.

Varie potrebbero essere le misure per sbloccare un'inerzia siffatta.

Un mezzo da sperimentare — anche secondo l'opinione diffusa tra economisti e sociologi del lavoro — potrebbe essere quello di bilanciare la libera scelta, che sorregge pure l'arbitrato di diritto del lavoro, con una dose consistente di incentivi, predisponendo, ad esempio, agevolazioni fiscali e previdenziali, per modo che le parti individuali possano ravvisare — ed è questo il punto — concrete convenienze nel calcolo di costi e benefici per la definizione arbitrale delle controversie individuali di lavoro.

Articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori e crescita dimensionale delle imprese. Quale evidenza empirica?

Giuseppe Marotta

Sommario: **1.** Introduzione e conclusioni principali. — **2.** Effetti di discontinuità nella distribuzione dimensionale delle imprese? — **3.** Effetti di discontinuità nella crescita dimensionale delle imprese? — **4.** Considerazioni conclusive.

1. Un tema che contraddistingue le Considerazioni Finali (CF) del Governatore della Banca d'Italia quest'anno, più che in precedenti occasioni, è l'enfasi sulla crescita dimensionale delle imprese come condizione perché si realizzi un adeguato aumento della produttività, e ciò grazie all'innovazione tecnologica derivante dagli investimenti in ricerca e sviluppo (R&S), comprensivi di quelli nell'informatica. Nelle parole del Governatore, « Il contributo che le piccole imprese hanno fornito negli ultimi decenni allo sviluppo della nostra economia è stato determinante, ma la frammentazione rischia ora di incidere negativamente sulle capacità di crescere. L'innovazione richiede investimenti iniziali cospicui, a cui possono meglio far fronte grandi imprese o le stesse aziende medie e piccole in cooperazione tra loro. [...] Un ritorno all'efficienza e alla competitività di tutto il sistema economico passa necessariamente attraverso le imprese più grandi. Esse sono essenziali per diffondere gli avanzamenti tecnologici, per stimolare la ricerca, per formare capacità gestionali. [...] È indispensabile rimuovere gli ostacoli normativi e fiscali che hanno frenato la crescita dimensionale delle piccole imprese »¹.

I riferimenti nella letteratura economica per queste proposizioni possono essere indicati, ad esempio, in Rajan e Zingales² e, all'interno della stessa Banca d'Italia, in Pagano e Schivardi³. Usando dati sul settore industriale in 43 paesi, il primo lavoro mostra che all'incirca due terzi della crescita del prodotto sono da attribuire all'aumento dimensionale delle imprese e solo un terzo alla nascita di nuove. Il secondo lavoro, che usa un data set per diversi comparti dell'industria manifatturiera e dei servizi relativo a 8 paesi con una quota dell'85 per cento sul PIL dell'UE nel 1994, trova un'associazione positiva tra la

* Giuseppe Marotta è professore straordinario di Economia politica presso l'Università di Modena e Reggio Emilia.

¹ CF, *passim*, in Banca d'Italia, *Relazione Annuale sul 2001*, 2002.

² Rajan, Zingales, *Financial dependence and growth*, in *American Economic Review*, 1998, 559-86.

³ Pagano, Schivardi, *Firm size distribution and growth*, Banca d'Italia, *Temi di discussione*, 2001, n. 394.

crescita della produttività del lavoro e la dimensione delle imprese. Questa relazione viene spiegata econometricamente dall'influenza positiva che la variabile dimensione ha sull'attività di R&S.

Si è soliti ricordare, e lo fa la stessa Relazione BI, l'elenco di fattori che in linea di principio favoriscono la crescita dimensionale (riduzione delle rigidità amministrative e normative e del carico fiscale e contributivo, più flessibilità sul mercato del lavoro, maggiore offerta di capitale di rischio, più infrastrutture, più efficienza dei servizi pubblici, riduzione dei costi dell'energia).

Governo e Confindustria, ma anche organismi internazionali come l'OCSE e il FMI, condividendo la tesi di fondo del Governatore, hanno privilegiato all'interno di questo elenco, oltre alla riduzione della pressione fiscale, la minore rigidità del mercato del lavoro. Nel confronto internazionale l'Italia è tra i paesi che l'OCSE individua come contraddistinti dalla legislazione a protezione degli occupati più intensa⁴; da qui la motivazione della scelta del Governo di allentare i vincoli nella gestione del personale attraverso la sospensione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori per le imprese che crescano oltre i 15 dipendenti, soglia al disotto della quale la norma sinora non si applica. Come noto, l'art. 18 prevede, nel caso di licenziamento individuale senza giusta causa, che il lavoratore abbia diritto al risarcimento monetario e al reintegro nel posto di lavoro (o, in alternativa, a un'indennità di fine rapporto pari a 15 mensilità). Per le imprese fino a 15 dipendenti, invece, è previsto solo il risarcimento monetario.

Obiettivo di questa nota è esaminare se l'evidenza empirica disponibile suggerisca che l'applicazione dell'art. 18 nella forma attuale ha un effetto « tappo » sulla crescita dimensionale delle imprese. A questo riguardo esamino due lavori, uno dell'ISTAT e uno, di confronto internazionale, dell'OCSE. Si tratta in entrambi i casi di lavori di natura descrittiva; mancano, a mia conoscenza, studi che adottino metodologie statistico-econometriche più adatte a un'analisi approfondita dei dati. La conclusione principale che ricavo da essi è che non emerge alcun significativo effetto « tappo ».

Questo risultato, raffrontato ai costi derivanti dalla tensione sociale suscitata dalla scelta del Governo di intervenire sull'art. 18, suggerisce che per perseguire l'obiettivo, del tutto condivisibile, di favorire la crescita dimensionale delle piccole e medie imprese, sarebbe opportuno prestare maggiore attenzione ad altri fattori individuati in modo preciso nella letteratura, in particolare l'accesso ai finanziamenti esterni e segnatamente al capitale di rischio. Ciò è tanto più rilevante quando si consideri come le recenti innovazioni nelle normative fiscali e del diritto penale commerciale creino invece le premesse per ostacolare, piuttosto che favorire, la crescita delle imprese.

⁴ È da notare, a conferma della cautela indispensabile nei confronti internazionali, che l'indicatore costruito dall'OCSE in realtà sovrastima il grado di rigidità della normativa contro il licenziamento individuale illegittimo, perché vi include il pagamento dell'indennità di fine rapporto di lavoro, che invece vale per qualunque tipologia di cessazione del rapporto di lavoro. Depurata di questo elemento, la normativa italiana risulterebbe in Europa tra le meno vincolistiche, Banca d'Italia, *op. cit.*, 135-36.

2. Un primo modo per cercare di rispondere alla domanda circa l'esistenza di un possibile effetto di « tappo » generato dall'art. 18 è indagare se vi sia una discontinuità nella distribuzione dimensionale delle imprese. Se l'obiettivo fosse evitare di ricadere nell'ambito di applicazione della norma ci si potrebbe attendere che, rispetto all'andamento relativo alle imprese fino a 14 dipendenti, si verifici una brusca flessione nella numerosità in corrispondenza all'intervallo 14-16⁵, sulla base dell'informazione più aggiornata (al 1999) e completa sull'universo delle imprese classificate per numero di dipendenti, tratta dall'Archivio Statistico delle imprese attive, fornisce una risposta di segno negativo.

Prima di procedere è opportuna una parentesi metodologica, relativa a cosa si intenda per « impresa » e « dipendenti » nello Statuto dei lavoratori. L'unità produttiva in relazione alla quale si applica la soglia dimensionale è in realtà il singolo stabilimento, anche se esso fa capo, assieme ad altri localizzati nello stesso comune, a una stessa impresa. Nel computo di dipendenti non sono inclusi gli apprendisti e i lavoratori temporanei, con contratto sotto i nove mesi; vi rientrano invece gli altri lavoratori temporanei e tutti i lavoratori a tempo parziale, in proporzione a uno a tempo pieno.

È ovvio che l'impresa non coincide necessariamente con lo stabilimento; è tuttavia plausibile che l'identificazione valga per una piccola impresa. Nulla si può dire, in assenza di studi appositi, circa il grado di concordanza tra la definizione di dipendente adottata dall'ISTAT e quella rilevante ai fini del computo della soglia nello Statuto dei lavoratori. Fatte queste avvertenze, in un grafico che riporta sui due assi il numero e la dimensione per dipendenti, tra 6 e 50, delle imprese nel 1999 si ottiene l'iperbole equilatera quasi perfetta della Figura 1⁶. Questa evidenza grafica è inequivocabile nel suggerire che *non* esiste un effetto soglia. Anche a un livello di indagine più fine — si veda il dettaglio per le imprese tra 10 e 20 dipendenti — secondo l'Istat si possono al massimo individuare « turbolenze », in ogni caso non significative statisticamente, intorno alla soglia di 14-16 dipendenti. « Turbolenze » analoghe inoltre si trovano in corrispondenza ai 21 e ai 31 dipendenti, valori questi che nulla hanno a che vedere con l'art. 18.

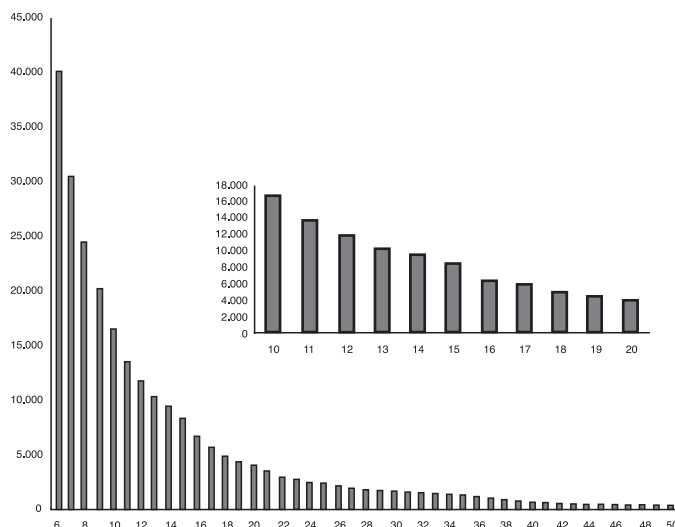
3. Nel precedente paragrafo si è esaminata la fotografia in un anno. Un altro modo per indagare su un possibile effetto di « tappo » è quello di domandarsi se si individuano delle discontinuità, intorno alla soglia dei 15 dipendenti, esaminando la proporzione delle imprese che aumentano di dimensione. A questo scopo Istat⁷ calcola la quota delle imprese, distinte a seconda che nel 1998 i dipendenti siano pari a 10, 11 e così via sino a 19, cresciute dimensionalmente nell'anno successivo, il 1999. L'intervallo di valori assunto da tali quote è molto ristretto: tra il 37 e il 42 per cento. Anche in questo caso si può

⁵ Istat, *Rapporto Annuale 2001, 2002*, <http://www.istat.it/Aproserv/noved/rapann01/cap2.pdf>.

⁶ Tratta da Istat, *op. cit.*, 70.

⁷ Istat, *op. cit.*

Figura 1 - Imprese con una dimensione compresa tra 6 e 50 dipendenti per numero di dipendenti
- Anno 1999



Fonte: Istat Archvio Statistico delle Imprese Attive (ASIA)

individuare una lieve « turbolenza » in corrispondenza alle imprese con 14 e 15 dipendenti, che registrano il valore minimo dell'intervallo.

Un altro modo di rispondere alla domanda di questo paragrafo è indagare se, nel confronto con altri paesi con diverse legislazioni del lavoro, la crescita delle imprese italiane risulti penalizzata. Scarpetta *et alii*⁸ permettono di comparare, su un orizzonte pluriennale, l'esperienza italiana con quella di altri paesi europei e con gli Stati Uniti. Il lavoro fa parte di un ampio progetto di ricerca, condotto presso l'OCSE, sulla demografia d'impresa e sugli andamenti della produttività, usando dati d'impresa per il periodo 1989-94. Ai fini di questa nota interessa soffermarsi sui risultati relativi ai tassi di crescita media dell'occupazione, rispetto ai valori iniziali, nelle imprese che sono sopravvissute 2, 4 o 7 anni dopo essere entrate sul mercato.

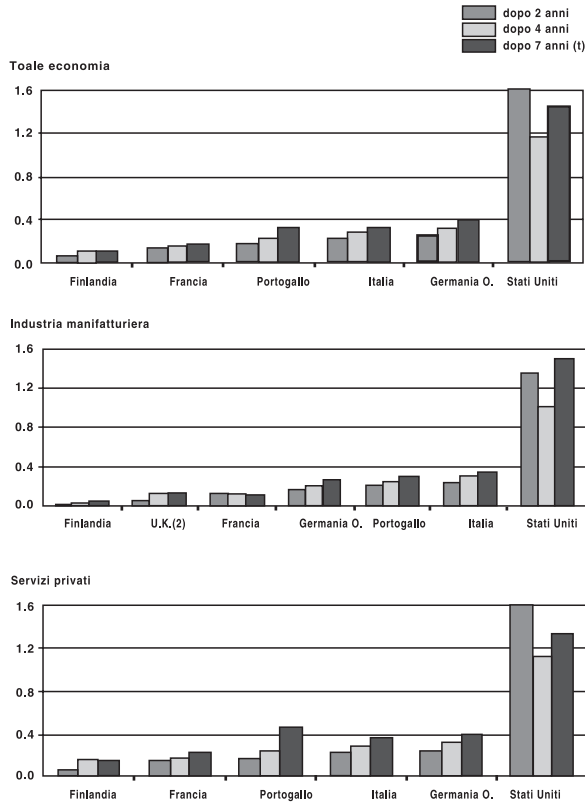
In base allo studio l'Italia mostra incrementi medi nei livelli dell'occupazione che passano da poco meno del 30 a quasi il 40 per cento man mano che aumenta l'età dell'impresa, sia nel settore dei servizi sia in quello dell'industria manifatturiera (Figura 2). Nel confronto internazionale questi risultati tendono a essere tra i più elevati rispetto ai paesi UE per cui si hanno dati relativamente comparabili⁹; sono simili a quelli della Germania Occidentale e significativa-

⁸ Scarpetta, Hemmings, Tressel, Woo, *The role of policy and institutions for productivity and firm dynamics: evidence from micro and industry data*, OECD ECO/WP, 2002, n. 329, [http://appli1.oecd.org/olis/2002doc.nsf/linkto/eco-wkp\(2002\)15/\\$FILE/JT00125006.PDF](http://appli1.oecd.org/olis/2002doc.nsf/linkto/eco-wkp(2002)15/$FILE/JT00125006.PDF).

⁹ Si noti che questi risultati non sono alterati da diversità nei tassi di sopravvivenza delle nuove

mente migliori rispetto alla Francia. La differenza rilevante che lo studio OCSE mostra è quella dell'Europa nel suo complesso rispetto agli Stati Uniti, ma questo è un tema che esula da questa nota.

Figura 2 - Crescita netta dei dipendenti delle nuove imprese che sopravvivono (incrementi percentuali medi rispetto ai dei dipendenti iniziali)



(1) Dopo 6 anni per il Regno Unito.

(2) Conti di impresa entrate sul mercato nel periodo 1985-90.

Fonte: Scarpetta et. al. (2002)

Occorre precisare che la dimensione iniziale delle imprese è nella banca dati usata dall'OCSE distorta verso l'alto nel caso italiano, perché sono incluse solo le imprese con fatturato di almeno 5 milioni di euro¹⁰. Ciò dovrebbe rendere meno rilevante il possibile rilievo critico che la crescita occupazionale in Italia avverrebbe comunque rispetto a livelli iniziali molto più bassi rispetto agli altri

imprese tra i diversi paesi, (vedi Scarpetta *et al.*, *op. cit.*, Figure 5) né dalla dimensione relativa delle nuove imprese rispetto a quelle esistenti (vedi Scarpetta *et al.*, *op. cit.*, Figure 6).

¹⁰ Scarpetta *et al.*, *op. cit.*, nota 3.

paesi. È utile rimarcare, inoltre, che il periodo cui si riferiscono i dati, 1989-94, non include gli anni più recenti, in cui si sono realizzate nel nostro paese cospicue innovazioni per rendere più flessibile il mercato del lavoro (ad esempio il pacchetto Treu del 1997).

Riassumendo, l'evidenza empirica, sia pure solo descrittiva, passata in rassegna in questo paragrafo non suggerisce, anche nel confronto europeo, l'esistenza di un significativo effetto di « tappo » connesso all'applicazione attuale dell'art. 18. Questo non implica, ovviamente, che indagini più affinate sul piano econometrico e/o nuove fonti dei dati non mutino questo risultato. L'onere della prova spetta però ai sostenitori della tesi che l'art. 18 costituisca un ostacolo alla crescita dimensionale delle imprese, tanto serio da rendere accettabili i costi delle tensioni sociali suscitate da interventi volti a modificarlo, quando non a eliminarlo.

4. La crescita delle piccole e medie imprese costituisce una sfida ineludibile per la politica economica italiana. Dopo aver verificata l'esigua, per non dire impalpabile, evidenza empirica che potrebbe giustificare interventi di modifica all'art. 18 per perseguire quell'obiettivo desta sorpresa in chi scrive che nel dibattito nazionale, e anche nella stessa Relazione della Banca d'Italia, si presti un'attenzione ridotta ad altre determinanti della crescita delle imprese, sui cui effetti la letteratura economica più recente ha fornito prove piuttosto robuste¹¹ è invece piuttosto robusta: affidabilità degli standard contabili, accesso ai finanziamenti esterni, e segnatamente al capitale di rischio. Su questo fronte, recentissimi interventi normativi hanno posto in essere o stanno per creare condizioni che ostacolano la crescita delle piccole e medie imprese.

La riforma dei reati societari, con le norme che hanno depotenziato sul piano penale il reato di falso in bilancio, introducendo anche stravaganti soglie quantitative sugli « errori » contabili leciti, ha certamente ridotto la trasparenza del mercato italiano rispetto agli altri paesi europei, per non dire degli Stati Uniti, dove la tendenza è verso un inasprimento delle sanzioni penali dopo i diversi casi Enron, Worldcom ecc. Inoltre, la diversa normativa prevista per le società quotate rispetto a quelle non quotate, con la previsione per queste ultime dell'avvio dell'azione giudiziaria solo su querela di un soggetto direttamente danneggiato, ha creato un ovvio incentivo alla non quotazione, per sottrarsi al vaglio esterno degli analisti e degli investitori¹². Ne deriva un ostacolo rilevante allo stimolo della domanda di capitale di rischio, con l'esito di un circolo vizioso « piccola dimensione-bassa e poco qualificata domanda di servizi finanziari », che genera ulteriori ricadute negative sull'efficienza del sistema finanziario, e quindi sulle potenzialità di crescita delle piccole imprese. Ricadute negative si avranno anche con riferimento ai finanziamenti bancari, poiché l'applicazione di *ratings* sul merito di credito del potenziale prenditore,

¹¹ Per tutti, Kumar, Rajan, Zingales, *What determines firm size?*, NBER WP, 1999, n. 7208.

¹² Foffani, Vella, Belcredi, Alessandri, *Falso in bilancio*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, IV, n. 1, 125-50.

previsti dalla revisione in corso di approvazione dell'accordo di Basilea sui requisiti patrimoniali per le banche, tenderà a penalizzare le imprese italiane rispetto a quelle estere a causa di una minore affidabilità della loro informazione contabile.

Il tema avrebbe meritato qualcosa di più di un anodino commento: « La rilevanza penale delle false comunicazioni sociali e altri reati societari sono stati attenuati dal D.Lgs. n. 61/2002 »¹³.

Anche la proposta di riforma della tassazione societaria, con l'abolizione della DIT e la progressiva eliminazione dell'IRAP, agisce nel senso di scoraggiare l'irrobustimento patrimoniale delle imprese. Come rileva questa volta criticamente la stessa Relazione BI¹⁴ « si tornerebbe al preesistente regime fiscale che prevedeva un trattamento di relativo favore per l'indebitamento rispetto al capitale proprio », accrescendo così la dipendenza delle piccole e medie imprese dal credito bancario.

¹³ Banca d'Italia, *op. cit.*, 111.

¹⁴ Banca d'Italia, *op. cit.*, 206.

Attuazione di Direttive Comunitarie: contratto a termine e orario di lavoro

L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva europea sul contratto a termine: spunti problematici

Chiara Lazzari

Sommario: **1.** La genesi della direttiva 1999/70/CE. — **2.** I principi ispiratori dell'intervento comunitario. — **3.** La « strana storia » del rapporto fra direttiva CE e decreto attuativo. — **4.** (segue) I dubbi di legittimità del D. Lgs. n. 368/2001.

1. Com'è noto, con il D. Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, il Governo italiano ha dato attuazione alla direttiva europea 1999/70/CE del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso, il 18 marzo 1999, dall'Unice (Unione delle confederazioni delle industrie della Comunità europea), dal Ceep (Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica) e dalla Ces (Confederazione europea dei sindacati) nell'ambito della procedura indicata dal nuovo art. 139 TCE. Invero, in forza di tali disposizioni, è previsto che, qualora il dialogo fra le parti sociali a livello europeo sfoci nella conclusione di un accordo, il Consiglio, su richiesta congiunta dei soggetti firmatari e dietro proposta della Commissione, possa decidere di far propria l'intesa raggiunta, trasponendone i contenuti in un atto normativo. Ciò che puntualmente è stato fatto nel caso di specie, limitandosi la direttiva in questione a rinviare al testo dell'accordo allegato, al quale, dunque, occorrerà fare riferimento per individuare le linee portanti dell'intervento comunitario in materia.

La direttiva qui considerata rappresenta la terza applicazione, in ordine cronologico, di tale procedura, dopo la 96/34/CE del 3 giugno in tema di congedi parentali e la 97/81/CE del 27 dicembre sul lavoro *part-time*, adottate, rispettivamente, in seguito alla conclusione degli accordi del 14 dicembre 1995 e del 6 giugno 1997, sottoscritti da Unice, Ceep e Ces. Ad essa si è, peraltro, pervenuti dopo un lungo *iter* disseminato di molti tentativi fallimentari, a partire da un primo progetto presentato dalla Commissione nel 1982, cui hanno fatto seguito, con esito analogo, diverse altre proposte. Solo nel settembre 1995, avendo la Commissione informato le parti sociali dell'intenzione di riprendere l'esame dei progetti volti a regolamentare la materia a livello comunitario, queste, avvalendosi dell'art. 3 dell'allora protocollo sulla politica

* Chiara Lazzari è borsista del dottorato di ricerca di Diritto del lavoro europeo presso l'Università di Catania.

Il testo costituisce una rielaborazione dell'intervento svolto al Seminario *La nuova disciplina del contratto di lavoro a termine e i riflessi sul mercato del lavoro locale* (Urbino, Facoltà di Giurisprudenza, 26 gennaio 2002).

sociale (corrispondente all'attuale art. 138 TCE), chiesero ed ottennero che fosse sospesa ogni iniziativa, al fine di ricercare un accordo sul tema.

Subito dopo la firma dell'intesa sul lavoro *part-time* è, così, iniziato il negoziato su quello a tempo determinato, conclusosi circa dieci mesi più tardi. Le cronache riferiscono di trattative difficili, durante le quali si sarebbe spesso rischiate la rottura, attesa la divergenza di interessi fra Unice e Ces: l'una decisa ad ottenere una marcata liberalizzazione dei contratti a tempo determinato, per migliorare le prospettive occupazionali attraverso una strategia di flessibilizzazione del mercato del lavoro; l'altra soprattutto interessata, invece, a definire un quadro di garanzie per i lavoratori a termine applicabile in tutti gli Stati membri¹.

2. Da una lettura, anche rapida, dell'accordo si ricava l'impressione che proprio l'orientamento espresso dalla Ces ne abbia marcato profondamente l'impianto complessivo. Invero, all'inizio del preambolo è collocato il richiamo — ripreso, poi, anche nel 5° considerando dell'intesa — alla strategia europea per l'occupazione adottata durante il vertice straordinario del Lussemburgo nel 1997, e, segnatamente, alla necessità di adoperarsi per raggiungere un migliore equilibrio fra « la flessibilità dell'orario di lavoro e la sicurezza dei lavoratori ». Analogamente, del resto, al contenuto del 5° e 6° considerando della direttiva, ove, tanto il riferimento alle conclusioni del Consiglio europeo di Essen, quanto quello alla risoluzione del Consiglio del 9 febbraio 1999 relativa agli orientamenti in materia di occupazione per il medesimo anno, evidenziano la necessità di coniugare « desideri dei lavoratori ed esigenze della competitività », « flessibilità e sicurezza ».

Sulla stessa lunghezza d'onda — ed, anzi, forse in modo ancor più inequivoco — si colloca la fondamentale affermazione di principio, anch'essa contenuta all'inizio del preambolo, secondo la quale « le parti firmatarie riconoscono che i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori » e che essi — come prosegue il 6° considerando — « contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento ». D'altra parte, « volontà delle parti sociali » è quella di « stabilire un quadro generale che garantisca la parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato, proteggendoli dalle discriminazioni, e un uso dei contratti di lavoro a tempo determinato accettabile sia per i datori di lavoro che per i lavoratori ». Principi, questi, ulteriormente esplicitati nella clausola 1 dell'accordo, che, definendo gli obiettivi perseguiti dall'intesa *de qua*, fa riferimento unicamente alla necessità di « mi-

¹ Su tali aspetti cfr., più diffusamente — anche per una considerazione approfondita delle procedure di dialogo sociale europeo, la cui analisi esulerebbe dal tema della presente riflessione — Arrigo, *Gli accordi quadro europei sui lavori atipici*, in *LI*, 1999, 10, 18 ss. e 27 ss.; Ferrante, *Nuovi sviluppi per il dialogo sociale europeo: la direttiva sul lavoro a termine*, in www.unicz.it/lavoro/FERRANTE2.htm; Id., *Stabilità del rapporto e lavoro a termine in Spagna: una riflessione comparata alla luce della direttiva europea*, in *QDLRI*, 2000, 23, 249 ss.; Sandulli, *Il dialogo sociale europeo*, in *GL*, 1999, 44, 17 ss.

gliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione » e di « creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato ».

Completamente diverso è, dunque, l'orizzonte assunto dall'accordo qui considerato rispetto a quello entro il quale si muoveva l'intesa conclusa in tema di *part-time*, poc'anzi richiamata. In quel caso, invero, accanto alla finalità di assicurare il rispetto del principio di non discriminazione, era posto l'obiettivo di « facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria » (clausola 1, lett. b). Nell'accordo *de quo*, invece, pur riconoscendosi che il contratto a termine costituisce un utile incentivo alla flessibilità in entrata, « è presente la consapevolezza che non si tratta di una tipologia di rapporto di lavoro atipico sul quale scommettere per il futuro e, quindi, da « *promuovere* » (...), perché non genera sicurezza » e « il suo abuso (...) ridonda a carico delle stesse esigenze di efficienza gestionale delle imprese »². Così facendo, l'intesa in questione si discosta dalla tradizionale ottica di deregolazione neo-liberista che intende la flessibilità essenzialmente come sinonimo di precarietà, a tutto vantaggio della ritrovata centralità dell'impiego stabile³. E che questa osservazione rispecchi la realtà dei fatti lo si può desumere anche dalla posizione di chi, giudicando in controtendenza rispetto alle attuali dinamiche socio-economiche la scelta, operata a livello comunitario, di configurare il contratto a termine come eccezione, considera l'accordo nato « con lo sguardo ancora rivolto al passato »⁴.

Sulla base di queste tranquillizzanti premesse, e fermo restando che « l'utilizzazione di contratti a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi » (7° considerando), le parti sociali, anziché avventurarsi sull'impervio terreno dell'analitica indicazione dei casi in cui è consentita la stipulazione di un contratto a termine — del resto difficilmente individuabili a livello comunitario, per gli immaginabili problemi di armonizzazione che ne sarebbero derivati — hanno preferito procedere alla redazione di un vero e proprio accordo-cornice, volto a stabilire, come si legge ancora nel preambolo, « i principi generali e i requisiti minimi relativi al lavoro a tempo determinato »⁵,

² Caruso, *Alla ricerca della « flessibilità mite »: il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, in *DRI* 2000, 146, corsivo dell'A.

³ Cfr. Arrigo, *op. cit.*, 31; Biagi, *L'accordo-quadro a livello comunitario sul lavoro a termine*, in *GL*, 1999, 16, 17-18; Ferrante, *Nuovi sviluppi*, cit., 13; Nunin, *L'accordo quadro del 18 marzo 1999 e la direttiva n. 99/70/CE sul lavoro a tempo determinato: profili regolativi ed obblighi di conformazione per l'Italia*, in Menghini (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa, Milano, 2002, 44-45, 55.

⁴ Tiraboschi, *Alcune note critiche sull'accordo collettivo europeo in materia di lavoro a tempo determinato*, in *DRI*, 1999, 462; cfr. anche Mobiglia, *Principio di non discriminazione*, in Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al D. Lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giuffrè, Milano, 2002, 175 ss.

⁵ Per un'analisi più approfondita di tali contenuti, che in questa sede non è possibile affrontare, cfr. Arrigo, *op. cit.*, 27 ss.; Ferrante, *Nuovi sviluppi*, cit., 9 ss.; Giovani, *Contratti a termine: la direttiva europea e l'accordo sindacale*, in *DPL*, 2001, 2352 ss.; Lambertucci, *L'evoluzione della*

riconoscendo che la loro applicazione dettagliata deve tener conto delle realtà specifiche delle situazioni nazionali, settoriali e stagionali ». Proprio alla luce di tali ultime affermazioni acquistano, dunque, significato le previsioni della clausola 8 — sulle quali non si mancherà di tornare nel prosieguo — secondo le quali ben potrebbero gli Stati membri e le parti sociali « mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo », la cui applicazione, del resto, non può costituire « un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso » (cd. clausola di non regresso).

3. È cosa altrettanto nota che la vicenda della trasposizione della direttiva *de qua* nell'ordinamento italiano è stata piuttosto complessa. In virtù dell'art. 2 della medesima, il termine ultimo per il suo recepimento da parte degli Stati membri era stato fissato al 10 luglio 2001, fatta salva la possibilità di fruire di un periodo supplementare non superiore ad un anno, qualora ciò si fosse reso necessario in considerazione di difficoltà particolari o dell'attuazione mediante contratto collettivo, ed in ogni caso previa consultazione delle parti sociali. Il 24 luglio 2000, nell'ambito del « Comitato consultivo permanente sulla legislazione del lavoro », la cui istituzione era stata prevista dal Patto per lo sviluppo e l'occupazione del 22 dicembre 1998 in relazione alle finalità del Patto stesso, è stato formalmente avviato il negoziato fra le contrapposte organizzazioni sindacali per il recepimento della direttiva in questione. Fra la fine di aprile e l'inizio di maggio tale trattativa è sfociata in un'intesa separata, sottoscritta da alcune importanti organizzazioni imprenditoriali (tra cui Confindustria)⁶ e, sul versante dei lavoratori, da Cisl, Uil, Cisl, Ugl. Com'è noto, l'accordo non è stato, invece, firmato dalla Cgil, duramente opposita all'inevitabile ridimensionamento di ruolo subito dalla contrattazione collettiva in virtù delle previsioni dell'intesa⁷ (sulla cui conformità alle indicazioni provenienti al riguardo dalla direttiva comunitaria sembrerebbe, peraltro, lecito avanzare più di un dubbio)⁸.

disciplina del contratto a termine tra oscillazioni giurisprudenziali e normativa comunitaria, in *ADL*, 2001, 519 ss.; Maretti, *L'accordo europeo sul lavoro a tempo determinato*, in *LG*, 1999, 1013 ss.; Menghini, *Lavoro a termine, referendum, direttiva 1999/70/CE, patto di Milano*, in *RGL*, 2000, I, 595 ss.; Nunin, *op. cit.*, 39 ss.; Pau, *La direttiva comunitaria sul contratto a termine*, in *DPL*, 2000, 1891 ss.; Tiraboschi, *Alcune note*, cit., 461 ss.

⁶ Le altre organizzazioni imprenditoriali firmatarie sono Confartigianato, Casartigiani, Agci, Confcooperative, Unci, Ania, Abi, Confetra, Confagricoltura, Coldiretti, Cia e, successivamente, Confesercenti e Cida. Sempre sul versante datoriale, non hanno invece sottoscritto l'intesa Concommercio, Cispel, Cna e Lega cooperative.

⁷ Cfr., in proposito, il documento Cgil al tavolo di confronto sul contratto a tempo determinato del 5 febbraio 2001; la proposta Cgil per il recepimento della direttiva; la lettera inviata in data 1 giugno 2001 dalla Cgil all'allora Ministro del Lavoro Cesare Salvi: il materiale può reperirsi al sito www.unicz.it/lavoro; v. anche Casadio, *Uno scambio impossibile*, in *RS*, 2000, 45.

⁸ Lambertucci, *op. cit.*, 534; invero, secondo il 12° considerando dell'accordo-quadro, « le parti sociali sono le più adatte a trovare soluzioni rispondenti alle esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori, per cui deve essere assegnato loro un ruolo di spicco nell'attuazione e applicazione

Il testo dell'accordo, definitivamente perfezionato il 4 maggio 2001, è il medesimo recepito dal Governo con il D. Lgs. n. 368/2001⁹, emanato sulla base dell'art. 1 L. 29 dicembre 2000, n. 422 (Legge Comunitaria 2000), con cui il Parlamento aveva delegato il potere esecutivo ad emanare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge suddetta, i decreti legislativi occorrenti per dare attuazione alle direttive indicate negli elenchi di cui agli Allegati A e B, tra cui figurava, appunto, anche la 1999/70/CE.

Senonché, quella che a prima vista parrebbe presentarsi come una necessitata ed usuale procedura di conformazione dell'ordinamento italiano alle disposizioni comunitarie, il cui mancato esperimento avrebbe esposto lo Stato ad una probabile sentenza di condanna per inadempienza da parte della Corte di Giustizia, ad un'analisi più accurata si rivela essere un'operazione non priva di elementi ambigui. Non a caso, autorevole dottrina — riferendosi all'attuazione della direttiva *de qua* — ha parlato di « strana storia »¹⁰.

« Strana » è, infatti, la storia di una maggioranza parlamentare (all'epoca di centro-sinistra) che, con estrema *nonchalance*, include negli allegati alla tradizionale legge comunitaria di fine anno anche una direttiva la cui trasposizione nell'ordinamento italiano avrebbe meritato un dibattito senz'altro più approfondito. « Strana » è l'idea, affiorata ad un certo punto fra le parti sociali, di aprire un negoziato finalizzato non già a dare ordine e razionalità al coacervo di leggi succedutesi nel tempo in tema di contratto a termine, ma a riformare profondamente la materia, e ciò, ancora una volta, in adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea.

È, infatti, proprio sull'effettiva necessità dell'attuazione della direttiva in questione che le forze politiche avrebbero dovuto avviare un serio confronto, sol che si fossero considerate le linee portanti dell'intervento comunitario e le si fossero raffrontate con la disciplina all'epoca vigente in materia. Così, ci si sarebbe forse accorti che il raggiungimento degli obiettivi che si volevano perseguire con la predisposizione dell'accordo-quadro a livello comunitario — ossia il rispetto del principio di non discriminazione e la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a termine, meglio esplicitati nelle clausole 4 e 5 dell'intesa — erano già operanti nel nostro ordinamento¹¹, in virtù, rispettivamente, dell'art. 5 L. 18 aprile 1962, n. 230 e

del presente accordo »; in argomento v. Giubboni, *Contrattazione collettiva e contratto a termine*, Intervento al Seminario *La nuova disciplina del contratto di lavoro a termine e i riflessi sul mercato del lavoro locale* (Urbino, 26 gennaio 2001), in corso di pubblicazione in *RGL*, 2002, 3.

⁹ Sulle questioni sollevate dalla ratifica governativa di un'intesa non sottoscritta da tutte le confederazioni sindacali maggiormente rappresentative cfr. Biagi, *La nuova disciplina del lavoro a termine: prima (controversa) tappa del processo di modernizzazione del mercato del lavoro italiano*, in Id. (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, cit., 5 ss.

¹⁰ Così Pera, *La strana storia dell'attuazione della Direttiva CE sui contratti a termine*, in *LG*, 2001, 305 ss.

¹¹ Analogamente cfr. Centofanti, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, in *LG*, 2001, 914-915; De Angelis, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *FI*, 2002, V, 44; Ferrante, *Nuovi sviluppi*, cit., 14-15; Lambertucci, *op. cit.*, 525; Maretta, *op. cit.*, 1018; Menghini, *Lavoro a termine*, cit., 601-602;

dell'art. 2 della stessa legge, così come modificato dall'art. 12, co. 1, L. 24 giugno 1997, n. 196. E, d'altra parte, non sembra un caso che le due norme siano transitate, quasi senza modifiche, nel D. Lgs. n. 368/2001, rispettivamente agli artt. 6 e 5¹². Così come ci si sarebbe avveduti che anche le parti firmatarie dell'accordo europeo avevano considerato il termine quale ipotesi derogatoria che deve fondarsi su « ragioni oggettive »¹³, dovendosi intendere il riferimento a queste applicabile sin dal primo contratto, come si afferma nella nota di valutazione diffusa dalla Ces all'indomani della conclusione dell'intesa (sebbene in proposito non manchino opinioni contrarie)¹⁴. Invero, benché solo nel Preambolo e nelle Considerazioni generali si faccia esplicito riferimento alla « normalità » dell'impiego a tempo indeterminato ed alla convinzione secondo la quale « l'utilizzazione » di contratti di lavoro a termine « basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi » — mentre dalla parte direttamente precettiva dell'accordo-quadro parrebbe evincersi esclusivamente la necessità

Id., *La nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in Id. (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., 24; Mobiglia, *op. cit.*, 172; Nunin, *op. cit.*, 53; Pera, *La strana storia*, cit., 305; Pizzonia, *Il principio di non discriminazione: l'accordo europeo e la normativa interna*, in Menghini (a cura di), *Lavoro a termine*, cit., 136; Rendina, *Il principio di non discriminazione nelle direttive europee sul part-time e sul contratto a termine*, in *MGL*, 2000, 40; Roccella, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, in www.cgil.it/giuridico/attualità.htm, 3; Id., *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, in *LD*, 2000, 361; Salomone, *Disciplina della proroga*, in Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, cit., 144 ss.

¹² In relazione all'art. 5 D. Lgs. n. 368/2001 occorre, peraltro, precisare che esso disciplina — in modo analogo all'art. 2 L. n. 230/1962 come modificata dalla L. n. 196/1997 — solo l'ipotesi della prosecuzione di fatto del rapporto dopo la scadenza del termine (discorso in parte diverso, invece, va fatto per la stipulazione, in successione, di più contratti), mentre il caso della proroga è oggi contemplato in un articolo a sé stante, il 4, formulato in termini differenti rispetto alla disciplina previgente.

¹³ Cfr. anche Angiolini, *Sullo « schema » di decreto legislativo in materia di lavoro a tempo determinato (nel testo conosciuto al 6 luglio 2001)*, in www.cgil.it/giuridico/attualità.htm, 3; Centofanti, *op. cit.*, 914; Ciampi, *Basta la giustificazione produttiva per dare il via libera alla stipula*, in *GD*, 2001, n. 44, 35; De Angelis, *Il nuovo contratto a termine*, cit., 38; Ferrante, *Nuovi sviluppi*, cit., 13-14; Pera, *La strana storia*, cit., 305; Roccella, *Prime osservazioni*, cit., 2; Id., *Contrattazione collettiva*, cit., 362; Speciale, *Relazione introduttiva al Seminario sulla nuova legge in materia di contratto di lavoro a termine* (Roma, Cesri, 22 ottobre 2001), dattiloscritto, 20-21.

¹⁴ Per la tesi secondo cui nell'accordo concluso a livello comunitario non si farebbe riferimento a ragioni giustificatrici per la stipulazione del primo contratto a termine, cfr. Bianchi D'urso-Vidiri, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *MGL*, 2002, 120; Menghini, *Lavoro a termine*, cit., 598; Id., *La nuova disciplina*, cit., 21; Nunin, *op. cit.*, 49; Rendina, *La direttiva europea sul contratto a termine*, in *GL*, 1999, n. 44, 14, 16; Id., *Il principio*, cit., 40; Tiraboschi, *Alcune note*, cit., 466-467, il quale ricorda come anche il *Report* del Parlamento europeo sulla proposta di direttiva *de qua* avesse criticato il fatto che l'accordo non ponesse limiti e condizioni per la stipulazione iniziale; Id., *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, in Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, cit., 52 ss.; Toffoletto-Tradati, *Lavori a tempo, liberalizzazione a metà*, in *Il Sole 24-ore*, 29 ottobre 2001; Vallebona, *I requisiti sostanziali di ammissibilità del termine: le nuove clausole generali giustificative ed il problema dell'onere della prova*, in Menghini (a cura di), *Lavoro a termine*, cit., 65-66.

che l'esistenza del termine sia desumibile da elementi oggettivi¹⁵ — sembra però, innegabile che a tali premesse vada riconosciuto un fondamentale ruolo di ausilio ermeneutico, indicando esse i principi ispiratori dell'intervento comunitario alla luce dei quali interpretare le altre disposizioni concordate e sciogliere i dubbi relativi alle eventuali formulazioni ambigue dell'intesa.

Del resto, la stessa Corte Costituzionale aveva già reputato l'ordinamento vigente « anticipatamente conformato » agli obblighi derivanti dalla direttiva 1999/70/CE, consideratene « la lettera e lo spirito ». Infatti, nella sentenza del 7 febbraio 2000, n. 41¹⁶, la Corte, sul presupposto che « nella categoria delle leggi per cui l'art. 75 della Costituzione esclude il ricorso al referendum abrogativo sono ricomprese — oltre alle leggi di autorizzazione a ratificare trattati internazionali — anche le disposizioni produttive di effetti collegati in modo così stretto all'ambito di operatività di queste leggi che la preclusione deve essere sottintesa », era giunta a dichiarare l'inammissibilità della richiesta di referendum popolare per l'abrogazione, tra l'altro, della L. n. 230/1962 e successive modificazioni, proprio argomentando dal fatto che il referendum *de quo* avrebbe espunto dall'ordinamento una normativa avente contenuto tale da costituire per lo Stato italiano il soddisfacimento di un preciso obbligo derivante dall'appartenenza all'Unione Europea.

Sicché, nel caso di specie, la sentenza della Corte Costituzionale avrebbe potuto giustificare anche il non inserimento della 1999/70/CE nell'elenco delle direttive bisognose di recepimento, in quanto, appunto, già intrinsecamente attuata. Né sarebbe stata scontata una sentenza di condanna da parte della Corte di Giustizia a seguito della mancata emanazione di provvedimenti di trasposizione¹⁷. Anzi, forse « provocare » un intervento dei giudici di Lussemburgo avrebbe presentato il vantaggio di ottenere indicazioni certe sui profili della normativa comunitaria eventualmente da recepire nell'ordinamento interno, così da evitare verosimilmente la *bagarre* interpretativa nella quale oggi ci si dibatte.

Ci si sarebbe potuto attendere, dunque, che qualcuno avesse almeno sollevato il problema. Ma di tutto ciò non risulta che vi sia traccia nei lavori parlamentari. E dire che l'allora Ministro per le Politiche Comunitarie, nella seduta del 2 marzo 2000 della XIV^a Commissione (Politiche Unione Europea) della Camera, cui il disegno di legge comunitaria era stato assegnato in sede referente, aveva motivato l'esclusione di alcune direttive dagli allegati, argomentando dal fatto che queste non abbisognavano di attuazione, attesa l'anticipata confor-

¹⁵ Cfr. Bianchi D'Urso-Vidiri, *op. cit.*, 120-121; Carabelli, *Intervento* al Seminario sulla nuova legge in materia di contratto di lavoro a termine (Roma, Cesri, 22 ottobre 2001), in www.unicz.it/lavoro/CARABELLI-368.htm, 6; Tiraboschi, *La recente evoluzione*, cit., 51 ss.; sul significato da attribuire alla formula « condizioni oggettive » cui fa riferimento la clausola 3.1 dell'accordo-quadro cfr. anche Lambertucci, *op. cit.*, 522; Menghini, *La nuova disciplina*, cit., 20.

¹⁶ La sentenza può leggersi in *FI*, 2000, I, 701 ss.

¹⁷ Cfr. Centofanti, *op. cit.*, 915; Ferrante, *Nuovi sviluppi*, cit., 14-15; Pera, *La strana storia*, cit., 306; Roccella, *Contrattazione collettiva*, cit., 363.

mazione dell'ordinamento interno ai principi in esse contenuti. Evidentemente, lo stesso ragionamento non fu ritenuto convincente per la 1999/70/CE¹⁸.

4. Va detto, peraltro, che la decisione di procedere all'attuazione della direttiva *de qua* non era destituita di ogni fondamento, potendosi forse ritenere l'ordinamento italiano non conforme ad alcuni profili per così dire secondari della medesima (in tema, ad esempio, di informazioni sulla possibilità di impiego o di formazione adeguata per i lavoratori a termine, di cui alla clausola 6 dell'accordo-quadro¹⁹; o, ancora, di computo dei medesimi ai fini della costituzione delle rappresentanze sindacali, di cui alla clausola 7)²⁰. Più in generale, poi, si appalesava opportuno un intervento capace di dare ordine e razionalità ad una normativa stratificatasi nel tempo in modo non sempre coerente, senza che la citata sentenza della Corte Costituzionale avesse, da questo punto di vista, effetto ostativo²¹.

Senonché, com'è noto, tali limitate modifiche non sono state effettuate con la dovuta tempestività e, dunque, non sorprende che, *rebus sic stantibus*, la nuova compagine governativa abbia dato della delega un'interpretazione sicuramente estensiva, ossia non limitata agli aspetti della direttiva per così dire marginali che si sono poc'anzi richiamati, ma tale da autorizzare una riforma degli stessi principi-cardine della legislazione previgente. Invero, ciò poteva essere facilmente intuibile, stanti le posizioni registratesi nell'allora opposizione durante

¹⁸ Sulla quale, infatti, lo scarno dibattito che risulta dai lavori parlamentari di Camera e Senato concerne solo il suo eventuale spostamento dall'Allegato B, riguardante le direttive da attuare tramite decreti legislativi, da trasmettere, dopo l'acquisizione degli altri pareri previsti per legge, alle Commissioni di Camera e Senato competenti per materia, all'Allegato C, contenente l'elenco delle direttive da attuare tramite disposizioni regolamentari.

¹⁹ Cfr. Menghini, *Lavoro a termine*, cit., 602, secondo il quale, prevedendo il nostro ordinamento un diritto di precedenza — che, evidentemente, è qualcosa di più dell'informazione di cui parla l'accordo europeo — solo in relazione all'ipotesi di assunzioni a termine in occasione di punte stagionali, in tutti gli altri casi si sarebbe configurata una situazione non conforme alle previsioni della direttiva; peraltro, non si è mancato di rilevare come l'attuazione della clausola 6 dell'accordo-quadro, ad opera degli artt. 7 e 9 D. Lgs. n. 368/2001, risulti insoddisfacente tanto con riferimento agli obblighi di informazione [cfr. Fili, *Gli obblighi di informazione ai lavoratori e alle rappresentanze*, in Menghini (a cura di), *Lavoro a termine*, cit., 161], quanto relativamente al profilo della formazione [cfr. Casotti, *Le novità del lavoro a termine*, in *DPL*, 2001, 2712; Casotti-Gheido, *Formazione ancora al buio*, in *Il Sole-24 ore*, 11 ottobre 2001, 29; Ogriseg, *La formazione come promozione della qualità del lavoro e della professionalità del lavoratore a termine*, in Menghini (a cura di), *Lavoro a termine*, cit., 146, per la quale potrebbe addirittura configurarsi un recepimento non del tutto corretto della direttiva stessa; *contra* Tiraboschi, *Formazione*, in Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, cit., 195 ss.].

²⁰ Cfr. ancora Menghini, *Lavoro a termine*, cit., 603, che valuta l'interpretazione data in materia dalla giurisprudenza italiana — nel senso di escludere dal computo ai fini dell'art. 35 L. n. 300/1970 i lavoratori a termine assunti per esigenze del tutto provvisorie ed occasionali — non in linea con le indicazioni della direttiva, la quale, invece, richiederebbe che di tali lavoratori si tenesse sempre conto (da notare come il D. Lgs. n. 368/2001 intervenga, invece, in tutt'altra direzione rispetto a quella indicata da tale dottrina: sul punto v. anche *infra*, in questo stesso par.); *contra* Maretta, *op. cit.*, 1019; ritiene che detta clausola fosse l'unica a dover essere recepita nell'ordinamento interno Pau, *op. cit.*, 1894.

²¹ Roccella, *Contrattazione collettiva*, cit., 363.

l'iter di approvazione della legge comunitaria per il 2000, secondo le quali l'intesa siglata a livello comunitario, affermando il principio di non discriminazione del lavoratore a tempo determinato e prevedendo la predisposizione, ad opera degli Stati membri, di misure atte ad evitare l'abuso derivante dalla stipula di successivi contratti a termine, avrebbe, invece, lasciato le parti del tutto libere relativamente alla conclusione del primo contratto a durata determinata²². Quanto l'intervento legislativo che ne è seguito sia da considerare conforme alla formulazione della delega stessa e « alla lettera e allo spirito » della direttiva comunitaria cercheremo ora di valutare.

In dottrina, infatti, non si è mancato di rilevare l'incostituzionalità del D. Lgs. n. 368/2001 per eccesso di delega, a causa del mancato rispetto della clausola di non regresso — da intendersi quale principio e criterio direttivo della delega stessa — con conseguente violazione dell'art. 76 della Costituzione²³.

In questa prospettiva, i punti critici appaiono numerosi. Né, del resto, sembra potersi argomentare dal fatto che detta clausola, operando solo « nell'ambito coperto dall'accordo stesso », si riferirebbe unicamente alla materia espressamente disciplinata dalle parti sociali, ossia ai profili della non discriminazione e della proroga e successione di contratti, in rapporto ai quali potrebbe essere sostenibile un generale « non arretramento » delle tutele²⁴. A parte la considerazione che tali profili non esauriscono quelli regolati a livello comunitario, occupandosi l'intesa, nelle clausole 6 e 7, anche di informazione, formazione e computo dei lavoratori a tempo determinato, sì che il confronto tra normative dovrebbe estendersi pure a tali aspetti, proprio le clausole testé richiamate inducono a riflettere sul fatto che il rispetto del principio di parità di trattamento e la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzazione di più contratti a termine identificano — secondo, del resto, la stessa rubrica della clausola 1 dell'accordo-quadro — l'« obiettivo » perseguito dalle parti firmatarie, al cui raggiungimento sono evidentemente funzionali anche le disposizioni da ultimo menzionate. Ma, come si evince dalla diversa rubrica della clausola successiva, l'« obiettivo » non può confondersi con il « campo d'applicazione » dell'intesa, individuato nei « lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore in ciascuno Stato membro ». Sicché, è alla disciplina complessiva del rapporto con il quale i destinatari dell'accordo-quadro sono impiegati — appunto quella che regola nei vari ordinamenti nazionali il lavoro

²² Cfr. le dichiarazioni rese dall'onorevole Fei (An) nella seduta del 7 marzo 2000 della XIV Commissione della Camera e ribadite in aula nella seduta del 2 maggio 2000; sul punto cfr. anche *supra*, sub § 3.

²³ Cfr. Angiolini, *op. cit.*, 4; Carabelli, *op. cit.*, 11; Centofanti, *op. cit.*, 916; Roccella, *Prime osservazioni*, cit., 1.

²⁴ In questo senso, invece, Tiraboschi, *La recente evoluzione*, cit., 68 ss.; v., peraltro, quanto si dirà *infra*, in questa stesso par., sulla nuova disciplina degli istituti della proroga e della successione di più contratti a termine.

a termine — che sembrerebbe doversi guardare per verificare la sussistenza, o meno, di violazioni della clausola di non regresso²⁵.

In quest'ottica, allora, il primo — e più evidente — punto di frizione attiene al presunto rovesciamento di prospettiva prodotto dal venir meno dell'articolo 1 L. n. 230/1962, secondo il quale il contratto di lavoro si reputava a tempo indeterminato, salvo le eccezioni previste dalla legge o dai contratti collettivi. Si è, infatti, sostenuto che l'abrogazione della norma *de qua*, vanificando la « normalità » dell'impiego a tempo indeterminato affermata a livello comunitario²⁶, comporterebbe una parificazione rispetto a quest'ultimo del lavoro a termine, il quale diverrebbe una sorta di strumento parallelo utilizzabile a discrezione del datore di lavoro al pari del contratto a tempo indeterminato²⁷. Di ciò si troverebbe conferma anche nella cancellazione della regola che imponeva allo stesso datore di provare l'obiettiva esistenza delle condizioni idonee a giustificare l'apposizione di un termine, regola espressamente mantenuta solo con riferimento all'ipotesi della proroga²⁸.

D'altra parte, anche a ritenere che non sia venuto meno quel rapporto di specialità tra lavoro a tempo indeterminato e contratto a termine²⁹ proprio del nostro ordinamento ed affermato anche a livello comunitario — attesa la persistente necessità di ancorare la stipulazione di quest'ultimo a ragioni oggettive ed intrinsecamente temporanee³⁰ e la previsione di prescrizioni formali richieste *ad substantiam*, oltre al mantenimento di un apparato sanzionatorio che punisce le violazioni più gravi con l'applicazione della conversione

²⁵ A questa conclusione giunge, pur seguendo un diverso percorso, anche Carabelli, *op. cit.*, 11.

²⁶ V., *supra*, § 2.

²⁷ Questa l'interpretazione di Angiolini, *op. cit.*, 1; Casotti, *op. cit.*, 2711; Roccella, *Prime osservazioni*, cit., 2; conforme, ma in una prospettiva totalmente diversa di piena adesione alla filosofia che ispira il D. Lgs. n. 368/2001, Bianchi D'Urso-Vidiri, *op. cit.*, 118 ss.

²⁸ Cfr. ancora Angiolini, *op. cit.*, 1; Roccella, *Prime osservazioni*, cit., 3; analogamente, ma sempre nell'ottica di cui si diceva nella nota precedente, Bianchi D'Urso-Vidiri, *op. cit.*, 127.

²⁹ Cfr., seppure con sfumature diverse, Biagi, *La buona flessibilità aiuta l'occupazione*, in *Il Sole-24 ore*, 11 ottobre 2001, 29; Carabelli, *op. cit.*, 7-8; Centofanti, *op. cit.*, 918 ss.; De Angelis, *Il nuovo contratto a termine*, cit., 38; Id., *Scadenza del termine e sanzioni. Successione di contratti*, in Menghini (a cura di), *Lavoro a termine*, cit., 126-127; Dondi, *Appunti sulla nuova disciplina del rapporto di lavoro a termine*, in *LG*, 2002, 32 ss.; Mannacio, *Contratto a termine: prime riflessioni sulla nuova disciplina*, in *FI*, 2002, I, 64; Massi, *I nuovi contratti a termine*, in *DPL*, 2001, 41, Inserto, III; Mazziotti, *Limiti alla flessibilità*, in *LG*, 2001, 1116; Menghini, *La nuova disciplina*, cit., 26 ss.; Papaleoni, *Luci e ombre nella riforma del contratto a termine*, in *RIDL*, 2001, I, 368-369; Id., *Forma e contenuto del nuovo contratto a termine*, in *MGL*, 2001, 1079; Pera, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, in *RIDL*, 2002, I, 15; Romeo, *I limiti percentuali di lavoratori a termine rispetto al numero di lavoratori con contratto a tempo indeterminato e i casi di esclusione*, in Menghini (a cura di), *Lavoro a termine*, cit., 195; Ruggiero, *L'apposizione del termine nel decreto di attuazione della direttiva Ce 99/70*, in *GL*, 2001, 41, V-VI, anche in *MGL*, 2001, 1074; Speciale, *op. cit.*, 21 ss.

³⁰ Peraltro, la questione dell'intrinseca temporaneità delle ragioni sottese alla stipulazione del contratto a termine è in dottrina molto controversa: cfr., in proposito, le diverse opinioni di Bianchi D'Urso-Vidiri, *op. cit.*, 120 ss.; Carabelli, *op. cit.*, 3 ss.; Dondi, *op. cit.*, 33; Menghini, *La nuova disciplina*, cit., 31; Ruggiero, *op. cit.*, VI; Speciale, *op. cit.*, 21 ss.; Tiraboschi, *Apposizione del termine*, in Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, cit., 103 ss.; Vallebona, *op. cit.*, 62

in contratto *sine die* — è stato notato che la possibilità, innegabilmente aperta dalla nuova disciplina, di ricorrere al lavoro a termine in una serie illimitata di casi avrebbe « modificato in modo inequivocabilmente peggiorativo la precedente normativa, sottraendo tutte queste ipotesi alla più robusta tutela apprestata dalla normativa sul rapporto di lavoro a tempo indeterminato »³¹.

Ma quello appena indicato non rappresenterebbe l'unico profilo critico relativamente all'inosservanza della clausola di non regresso. Con riguardo all'istituto della proroga, si è, infatti, rilevato un sostanziale allentamento dei presupposti che ne legittimerebbero l'utilizzazione, venendo cancellata la regola secondo cui il contratto prorogato non può avere durata superiore a quella inizialmente fissata. Allo stesso modo, la previsione dell'art. 5, co. 4, D. Lgs. n. 368/2001 in materia di assunzioni successive a termine effettuate « senza soluzione di continuità » avrebbe l'effetto di privare di ogni concreta operatività la sanzione ivi prevista della conversione *ex tunc*, oltre ad espungere dall'ordinamento la fattispecie delle assunzioni successive in frode alla legge³². Ancora, la soppressione, sul piano della fonte legale, del diritto di precedenza, il cui riconoscimento è ora subordinato ad una specifica opzione in tal senso ad opera della contrattazione collettiva, individuerebbe un altro fronte di contrasto fra normativa interna e referente comunitario³³. Analogamente involutiva sarebbe la disciplina dell'art. 8, D. Lgs. n. 368/2001 in tema di criteri di computo che, imponendo il limite dei « nove mesi » quale soglia al di sopra della quale computare i lavoratori a tempo determinato ai fini dell'applicabilità dell'art. 35 L. 20 maggio 1970, n. 300, determinerebbe un arretramento di tutela rispetto alla situazione pregressa, oltre a violare la clausola 7.1 dell'accordo-quadro³⁴. Così come sarebbe contraria ai principi affermati nella direttiva 1999/70/CE la previsione di cui all'art. 10, co. 5, D. Lgs. n. 368/2001, che, escludendo dal campo di applicazione della normativa in questione i « rapporti instaurati con

³¹ Carabelli, *op. cit.*, 12; conforme Nunin, *op. cit.*, 57.

³² Cfr. ancora Angiolini, *op. cit.*, 1; Roccella, *Prime osservazioni*, cit., 3; conforme, seppure in una prospettiva differente, Mautone, *Scadenza del termine e sanzioni. Successione di contratti*, in Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, cit., 165 ss.; sulla concreta inoperatività del meccanismo sanzionatorio di cui all'art. 5, co. 4^o, D. Lgs. n. 368/2001 cfr. anche Bianchi D'Urso-Vidiri, *op. cit.*, 128.

³³ Cfr. Centofanti, *op. cit.*, 924.

³⁴ Cfr. ancora Centofanti, *op. loc. ult. cit.*, il quale rileva come l'interpretazione della normativa precedente fosse nel senso di tener conto ad ogni fine — e, dunque, anche a quello dell'applicazione degli artt. 18 e 35 L. n. 300/1970 — anche dei lavoratori a termine, in relazione alla durata del rapporto (sul punto v., però, *supra*, in questo stesso par.), e come analoga indicazione potesse trarsi dalla menzionata clausola 7.1, in virtù della quale tali lavoratori « devono essere presi in considerazione in sede di calcolo della soglia oltre la quale, ai sensi delle disposizioni nazionali, possono costituirsi gli organi di rappresentanza dei lavoratori nelle imprese previsti dalle normative comunitarie e nazionali »; rileva ancora l'A. come, ai sensi della successiva clausola 7.2, gli Stati membri avrebbero dovuto tener conto, per l'applicazione della disposizione poc'anzi citata, del principio di non discriminazione sancito nella clausola 4.1; si pronuncia per un abbassamento del precedente livello di tutela anche Cester, *Criteri di computo dei lavoratori*, in Menghini (a cura di), *Lavoro a termine*, cit., 154; in argomento cfr. pure Failla, *La nuova disciplina del contratto a termine*, in *DPL*, 2001, 3155.

le aziende che esercitano il commercio di esportazione, importazione e all'ingrosso di prodotti ortofrutticoli », libererebbe da ogni vincolo la stipulazione dei relativi contratti a termine e ciò farebbe senza alcuna giustificazione plausibile e razionale ³⁵.

Esulerebbe dall'oggetto della presente riflessione condurre un'analisi più approfondita sugli aspetti del D. Lgs. n. 368/2001 che si sono appena segnalati e sulle interpretazioni che dei medesimi potrebbero essere date per tentare di superare, in via ermeneutica, le « criticità » rilevate ³⁶, così da rendere forse meno scontata di quanto non potrebbe sembrare una declatoria di incostituzionalità del decreto in questione. A questo proposito — e solo per accennare al più rilevante dei profili testé richiamati — non può farsi a meno di notare che, secondo autorevole dottrina, non costituirebbe un esito obbligato far derivare, dal venir meno dell'elencazione dei casi legittimanti la conclusione del contratto a tempo determinato precedentemente previsti nell'ordinamento italiano, un automatico arretramento delle garanzie, non essendo scontato che una limitazione più flessibile nell'uso del lavoro a termine riduca, per ciò solo, « il livello generale di tutela offerto ai lavoratori » ³⁷. Senza contare, poi, che si potrebbe anche arrivare a sostenere — come, infatti, è stato prospettato — che l'esclusione della legittimità delle assunzioni a tempo determinato di tipo soggettivo ³⁸ e l'individuazione dei divieti di apposizione del termine ³⁹ operate dalla nuova normativa, unitamente al rischio che la stessa finisca con l'essere soggetta ad un maggiore controllo discrezionale da parte dei giudici proprio in virtù dell'indefinita formulazione del suo art. 1 ⁴⁰, renderebbero la disciplina introdotta con il D. Lgs. n. 368/2001 addirittura più restrittiva di quella precedente ⁴¹. Ma ad esiti interpretativi diversi da quelli, sicuramente preoc-

³⁵ Cfr. Centofanti, *op. cit.*, 925; pur definendo singolare la disposizione *de qua*, motiva l'esclusione con le particolari esigenze di flessibilità che caratterizzerebbero le prestazioni in questo settore Brida, *Esclusioni e discipline specifiche*, in Menghini (a cura di), *Lavoro a termine*, cit., 182.

³⁶ Su tali aspetti si rinvia ad Angelini, *L'apposizione del termine al contratto di lavoro* e Carnaroli, *Le tecniche sanzionatorie nella disciplina del contratto a termine*, Interventi al Seminario *La nuova disciplina del contratto di lavoro a termine e i riflessi sul mercato del lavoro locale* (Urbino, 26 gennaio 2001), entrambi in corso di pubblicazione in *LG*.

³⁷ In questo senso Suppiej, *La disciplina transitoria dei contratti di lavoro a termine*, in *GL*, 2001, n. 41, XLIV-XLV.

³⁸ Su questo punto, v., peraltro, Menghini, *La nuova disciplina*, cit., 31, secondo il quale « con il nuovo decreto le assunzioni per ipotesi esclusivamente soggettive vengono eliminate ed assorbite nell'ambito della clausola generale, nel senso che oggi è ben possibile assumere a termine senza che sussista una occasione solo provvisoria di lavoro ».

³⁹ Definita come « l'apice del disfavore verso il contratto a termine » da Miscione, *I divieti di contratto a termine*, in Menghini (a cura di), *Lavoro a termine*, cit., 85.

⁴⁰ Questa la preoccupazione di Toffoletto-Tradati, *op. cit.*; in argomento cfr. anche Dondi, *op. cit.*, 33 ss.; Failla, *op. cit.*, 3150; Mazziotti, *op. cit.*, 1117; Menghini, *La nuova disciplina*, cit., 29; Pera, *Sulla nuova disciplina*, cit., 18; Ruggiero, *op. cit.*, V; Tiraboschi, *Apposizione del termine*, cit., 99 ss.

⁴¹ Cfr. Tiraboschi, *La recente evoluzione*, cit., 68; analogamente, Miscione, *op. cit.*, 85, per il quale « al di là di qualunque falsa apparenza, il nuovo D. Lgs. n. 368/2001 costituisce una forte inversione di tendenza rispetto al passato recente e remoto, una raccomandazione con carica normativa, perché sia evitata la precarizzazione dei rapporti ».

cupanti, poc' anzi accennati si è giunti — in molti casi attraverso un'operazione di ermeneutica adeguatrice « che impone di scegliere, tra più significati possibili della medesima disposizione, quello che risulti conforme alla Costituzione ed ora pure alla normativa comunitaria »⁴² — anche con riguardo agli istituti della proroga, della successione di contratti e dell'onere della prova⁴³. Così come potrebbe seriamente dubitarsi che i profili concernenti il diritto di precedenza, il computo dei lavoratori a termine e l'esclusione di alcune tipologie di rapporti dall'ambito di applicabilità della nuova normativa — in relazione ai quali, non mancano, del resto, « letture » opposte a quelle prima ricordate⁴⁴ — siano sufficienti a giustificare una declatoria di incostituzionalità per eccesso di delega dovuto al mancato rispetto della clausola di non regresso. E ciò specie ove si affermasse della medesima un'interpretazione per così dire « restrittiva », tesa a valutare l'eventuale arretramento del « livello generale di tutela » non già con riferimento a singole disposizioni ed istituti, ma alla disciplina complessiva della materia, con particolare riguardo alle parti di questa aventi valore essenziale e caratterizzante⁴⁵. Sicché, sembrerebbe davvero di poter dire che tutto (o, almeno, molto) dipenda da quale linea interpretativa finirà con il prevalere in concreto, trovando conferma, anche da questo punto di vista, l'impressione che il giudice sia destinato ad assumere, a seguito dell'emana-zione del D. Lgs. n. 368/2001, un ruolo ben più rilevante — e ricco di significati — di quello che l'usuale applicazione di una legge già di per sé gli attribuisce. Peraltro, qualora fosse riconosciuto il carattere complessivamente peggiorativo della nuova normativa, l'incostituzionalità del decreto attuativo sembrerebbe automatica. Invero, da un lato, la clausola 8.2 è formulata in termini assoluti, non essendo contemplato il diritto degli Stati membri di intervenire con disposizioni differenti in considerazione dell'evoluzione della situazione, seppure nel rispetto delle esigenze minime fissate a livello comunitario, come, ad esempio, si legge nelle direttive 97/81/CE sul *part-time* e 93/104/CE sull'orario di lavoro. Sicché, pur riconoscendo che l'esistenza di una clausola di non regresso di tal portata non preclude la possibilità di procedere ad una modifica della disciplina previgente in sede di attuazione della normativa comunitaria,

⁴² Per l'espresso accoglimento di tale prospettiva cfr., per tutti, Menghini, *La nuova disciplina*, cit., 28 ss., che proprio alla luce di tale principio risolve, nel senso della conversione in contratto *sine die*, anche lo spinoso problema delle conseguenze della mancanza *ab origine* delle ragioni che giustificano la stipulazione del contratto a termine (sul punto, in un'ottica di valorizzazione della portata della clausola di non regresso, cfr. pure De Angelis, *Scadenza del termine*, cit., 124-125; *contra* Bianchi D'Urso-Vidiri, *op. cit.*, 123 ss.; Vallebona, *op. cit.*, 65-66; Vallebona-Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001, 36).

⁴³ Cfr. Biagi, *La buona flessibilità*, cit., 29; Centofanti, *op. cit.*, 922 ss.; De Angelis, *Scadenza del termine*, cit., 129 ss.; Id., *Il nuovo contratto a termine*, cit., 42; Dondi, *op. cit.*, 30 ss.; Mannacio, *op. cit.*, 64; Massi, *op. cit.*, V-VI; Mattarolo, *Disciplina della proroga del contratto a tempo determinato*, in Menghini (a cura di), *Lavoro a termine*, cit., 110; Menghini, *La nuova disciplina*, cit., 35 ss.; Papaleoni, *Luci e ombre*, cit., 387-388; Salomone, *op. cit.*, 147 ss.; Tiraboschi, *Apposizione del termine*, cit., 107 ss.; Vallebona, *op. cit.*, 64.

⁴⁴ Cfr. Dondi, *op. cit.*, 31; v. anche Bianchi D'Urso-Vidiri, *op. cit.*, 129, nt. 53.

⁴⁵ Cfr. Carabelli, *op. cit.*, 11-12; in argomento v. pure De Angelis, *Il nuovo contratto a termine*, cit., 40; Dondi, *op. cit.*, 30; Nunin, *op. cit.*, 57; Salomone, *op. cit.*, 148.

detta modifica non potrebbe comportare arretramenti rispetto ai pregressi livelli di tutela, avuto riguardo alle finalità perseguite dalla direttiva, come esplicitate — nel caso di specie — nella clausola 1 dell'accordo-quadro⁴⁶. Dall'altro lato, anche ammettendo — come fa una lettura più flessibile — che, pur in assenza di una espressa possibilità in tal senso, uno Stato possa modificare *in peius* (nel rispetto dei requisiti minimi fissati a livello comunitario) la normativa previgente con il provvedimento con cui dà formale attuazione ad una direttiva munita di clausola di non regresso, ciò sarebbe possibile solo nel caso in cui le ragioni economiche e sociali sottese ad un recepimento modificativo di tipo peggiorativo fossero chiaramente esplicitate⁴⁷. In tal modo, invero, la modifica *in peius* sarebbe inequivocabilmente interpretabile come precisa scelta politica del legislatore nazionale, di cui quest'ultimo si assumerebbe la piena responsabilità di fronte ai cittadini italiani ed all'Unione Europea. Ciò che, con tutta evidenza, nel caso di specie non è avvenuto, attesa la formulazione della delega relativa alla trasposizione della direttiva sul lavoro a termine.

Stante la spinosità delle questioni sollevate dal D. Lgs. n. 368/2001 e l'ampiezza del relativo dibattito che qui si è cercato sommariamente di richiamare, sembra difficile sfuggire all'impressione che, con l'emanazione del decreto *de quo*, si sia colta l'occasione della (presunta) necessità di adeguamento dell'ordinamento italiano a quello comunitario per riscrivere, in realtà, le regole del rapporto di lavoro a tempo determinato, avendo di mira finalità — quali, in primo luogo, una consistente liberalizzazione dell'uso del contratto a termine come strumento attraverso il quale rendere più flessibile l'organizzazione del lavoro — che non costituivano il *proprium* dell'intervento comunitario in materia, dovendosi escludere, come si è già avuto modo di sottolineare⁴⁸, che l'obiettivo di questo fosse incentivare la diffusione del lavoro a tempo determinato. Invero, sembrerebbe viziata da un certo strabismo interpretativo, non esente dal sospetto di un uso spregiudicato — per non dire addirittura strumentale — della normativa comunitaria, l'affermazione, contenuta nella relazione di accompagnamento al D. Lgs. n. 368/2001, secondo la quale sarebbe stato l'integrale accoglimento della « filosofia che permea la direttiva » a giustificare l'avvio di quel « disegno riformatore nella prospettiva della modernizzazione dell'organizzazione di lavoro » di cui il decreto in questione rappresenterebbe il primo atto. E, d'altra parte, il fondato dubbio che detta « filosofia » non fosse esattamente quella indicata nella relazione di accompagnamento trae conferma anche dall'opinione dottrinale che, seppure in chiave critica, aveva rilevato la prevedibile marginalità dell'impatto della direttiva in questione sull'ordinamento giuridico italiano, già di per sé ispirato ad una logica molto meno rigida di quella fatta propria dall'accordo europeo, tesa a marginalizzare il lavoro a

⁴⁶ Cfr. Roccella, *Prime osservazioni*, cit., 1.

⁴⁷ Così Carabelli, *op. cit.*, 10-12, che richiama sul punto Leccese, *L'orario di lavoro*, Cacucci, Bari, 2001, 199 ss.

⁴⁸ V., *supra*, § 2.

tempo determinato; e ciò grazie al fondamentale ruolo assunto nell'ordinamento nazionale dalla contrattazione collettiva, proprio in una prospettiva di crescente flessibilizzazione del sistema⁴⁹. Sicché, sembrerebbe davvero che la riforma attuata con il D. Lgs. n. 368/2001 — lungi dal rappresentare un'esigenza necessitata dall'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea e, finanche, dalle rigidità, o presunte tali, del sistema giuridico italiano — costituisca essenzialmente un omaggio reso all'ideologia liberista.

Potrebbe tutto ciò tradursi in un vizio di costituzionalità del D. Lgs. n. 368/2001 per violazione dell'art. 2, lett. f), L. n. 422/2000, a tenore del quale i decreti legislativi di recepimento avrebbero dovuto assicurare « in ogni caso che, nelle materie trattate dalle direttive da attuare, la disciplina disposta » fosse « pienamente conforme alle prescrizioni delle direttive medesime »?⁵⁰ Forse no, qualora si affermasse l'interpretazione secondo la quale da tali prescrizioni non ci si sarebbe discostati, perché il fondamentale principio della necessaria sussistenza di « ragioni oggettive », richiesta anche dalla direttiva per la stipulazione del primo contratto (almeno secondo l'interpretazione datane dalla Ces, ché, del resto, diversamente opinando i problemi sarebbero ancora minori⁵¹) risulterebbe comunque rispettato e, con esso, il ruolo centrale del contratto a tempo indeterminato. Il che, unitamente alla considerazione, già accennata, secondo la quale una limitazione più flessibile del ricorso al lavoro a termine non comporterebbe, per ciò solo, un arretramento delle tutele, ed al prevalere in concreto di prassi interpretative adeguatrici rispetto ai profili più problematici poc'anzi evidenziati, potrebbe consentire di « salvare » la nuova normativa. Forse sì, se la Corte Costituzionale fosse disposta ad attribuire allo « spirito », oltre che alla « lettera », della direttiva 1999/70/CE la stessa rilevanza già conferita nell'evocata sentenza n. 41/2000, riconoscendo che, nel caso di specie, dette prescrizioni miravano a prevenire possibili abusi e discriminazioni nell'utilizzazione del contratto a termine e non a liberalizzarne l'uso; sicché il potere esecutivo avrebbe agito in difetto di una delega specifica. Ma, analogamente a quanto osservato circa la violazione della clausola di non regresso, anche in questo caso l'esito della partita interpretativa che verosimilmente si giocherà nei mesi a venire sembrerebbe tutt'altro che scontato.

⁴⁹ Tiraboschi, *Alcune note*, cit., 465-466; sull'importanza assunta dalla contrattazione collettiva, che avrebbe reso non impellente una riforma legislativa della materia, cfr. anche Menghini, *Lavoro a termine*, cit., 578 ss.

⁵⁰ Cfr. anche Centofanti, *op. cit.*, 916.

⁵¹ Cfr. *supra*, sub § 3.

La disciplina dell'orario di lavoro: un inventario critico per la trasposizione della direttiva n. 1993/104/UE

Alberto Russo

Sommario: **1.** Introduzione. — **2.** Alcune considerazioni di ordine storico-giuridico. — **3.** Profili di criticità dell'avviso comune in relazione all'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo della normativa comunitaria. — **4.** Durata massima settimanale di lavoro e regime delle deroghe. — **5.** Durata massima giornaliera di lavoro.

1. L'articolo 22 della legge comunitaria 2001¹, delega il governo ad emanare, entro un anno dalla sua entrata in vigore, uno o più decreti legislativi recanti le norme per l'attuazione organica delle direttive in materia di orario di lavoro². La delega, limitatamente peraltro alla direttiva n. 93/104/UE era già contenuta nel disegno di legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro, approvato dal Consiglio dei Ministri del 15 novembre 2001 e attualmente in corso di discussione in Parlamento³. Esigenze sistematiche hanno tuttavia reso opportuno lo spostamento di tale delega nella legge comunitaria 2001 senza tuttavia alcuna modificazione dei relativi criteri e principi direttivi, consistenti nella recezione, nel nostro ordinamento, dell'avviso comune del 12 novembre 1997.

Al fine di garantire un corretto e integrale recepimento della disciplina comunitaria si prevede altresì la possibilità per il Governo, dopo aver sentito le associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente rappresentative, di apportare modifiche e integrazioni al D. Lgs. 26 novembre 1999, n. 532, in materia di lavoro notturno, e alla legge 27 novembre 1998, n. 409, in materia di lavoro straordinario, nonché alle discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare, con particolare riferimento al commercio, turismo, pubblici esercizi e agricoltura.

* *Alberto Russo è assegnista di ricerca presso il Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi » dell'Università di Modena e Reggio Emilia.*

¹ Il testo è stato approvato in via definitiva dalla Camera dei Deputati il 20 febbraio 2002, ed è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 26 marzo 2002 come legge n. 39/2002.

² E cioè delle direttive: 93/104/UE del Consiglio, del 23 novembre 1993, in materia di orario di lavoro; 2000/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 2000, di modifica della direttiva 93/104/UE; 1999/63/UE del Consiglio, del 21 giugno 1999, relativa all'accordo sull'organizzazione dell'orario di lavoro della gente di mare; 2000/79/UE del Consiglio, del 27 novembre 2000, relativa all'attuazione dell'accordo sull'organizzazione dell'orario di lavoro del personale di volo nell'aviazione civile.

³ Cfr. il Disegno di legge n. 848 comunicato alla Presidenza il 15 novembre 2001.

L'orario di lavoro ritorna dunque ancora una volta al centro del dibattito legislativo italiano.

2. L'adeguamento alla direttiva n. 93/104/UE rappresenta, invero, un dato caratterizzante dell'intervento legislativo in materia di orario ormai già da alcuni anni. Si pensi in particolare all'articolo 13, L. n. 196/1997 che, ispirandosi alla *ratio* del limite settimanale contenuto nella direttiva, ha fissato l'orario normale di lavoro in 40 ore settimanali, concedendo la possibilità ai contratti collettivi, oltre che di diminuire tale limite, pure di riferire l'orario normale di lavoro alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo di tempo determinato, in ogni caso non superiore ad un anno⁴. Si consideri anche la riforma della disciplina del lavoro straordinario nel settore industriale di cui alla L. n. 409/1998 e, ancora, la riforma della disciplina del lavoro notturno di cui al D. Lgs. n. 532/1999.

Tali provvedimenti hanno radicalmente mutato il vecchio sistema normativo, ponendosi come obiettivo (esplicito o implicito) proprio la conformazione dell'assetto legislativo nazionale ai parametri contenuti nella direttiva comunitaria n. 1993/104/UE. Questo processo traspositivo è avvenuto tuttavia secondo modalità frammentarie e per certi versi non pienamente razionali. Da una parte, il legislatore nazionale ha tralasciato la regolamentazione di specifici aspetti, presi invece espressamente in considerazione dal legislatore comunitario: si pensi in particolare alla normativa sui riposi e sulle pause. Dall'altra parte, si è intervenuti con una serie di disposizioni che non hanno esplicitamente abrogato l'ormai vetusta disciplina di cui al R. D. L. n. 692/1923, dando così luogo a rilevanti problemi di coordinamento e di individuazione della norma applicabile.

Del resto, proprio la frammentarietà della normativa sull'orario di lavoro e l'assenza di un quadro normativo di riferimento esaustivo in un'ottica di certezza del diritto sono state le cause principali sottese alla decisione di condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia⁵ per essere venuta meno nel termine prescritto agli obblighi assunti in forza della direttiva n. 1993/104/UE.

Né d'altra parte poteva ritenersi strumento traspositivo sufficiente l'accordo interconfederale (avviso comune) del 12 novembre 1997 con il quale le parti

⁴ Sull'esegesi dell'articolo 13, L. n. 196/1997 cfr in particolare: F. Carinci, *L'evoluzione della disciplina del tempo di lavoro nell'esperienza italiana e comunitaria*, in F. Carinci (a cura di) *Orario di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2001; Basenghi, *La riduzione e la rimodulazione degli orari di lavoro*, in Galantino (a cura di), *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione. Commento alla legge 24 giugno 1997, n. 196*, Giuffrè, Milano, 1997, 331 ss; Ferrante, *L'orario di lavoro*, in *Il « pacchetto Treu »*, *Commentario sistematico*, (a cura di Napoli), in NLCC, 1998; Nicolai, *Dall'orario di lavoro agli orari di lavoro*, in Amato, Bronzini, Manna, Mattone, Miani Canevari, *Il diritto del lavoro della « flessibilità » e dell'« occupazione »*, Cedam, Padova, 2000, 399 ss.

⁵ Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 2000, in causa C-386/98, in *Racc.*, 2000, nonché con nota di Ricci, *La condanna della Corte di Giustizia Ue in materia di orario di lavoro*, in *GLav*, 2 maggio 2000, 17.

sociali hanno predisposto un testo di recepimento della normativa comunitaria. Come infatti esplicitamente sottolineato dalla Corte di Giustizia, il menzionato avviso comune è indirizzato al solo settore industriale, non potendo in ogni caso tale intervento delle parti sociali assurgere nel nostro ordinamento a normativa di efficacia generale. Si riafferma, in altre parole, l'opinione della Commissione, nonché di quel consolidato filone giurisprudenziale⁶ secondo cui ogni Stato membro deve attuare le direttive comunitarie con strumenti dotati di efficacia *erga omnes* e in modo da soddisfare pienamente l'esigenza di certezza del diritto, nel senso di una costruzione di un sistema normativo generale e permanente di tutele.

A questo si deve aggiungere l'ulteriore considerazione che l'avviso comune del 12 novembre 1997 non rappresentava nella volontà dei soggetti sottoscriventi l'attuazione per via contrattuale del dato comunitario, non costituendo quindi una normativa di efficacia obbligatoria⁷ neppure tra gli stessi soggetti firmatari, bensì più semplicemente l'indicazione delle parti sociali circa la definizione dei criteri generali su cui costruire il progetto di riforma della disciplina dell'orario di lavoro. Progetto che era stato espressamente affermato nel Protocollo per il lavoro del 24 settembre 1996, con il quale il Governo aveva assunto l'impegno di recepire la direttiva comunitaria n. 1993/104/UE proprio dopo la definizione di un'intesa tra i soggetti collettivi.

Contrasti tra le forze politiche fecero tuttavia tramontare l'idea di una trasposizione in blocco del testo contenuto nell'avviso comune, provvedendosi solamente a un recepimento parziale in materia di lavoro straordinario nel settore industriale.

Veniva quindi ancora una volta rinviata la predisposizione di una disciplina organica in materia di orario di lavoro, più volte preannunciata dal legislatore (si pensi ai riferimenti di cui alle leggi n. 451/1994 e n. 196/1997), ma che lo stesso legislatore ha continuato a procrastinare in virtù di una scelta eccessivamente prudente di ricerca della soluzione più confacente alle esigenze di tutela del lavoratore sottese nella direttiva UE n. 93/104, nonché alle esigenze di flessibilità nella gestione del tempo di lavoro evidenziate dal mondo imprenditoriale.

In realtà questa visione semplicistica del comportamento legislativo rischia di essere fuorviante nella misura in cui non prende in considerazione una prospettiva diversa da quella che si può definire delle c. d. « buone intenzioni ». È, infatti, opinione comune che il passaggio da un'economia di stampo taylorista-fordista a un'economia tipicamente di mercato abbia determinato la

⁶ Cfr., in particolare, Corte Giustizia, sentenza 4 dicembre 1997, in causa C-207/96 in *Racc.*, 1997, con considerazioni ora riprese nel *Libro Bianco* del Governo italiano sul mercato del lavoro dell'ottobre 2001. In dottrina cfr., per tutti, Ricci, *op. cit.*

⁷ In questo senso vedi in dottrina: Leccese, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001, 424; Ferrante, *La nuova legge in tema di lavoro straordinario*, in *NLCC*, 1999, 801; Del Vecchio, *L'avviso comune Confindustria - CGIL, CISL, UIL sul recepimento della direttiva della Comunità Europea n. 104 del 1993*, in *ADL*, 1998, 511 ss.

necessità di ridisegnare la funzione storica dell'orario di lavoro non più come semplice misura del tempo di lavoro ma come elemento del rapporto di lavoro dotato di autonoma rilevanza giuridica, risultato di uno scambio tra esigenze di flessibilità aziendale ed esigenze personali del lavoratore⁸.

Tuttavia, la concreta realizzazione di questi obiettivi non può unicamente tradursi nell'equazione maggiore flessibilità/riduzione del tempo di lavoro, soprattutto se ci si « muove » all'interno di un processo di adeguamento di una norma comunitaria, il cui rispetto è condizionato non solo all'attuazione della disciplina positiva in essa contenuta ma anche al non peggioramento del sistema delle tutele vigenti in ciascuno Stato membro (la c.d. « clausola di non regresso di cui all'articolo 18, par. 3, direttiva n. 93/104/UE »⁹).

In questa diversa prospettiva, l'inerzia del legislatore nella predisposizione di una riforma organica può essere quindi anche letta come un'ammissione di timore a intervenire in modo definitivo su una legislazione, come quella del R. D. L. n. 692/1923 che, sia pure vecchia e inadeguata, configura in ogni caso un sistema completo di garanzie a favore del lavoratore, la cui totale abolizione comporterebbe ovviamente un'analisi critica delle nuove disposizioni, proprio con particolare riferimento al rispetto della menzionata clausola di non regresso. L'esempio in questo senso certamente più significativo è la non avvenuta esplicita abrogazione del limite giornaliero di otto ore normali di lavoro di cui all'articolo 1 R. D. L. n. 692/1923 in occasione dell'intervento legislativo che ha fissato in 40 ore settimanali l'orario normale di lavoro.

Omissione che bene evidenzia non solo, come già affermato da alcuni autori, « l'oggettiva difficoltà di intervento su un aspetto così esplicitamente e quindi imprescindibilmente coperto da garanzia costituzionale »¹⁰, ma anche la vo-

⁸ È ciò che in dottrina viene definito come il passaggio da una concezione monolitica a una concezione flessibile del tempo di lavoro: la funzione del tempo non viene più ricondotta a semplice misura quantitativa della prestazione, bensì a requisito qualitativo essenziale per la funzionalizzazione dell'attività lavorativa all'interesse (congiunto o differenziato) del datore di lavoro e del prestatore. Cfr. in questo senso in particolare Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985, 47 ss.; Gaeta, *Tempo e subordinazione: guida alla lettura dei classici*, in *LD*, 1998, 1, 35; Bolego, *Flessibilità dell'orario di lavoro e proporzionalità della retribuzione*, in *LD*, 1, 53 ss.; Vecchi, *Disciplina dell'orario di lavoro in Italia*, in *DRI*, 2000, 1, 61 ss.; Allamprese, *Riduzione e flessibilità dell'orario di lavoro*, in *DLRI*, 2001, 89, 97 ss.

⁹ Occorre infatti evidenziare che lo scambio riduzione/flessibilità del tempo di lavoro non ha una autonoma valenza positiva per il lavoratore, essendo semplicemente una modalità di gestione delle esigenze delle imprese e dei lavoratori, e come tale identificabile nei suoi elementi qualificanti solo sulla base della concreta configurazione dei limiti di operatività del suddetto scambio.

Le stesse argomentazioni del resto valgono anche nei confronti delle imprese: la flessibilità non costituisce un valore assoluto se ottenuta in cambio di una riduzione eccessiva (a pari salario) del tempo di lavoro. Non si spiegherebbero diversamente le rilevanti critiche del mondo imprenditoriale all'ormai abbandonato disegno di legge sulle 35 ore (per una valutazione circa i vantaggi/svantaggi connessi a un abbassamento dell'orario medio settimanale cfr in particolare Leccese, *La disciplina legale dell'orario di lavoro e il ruolo della contrattazione collettiva*, in F. Carinci (a cura di), *Orario di lavoro*, cit.

¹⁰ Vedi Maio, Valentini, *L'orario di lavoro: innovazione normativa e campo di applicazione*, in *ADL*, 1998, 421, citati da Allamprese, *op. cit.*, 117.

lontà del legislatore di risolvere profili di possibili criticità mediante una strategia del non intervento, configurando quindi soluzioni aperte a diverse opzioni interpretative.

Su tali presupposti appaiono quindi lecite alcune perplessità sul fatto che siamo finalmente giunti alla predisposizione di una disciplina organica dell'orario di lavoro. La scelta di procedere con lo strumento del decreto legislativo rappresenta tuttavia un segnale positivo soprattutto in una prospettiva di accelerazione della riforma.

Così come positiva pare anche la scelta di indicare espressamente nei principi e criteri direttivi sottesi alla menzionata legge delega, ai fini dell'attuazione della direttiva n. 93/104/CE, la recezione nell'ordinamento italiano dell'avviso comune sottoscritto dalle parti sociali il 12 novembre 1997. In questo modo verrebbe rispettata anche l'indicazione contenuta nel Trattato di Amsterdam — successivamente ripresa nel Patto per lo sviluppo e l'occupazione del 22 dicembre 1998 e ora confermata dal *Libro Bianco sul mercato del lavoro* — che individua nelle intese tra le parti sociali (sia pure a livello di semplice « filtro ») lo strumento prioritario affinché gli Stati membri adempiano agli obblighi comunitari.

Invero, rispetto alla trasposizione della Direttiva n. 1993/104/CE, la semplice recezione dell'avviso comune del 1997 potrebbe presentare taluni aspetti di criticità. Infatti, anche a prescindere dalla circostanza, pure rilevante, che la Direttiva n. 1993/104/CE è stata successivamente modificata dalla Direttiva n. 2000/34/CE, di cui l'avviso comune non tiene ovviamente conto, la dottrina ha da tempo indicato come l'accordo interconfederale del 12 novembre 1997 non copra in modo integrale e soddisfacente il dettato comunitario in materia di orario di lavoro ¹¹.

L'avviso comune risulterebbe in particolare lacunoso in relazione ad alcuni rilevanti aspetti invece espressamente presi in considerazione dal legislatore comunitario, quali la nozione di orario di lavoro, il limite di durata massima settimanale di lavoro e il regime delle deroghe a tale limite. Senza contare che la disciplina predisposta dall'avviso comune si presenta, da un punto di vista sia formale che sostanziale, come una normativa destinata alle imprese industriali, non tenendo quindi adeguatamente in considerazione le esigenze di altri settori, caratterizzati da una diversa struttura produttiva, nonché da una diversa organizzazione del lavoro.

Di quest'ultimo aspetto pare del resto avere preso atto anche lo stesso Governo che, nel definire i principi e i criteri direttivi della delega e al fine di garantire una corretta e integrale trasposizione della direttiva n. 93/104/CE, ha espressamente previsto la possibilità di modificare e integrare le discipline vigenti per

¹¹ Ampia ricostruzione del dibattito dottrinale, volto a segnalare i limiti dell'avviso comune rispetto al processo di trasposizione della Direttiva n. 1993/104/CE è in Leccese, *L'orario di lavoro*, cit. Cfr., altresì, con particolare riferimento al lavoro straordinario Ferrante, *La nuova legge*, cit. 799.

i singoli settori interessati dalla normativa da attuare, con particolare riferimento al commercio, turismo, pubblici esercizi e agricoltura¹².

Altro punto controverso, già precedentemente menzionato, consiste infine nell'abrogazione contenuta nell'avviso comune di tutte le disposizioni di legge che quantificano la durata massima normale della giornata di lavoro. Abrogazione infatti che secondo l'opinione di parte della dottrina¹³ costituirebbe violazione di norme costituzionali o quanto meno violazione della più volte citata clausola di non regresso di cui all'articolo 18, par. 3 della direttiva, secondo il quale l'attuazione della norma comunitaria non costituisce una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione.

Per meglio chiarire quanto detto, nei paragrafi successivi si procederà a una analisi dei principali punti problematici non affrontati o non risolti dall'avviso comune. Prima però occorre compiere un'ultima considerazione. L'avviso comune, concepito come la base normativa del futuro recepimento nell'ordinamento statale/nazionale della direttiva comunitaria n. 104/1993, potrebbe presentare ulteriori aspetti di criticità alla luce della recente riforma del Titolo V della Costituzione, che nel riscrivere l'articolo 117 Cost. ha completamente ridisegnato il sistema di ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regione. In particolare, dalla collocazione nelle materie di legislazione concorrente (tra quelle relative alla « tutela e sicurezza del lavoro ») della disciplina dell'orario, considerata dallo stesso legislatore comunitario imprescindibilmente attinente alla sicurezza e salute dei lavoratori¹⁴, tutta la materia potrebbe attribuirsi alla potestà legislativa regionale, lasciandosi allo Stato solo la determinazione dei principi fondamentali.

In questa prospettiva occorrerebbe quindi riconsiderare completamente l'intera normativa dell'avviso comune, per valutare, tra le sue disposizioni, quelle che siano riconducibili al concetto di principio fondamentale previsto dall'articolo 117 comma 3 della Costituzione e quali invece possano residuare per la competenza regionale.

3. Nel delineare le problematiche sottese a una mera trasposizione dell'avviso comune del 12 novembre 1997, non può non iniziarsi, in un'ottica di correttezza espositiva, dall'analisi del campo di applicazione della disciplina ivi contenuta, elemento questo che più di ogni altro permette di qualificare in termini di completezza e/o di correttezza la fattispecie traspositiva della normativa comunitaria.

¹² Le richieste di modifica al vigente dato legislativo riguardano in particolare la normativa del lavoro straordinario e del lavoro notturno. Nel primo caso si propone la non estensione alle imprese non industriali dell'obbligo di comunicazione alle direzioni provinciali; nel secondo, si chiede una maggiore valorizzazione delle ipotesi di deroghe ai limiti di durata giornaliera della prestazione lavorativa individuate dalla direttiva a favore di alcuni settori (es. il turismo), nonché l'abolizione dell'attuale divieto per gli apprendisti di svolgere attività lavorativa nelle ore notturne.

¹³ Vedi in particolare Leccese, *L'orario di lavoro*, cit, 199 ss.

¹⁴ Cfr. preambolo della direttiva n. 93/104/UE. In questa prospettiva cfr. Tiraboschi, *Riforma con tanti punti critici. Meglio fissare standard minimi*, in *Il Sole 24 Ore*, 25 settembre 2002, 19.

Al riguardo occorre peraltro evidenziare due distinti profili di valutazione. Il primo, relativo al cosiddetto ambito di applicazione soggettivo, ambito che qualifica l'estensione e/o estendibilità della normativa in esame nei confronti dei lavoratori appartenenti a determinati settori economici. Il secondo, invece, concernente una disamina del campo di applicazione sulla base di criteri oggettivi, identificati in particolare nelle diverse modalità di svolgimento della prestazione di lavoro.

a) Il campo di applicazione soggettivo.

Per quanto riguarda il primo dei suddetti profili, l'avviso comune rappresenta certamente una trasposizione incompleta della normativa dell'Unione europea in quanto non recepisce la direttiva n. 2000/34/UE che ha modificato la direttiva n. 1993/104/UE, estendendo il campo di applicazione anche a quei settori precedentemente esclusi. A fronte quindi di una normativa comunitaria che, pur facendo salvo il principio di specialità, delinea una disciplina dell'orario di lavoro sostanzialmente unitaria per tutti i settori di attività, privati e pubblici, si contrappone la disciplina dell'avviso comune che esclude invece espressamente dal suo campo di applicazione i settori del trasporto aereo e ferroviario, non contenendo inoltre alcun riferimento all'attività dei medici in formazione e del personale marittimo.

Questa evidente lacuna dell'accordo interconfederale del 12 novembre 1997, oltre a giustificarsi per ovvi motivi temporali, non comporta peraltro particolari conseguenze nel processo traspositivo, comportando infatti una semplice e limitata sovrapposizione dei criteri di cui alla direttiva di modifica n. 2000/34/UE rispetto alla direttiva originaria n. 1993/104/UE. Il meccanismo traspositivo è ancor più semplice se si considera inoltre che la legge comunitaria del 2001 non riunisce imprescindibilmente in un unico meccanismo di delega la trasposizione della direttiva 1993/104/UE come modificata dalla menzionata direttiva del 2000, ma individua due differenti deleghe, predisponendo anche la possibilità di emanare al riguardo più decreti legislativi.

Le stesse argomentazioni possono a maggior ragione riproporsi in relazione alla non trasposizione nell'avviso comune delle disposizioni comunitarie per la gente di mare e per il personale di volo dell'aviazione civile, oggetto rispettivamente delle direttive n. 1999/63/CE e n. 2000/79/CE. Si tratta infatti di normative di carattere specifico — in relazione alle quali non trova applicazione la generale disciplina di cui alla direttiva n. 1993/104/UE in base al principio di specialità di cui all'articolo 14 della stessa direttiva — e quindi richiedenti interventi traspositivi settoriali che solo per ragioni di opportunità sistematica possono eventualmente rientrare in un disegno unitario di disciplina dell'orario di lavoro ¹⁵.

¹⁵ Con riferimento alle speciali discipline dei *settori esclusi* dalla generale disciplina dell'orario di lavoro prevista dal legislatore comunitario, cfr in particolare Leccese, *L'orario di lavoro*, cit., 180 ss; Ricci, *Orario di lavoro nell'Unione Europea: la riforma dei settori esclusi*, in *GLav*, 2000, 44, 19 ss; Miscione, *Le proposte di direttiva europee sull'orario di lavoro per le attività prive di disciplina specifica*, in *ILLEJ* (www.dirittodellavoro.it).

Occorre poi aggiungere che in relazione ai lavoratori marittimi, l'articolo 11 del D. Lgs. n. 271, 1999, recante norme di adeguamento della normativa sulla sicurezza e salute dei lavoratori a bordo delle navi mercantili o da pesca, riporta già in larga misura quanto predisposto dalla direttiva n. 1999/63/UE con particolare riferimento alla determinazione della durata dei riposi giornalieri e settimanali. Si tratta tuttavia di una recezione implicita, non essendovi alcun riferimento nel preambolo alla direttiva n. 1999/63/UE, e per di più parziale, soprattutto in una prospettiva di raccordo con le diverse discipline speciali evidenziate dal legislatore comunitario.

b) Il campo di applicazione oggettivo: le modalità della prestazione di lavoro.

Più problematica invece, venendo al secondo profilo di valutazione, è la disamina del campo di applicazione oggettivo dell'avviso comune, soprattutto in considerazione del fatto che eventuali difformità in questo senso rispetto al dato comunitario non si configurerebbero in termini di semplice incompletezza, bensì in termini di non adeguatezza, determinando conseguentemente la necessità di un intervento correttivo da parte del legislatore.

L'articolo 2, par. 1 della direttiva n. 1993/104/UE definisce l'orario di lavoro come « qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio delle sue attività o delle sue funzioni. Tale definizione, già di per sé abbastanza esaustiva, trova però un ulteriore elemento di chiarezza nella disposizione che lascia « alle legislazioni e/o prassi nazionali » la funzione di meglio specificare i menzionati concetti di disponibilità e di esercizio delle funzioni.

Occorre tuttavia sottolineare che questa facoltà di conformazione flessibile alla definizione comunitaria di orario di lavoro non può comunque arrivare a stravolgerne il significato, non individuandosi cioè a favore dei singoli Stati membri un potere alternativo di definizione dell'orario di lavoro.

Unicamente in quest'ultimo senso sono del resto collocabili le critiche¹⁶ circa la presenza di difformità fra l'ambito di applicazione (soggettivo) della direttiva europea e quello dell'avviso comune, avviso che riprendendo testualmente il dato normativo vigente di cui al R. D. L. n. 692/1923 indirizza la disciplina dell'orario di lavoro al solo *lavoro effettivo*.

Tale riferimento all'effettività dell'attività lavorativa sembra peraltro assumere nell'attuale contesto normativo una duplicità di significati, derivandosi da ciò anche una duplicità dei criteri di valutazione¹⁷.

Nell'articolo 1, R. D. L. n. 692/1923, il suddetto riferimento al lavoro effettivo pare sottendere unicamente la volontà del legislatore di escludere dal tempo di lavoro, ai fini del rispetto dei limiti orari di durata massima giornaliera e settimanale, gli spazi temporali nei quali il prestatore, pur anche presente nel

¹⁶ Cfr in particolare Ferrante, *La nuova legge*, cit., 804.

¹⁷ Sulla duplice valenza del concetto di lavoro effettivo cfr. in particolare Ichino, *L'orario di lavoro e i riposi*, in Schlesinger (a cura di) *Commentario al Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 1987, 25 ss.; Cassì, *La durata della prestazione di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1956, 44.

posto di lavoro, non è impegnato in alcuna attività lavorativa. In quest'ottica, quindi, la problematica, sia pure rilevante, dell'esatta definizione della nozione di effettività del lavoro si esaurisce in una questione di mera specificazione del concetto di disponibilità e esercizio delle funzioni, elementi indicati nella direttiva quali criteri definitivi dell'orario di lavoro.

Al riguardo occorre in particolare evidenziare almeno due diverse opinioni giurisprudenziali: un primo orientamento afferma che la mera disponibilità del lavoratore presso il posto di lavoro, quando sia accertata la natura qualitativamente diversa di tale prestazione rispetto a quella lavorativa, non sarebbe omologabile al lavoro effettivo, escludendosi conseguentemente dal tempo di lavoro le attività antecedenti o successive alla prestazione lavorativa come la vestizione e vestizione¹⁸; un secondo orientamento giurisprudenziale afferma invece che gli spazi temporali, nei quali il lavoratore non è impegnato in alcuna attività lavorativa specifica ma nei quali tuttavia lo stesso lavoratore non può allontanarsi dal luogo di lavoro in virtù di un obbligo di disponibilità, sarebbero computabili nel tempo di lavoro, comprendendosi a maggior ragione anche tutte le attività complementari e sussidiarie allo svolgimento della specifica prestazione richiesta dal datore di lavoro¹⁹.

Tali diverse interpretazioni giurisprudenziali si confrontano, peraltro, trovando nello stesso tempo un esplicito riferimento ermeneutico, con gli specifici criteri di computo dell'orario di lavoro individuati nel regolamento di attuazione del R. D. L. n. 692/1923 (R. D. n. 1955/1923 per le imprese industriali e commerciali, R. D. n. 1956 per le imprese agricole), in virtù dei quali si escludono dal lavoro effettivo i riposi intermedi, il tempo impiegato per recarsi al lavoro, nonché le pause di lavoro di durata non inferiore a dieci minuti e complessivamente non superiore a due ore, comprese tra l'inizio e la fine di ogni periodo della giornata di lavoro, durante le quali non sia richiesto alcun tipo di prestazione lavorativa.

Se nella prospettiva fino ad ora delineata, l'esatta determinazione della nozione di lavoro effettivo rappresenta una problematica esclusivamente di ordine interno, non sussistendo, in altre parole, alcun rischio di non conformità con il dato comunitario, diversa è invece la questione relativa al lavoro effettivo, nell'accezione presente nel nostro ordinamento all'articolo 3 R. D. L. n. 692/1923, articolo espressamente richiamato nell'avviso comune.

Tale disposizione infatti, al fine di escludere dai limiti di orario le attività discontinue o di semplice attesa o custodia, individua i caratteri del lavoro effettivo sulla base dello svolgimento di una prestazione « assidua e continuativa ». Ne deriva una evidente sfasatura rispetto alla disciplina comunitaria nella misura in cui il legislatore non si limita a specificare i concetti di disponibilità e esercitabilità delle funzioni, ma configura anche una diversa e

¹⁸ Vedi in particolare, Cass. 21 dicembre 1995, n. 13055 in *NGL*, 1996; più recentemente vedi Tribunale Torino 27 settembre 2000, in *FI*, I, 360.

¹⁹ Vedi in particolare Cass. 19 febbraio 1985, n. 1462 in *OGL*, 1985, 819. Più recentemente vedi Tribunale Torino, 26 ottobre 1999, in *MGL*, 1999, 1335.

autonoma nozione di orario sulla base di una mera valutazione di diversa intensità della prestazione di lavoro.

Si tratta del resto di una concezione ormai superata che non tiene adeguatamente in considerazione l'esigenza di salvaguardia del tempo libero, sia alla luce della crescente valorizzazione della necessità di un coordinamento tra tempo di lavoro ed esigenze personali del prestatore, sia alla luce della riaffermata constatazione che la garanzia del tempo libero si traduce anche in una garanzia di salvaguardia della salute, identificata, quest'ultima, non solo in termini di integrità fisica ma anche in termini di integrità della personalità psichica.

In quest'ottica deve del resto valutarsi anche il regime di tutela predisposto dal legislatore comunitario, laddove, nell'indicare le ipotesi di deroga ai limiti settimanali di durata del lavoro (articolo 17, direttiva n. 1993/104/UE), delimita il regime delle esclusioni ai soli lavoratori dotati di un potere di decisione autonomo e ai casi in cui la durata dell'orario non è determinabile o comunque può essere determinata dai lavoratori stessi, non comprendendovi invece esplicitamente le attività di sorveglianza e di custodia, sebbene queste ultime configurino prestazioni non particolarmente onerose dal punto di vista del dispendio psico-fisico.

4. Un ulteriore punto problematico riguarda la mancata pedissequa riproposizione nell'avviso comune dei limiti previsti dal legislatore comunitario in materia di durata massima settimanale del lavoro.

La direttiva n. 1993/104/UE prevede al riguardo un limite di durata di 48 ore settimanali, comprendente anche l'eventuale lavoro straordinario. Tale limite è inteso come valore medio entro un periodo non superiore ai 4 mesi. I contratti collettivi possono però estendere tale periodo di riferimento senza condizioni fino a 6 mesi e in presenza di ragioni obiettive e tecniche fino a un massimo di un anno.

L'esplicita adozione dei suddetti limiti settimanali non rappresenta un pleonastico atto di adeguamento al dato comunitario, bensì un provvedimento indispensabile per attuare in modo pieno e corretto la direttiva n. 1993/104. Diversamente, infatti, il limite di durata massima settimanale verrebbe di volta in volta stabilito dai contratti collettivi, determinandosi una situazione di incertezza e, quindi, potendosi riproporre, sia pure secondo modalità più sfumate, le medesime obiezioni sottese alla condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia UE.

Si pensi in particolare alla disciplina sul lavoro straordinario contenuta nell'avviso comune e prevista attualmente dal legislatore per le sole imprese industriali. Tale disciplina, pur prevedendo, in assenza di contratto collettivo applicabile, limiti annuali e trimestrali (250 e 80 ore) compatibili con i limiti previsti nella direttiva n. 93/104/CE, autorizza però implicitamente i contratti collettivi ad elevarne i tetti. Non sarebbe quindi precluso alla regolamentazione collettiva il superamento del limite di durata massima settimanale indicato dalla direttiva in questione.

Tale situazione di incertezza riguarderebbe peraltro anche la disciplina del-

l'orario normale di lavoro contenuta nell'articolo 13, L. n. 196/1997 e riportata nei medesimi termini nell'avviso comune. La possibilità, infatti, dei contratti collettivi di riferire in modo incondizionato il limite di 40 ore settimanali ad un periodo di 12 mesi determina a livello teorico la possibilità per gli stessi contratti collettivi di prevedere, anche in assenza di specifiche ragioni obiettive e tecniche, una durata settimanale di lavoro superiore alle 48 ore all'interno di un periodo di riferimento superiore ai sei mesi.

Non verrebbe quindi meno il rischio di violazioni dei limiti all'orario di lavoro settimanale contenuti nella direttiva n. 1993/104/UE; rischio tanto più evidente se si considera che i predetti limiti comprendono espressamente anche le prestazioni di lavoro straordinario.

La puntuale trasposizione dei limiti comunitari risulterebbe infine indispensabile anche ai fini di una chiara determinazione delle ipotesi di deroga alla durata massima settimanale.

Proprio con riferimento al regime delle deroghe a tale limite, si evidenziano del resto ulteriori dubbi di compatibilità con il dettato comunitario.

L'avviso comune, in effetti, tra le attività non condizionate al rispetto di un limite massimo di ore settimanali di lavoro elenca anche attività che sono invece espressamente soggette ai limiti di durata settimanale previsti dalla direttiva n. 1993/104/CE (quali ad esempio: l'attività nell'ambito di industrie di ricerca e coltivazione di idrocarburi, l'attività del personale poligrafico, l'attività del personale viaggiante dei servizi pubblici di trasporto, le attività di custodia, ecc.) determinandosi quindi un'evidente situazione di incertezza circa il rispetto dei limiti imposti dal legislatore comunitario.

È vero che l'articolo 18, par. 1 lett. b) della direttiva prevede la possibilità degli Stati membri di prevedere specifiche deroghe anche con riferimento al limite settimanale: tuttavia, esso condiziona tale possibilità al rispetto di specifici e determinati requisiti quali la presenza di specifici obblighi di informazione e la possibilità delle autorità competenti di vietare o limitare il superamento della durata massima settimanale di lavoro se sussiste un pericolo per la salute del lavoratore.

5. Altro aspetto problematico riguarda infine l'abrogazione esplicita suggerita dall'avviso comune di tutte le disposizioni di legge che contengono limiti alla durata normale giornaliera dell'orario di lavoro. Tale abrogazione potrebbe comportare, secondo un recente filone dottrinale²⁰, una situazione di sostanziale indeterminatezza dei limiti dell'orario giornaliero in contraddizione con l'articolo 36, comma 2 della Costituzione che prevede al riguardo una esplicita riserva di legge, là dove dispone che «la durata massima della giornata lavorativa è fissata dalla legge».

Vengono espressi delle perplessità, in particolare, circa la possibilità di dedurre un limite legale « indiretto » alla durata della giornata lavorativa, derivante dal tetto di 13 ore giornaliero di lavoro di cui all'articolo 3 della direttiva: norma

²⁰ Leccese, *L'orario di lavoro*, cit., 415 ss.

ripresa testualmente dall'avviso comune e in cui si riconosce il diritto del lavoratore a un riposo giornaliero di 11 ore consecutive.

Secondo questa interpretazione dottrinale si tratterebbe di 13 ore consecutive di lavoro, in contraddizione con le disposizioni della direttiva stessa che prevedono il diritto del lavoratore ad usufruire di pause ogni 6 ore di lavoro. Il riposo giornaliero indicato dalla direttiva non perseguirebbe quindi il fine di fissare un limite massimo al lavoro giornaliero, bensì un fine diverso e precisamente quello « di escludere che, in presenza di particolari moduli di orario (per esempio il lavoro a turni), due prestazioni contigue, ancorché in ipotesi contenute, risultino però così riavvicinate da impedire comunque al lavoratore di reintegrare le proprie energie »²¹.

La stessa dottrina precisa inoltre che, anche a volere considerare la norma sul riposo giornaliero come soddisfacente ai fini del rispetto della menzionata riserva di legge prevista dalla Costituzione, si configurerebbe in ogni caso l'ulteriore rischio di determinare una situazione peggiorativa in violazione della clausola di non regresso di cui all'articolo 18, paragrafo 3, della direttiva, secondo cui l'attuazione della norma comunitaria non costituisce una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione.

È evidente che, ai fini della valutazione della consistenza delle critiche sollevate dalla citata dottrina, è necessario analizzare i caratteri del limite di orario giornaliero in una ottica *de iure condito*, con riferimento cioè alla disciplina attualmente vigente di cui al R. D. L. n. 692/1923 e all'articolo 13, L. n. 196/1997. Solo a seguito di tale valutazione sarà possibile verificare se l'abrogazione del suddetto limite possa ritenersi o meno legittima, sia in una prospettiva di congruità rispetto alla riserva di legge contenuta nella Carta costituzionale, sia sotto il profilo relativo alla presunta violazione della clausola di non regresso contenuta nella direttiva n. 1993/104/CE.

a) Limite giornaliero in una prospettiva de iure condito.

La sussistenza o meno di un autonomo limite giornaliero è al centro di un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, non solo in seguito all'entrata in vigore dell'articolo 13 della L. 24 giugno 1997, n. 196, che ha fissato l'orario normale di lavoro in 40 ore settimanali, bensì fin dal momento della stessa emanazione del R. D. L. n. 692/1923.

L'utilizzo da parte del legislatore del 1923 della disgiuntiva « o » tra l'indicazione del limite delle otto ore giornaliere e l'indicazione del vecchio limite delle quarantotto ore settimanali ha dato infatti lo spunto ad alcuni autori²² per sostenere la tesi dell'alternatività dei suddetti limiti con la conseguenza che il superamento dell'ottava ora nella medesima giornata lavorativa non avrebbe

²¹ *Ibidem*, 218.

²² Cfr in particolare Ichino, *Il tempo della prestazione*, cit., 276 ss; Meucci, *Sui limiti legislativi alla durata della prestazione di lavoro*, in *MGL*, 1984, 35, De Luca Tamajo, *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)* in *AA.VV. Il tempo di lavoro* Giuffrè, Milano, 1987, 3 ss; Tiraboschi, *Brevi riflessioni in tema di durata massima della giornata normale di lavoro*, in *RIDL*, 1990, II, 175.

costituito lavoro straordinario se, sommando le ore lavorative nel corso della settimana, non si fossero eccedute nel totale le 48 ore. L'esattezza di questa impostazione troverebbe conferma anche nel fatto che il legislatore, laddove ha voluto temperare in modo specifico le esigenze aziendali con l'obiettivo della tutela della integrità fisica di determinati soggetti, quali i fanciulli, gli adolescenti e gli apprendisti, è intervenuto affermando esplicitamente (tramite il ricorso alla congiunzione « e ») l'esistenza di due limiti concorrenti (vedi L. n. 977/1967).

A supporto di tale tesi, oltre al semplice dato letterale, si evidenzia che nel periodo in cui venne emanato il R. D. L. n. 692/1923 era ampiamente diffusa, soprattutto nel settore agricolo, la prassi dell'assunzione dei lavoratori a « giornata »; si sottolinea cioè che « l'unico modo per attribuire un senso alla contemporanea previsione del limite delle otto ore giornaliere e di quello delle 48 ore settimanali, evitando che l'uno o l'altro debba essere considerato pleonastico, consiste appunto nel riferire il limite giornaliero ai soli rapporti di durata inferiore alla settimana »²³.

A ulteriore sostegno della tesi dell'alternatività tra il limite giornaliero e quello settimanale vengono portate anche argomentazioni di ordine storico-giuridico. Si è osservato infatti che il limite delle otto ore giornaliere o di quarantotto ore settimanali di cui all'articolo 1, R. D. L. n. 692/1923 venne fissato successivamente allo storico accordo del 1919, che prevedeva — per i lavoratori dell'industria metalmeccanica — solo il limite massimo settimanale di quarantotto ore. Sembrerebbe « quindi quantomeno improbabile che il legislatore del 1923 abbia inteso emanare una disciplina generale dell'orario di lavoro più severa rispetto a quella prevista dalla contrattazione collettiva nel settore sindacalmente più avanzato dell'industria »²⁴.

In senso contrario, a supporto cioè dell'autonomia del limite giornaliero, alcuni autori²⁵ hanno invece evidenziato che l'articolo 5 dello stesso R. D. L. n. 692/1923 fissando due distinti ordini di limiti per il ricorso al lavoro straordinario, uno giornaliero, l'altro settimanale confermerebbe la sussistenza di un doppio e autonomo limite anche per l'attività lavorativa ordinaria.

Tale ultima tesi troverebbe ulteriore forza alla luce del dettato costituzionale e in particolare dell'articolo 36, comma 2 in cui è disposto che « la durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge ». La suddetta riserva di legge, infatti, secondo parte della dottrina dovrebbe essere interpretata, in quanto disposta a tutela del lavoratore, nel senso più favorevole a quest'ultimo, impedendosi cioè ogni possibilità di flessibilità nell'individuazione del limite giornaliero. Il risultato sarebbe quindi l'impossibilità, nell'ambito del sistema vigente, che l'orario normale di lavoro ecceda le 8 ore.

D'accordo con questa impostazione è anche un recente filone giurisprudenziale

²³ Vedi Ichino, *Il tempo della prestazione*, cit., 279; Id., *L'orario di lavoro*, cit., in Schlesinger (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, cit., 21.

²⁴ Cfr in particolare Ichino, *Il tempo della prestazione*, cit., 279.

²⁵ Cfr. in particolare Garzia, *Una disgiuntiva pericolosa in tema di orario di lavoro*, in *RGL*, 1958, II, 384 ss; Mariani, *L'orario di lavoro*, in *GC*, 1988, II, 3 ss.

della Cassazione²⁶. La Suprema Corte, infatti, dopo aver a lungo affermato il carattere alternativo del limite giornaliero, basandosi sul dato letterale dell'articolo 1, R. D. L. n. 692/1923²⁷, ha tuttavia nel corso tempo parzialmente modificato opinione, fino a giungere a sostenere che « il limite dell'orario giornaliero deve essere autonomamente considerato rispetto a quello settimanale, con la conseguenza che le ore lavorative prestate in eccedenza quotidianamente vanno compensate con le dovute maggiorazioni anche se il limite dell'orario settimanale non sia stato complessivamente ecceduto ».

Tale interpretazione viene fondata sulla situazione di « maggiore sofferenza » del lavoro che si protragga oltre il suo normale limite; maggiore sofferenza o gravosità della prestazione di lavoro che deve ritenersi presunta dalla legge non potendo quindi essere annullata dal minor lavoro prestato in altri giorni della settimana.

Il concetto di maggiore gravosità, così definito, riflette tuttavia una impostazione eccessivamente garantista, pregiudizievole non solo delle esigenze di flessibilità dell'impresa, ma anche dello stesso lavoratore nella misura in cui non considera l'interesse del lavoratore a concentrare le prestazioni di lavoro al fine di usufruire di un periodo più lungo di riposo consecutivo. Interesse peraltro preso espressamente in considerazione dalla recente contrattazione collettiva in virtù dell'introduzione dell'istituto della « banca ore », mediante la quale il lavoratore può, nel rispetto delle regole contrattuali, utilizzare le ore di lavoro straordinario al fine di ottenere dei riposi compensativi.

Questa impostazione accolta recentemente dalla Cassazione verrebbe del resto a sminuire la portata in termini di modernizzazione della organizzazione del lavoro del disposto di cui articolo 13, L. n. 196/1997 che ha fissato in 40 ore la durata normale settimanale di lavoro, prevedendo contestualmente la possibilità per i contratti collettivi di considerare tale limite come durata media in un arco di tempo determinato, in ogni caso non superiore ad un anno.

Parte della dottrina²⁸ ha infatti sostenuto che, anche là dove si volesse accogliere la tesi della sussistenza nell'impianto di cui alla normativa del 1923 di un doppio limite alla durata dell'orario di lavoro, dalla novella del 1997 deriverebbe l'abrogazione implicita della disposizione concernente il limite giornaliero di 8 ore in quanto incompatibile con l'espressa volontà del legislatore di individuare solamente un limite settimanale. Viene in particolare sottolineato che la conservazione del limite delle 8 ore vanificherebbe la stessa possibilità dei contratti collettivi di consentire modulazioni dell'orario di lavoro settimanale, avendo inoltre come immediata conseguenza l'illegittimità di tutte quelle clausole di contratto collettivo che stabiliscono il superamento delle otto ore giornaliere di lavoro.

Di segno contrario è invece quella dottrina che rifacendosi all'articolo 36 Cost.

²⁶ Cfr. in particolare: Cass. 29 gennaio 1999, n. 817, *inedita*; Cass. 2 agosto 1996 n. 6995, in *DPL*, 1997, 28.

²⁷ Cfr. in particolare Cass. 22 ottobre 1971, n. 2973, in *NGL*, 1989, 547.

²⁸ Cfr. in particolare: Basenghi, *op. cit.*, 336 ss.; Scarponi, *La recente disciplina in materia di orari di lavoro: l'inizio di una riforma*, in *LD*, 1998, 138 ss.

considera la suddetta interpretazione non aderente al dettato costituzionale²⁹. Di tale opinione è anche la più recente giurisprudenza³⁰ che dalla lettura logico-sistematica della legislazione in materia di orario di lavoro desume che la possibilità dei contratti collettivi di « modulare » l'orario settimanale è condizionata al rispetto del limite delle 8 ore giornaliere « in quanto, ancorché la nuova normativa non contenga alcuna disposizione in merito all'orario normale massimo giornaliero, è da escludere che la contrattazione collettiva possa derogare al suddetto limite, in considerazione sia della rilevanza costituzionale della durata massima della giornata lavorativa sia dell'autonomia, e non alternatività, dell'orario giornaliero rispetto all'orario settimanale ».

In quest'ottica quindi anche se si considerasse la riserva di legge di cui all'articolo 36, comma 2 eminentemente relativa, consentendosi sulla base della valorizzazione dell'articolo 2107 del codice civile anche ai contratti collettivi di determinare la durata massima giornaliera, ciò non potrebbe comunque verificarsi in un'ottica *de iure condito*, in quanto essendo il limite delle 8 ore fissato in modo esclusivo dalla legge essa costituisce norma inderogabile *in peius* da parte dei contratti collettivi.

Questa impostazione, che riconferma la difficile lettura del dato legale vigente, ripropone dunque nella sua interezza la questione della sussistenza di un unico o di un doppio limite, evidenziando l'opportunità di un intervento chiarificatore del legislatore.

Prima di addentrarci in alcune valutazioni in una prospettiva *de iure condendo*, e al fine di prevenire eventuali obiezioni alla impostazione accolta dall'avviso comune e ora dallo schema di legge delega, pare tuttavia fin da subito opportuno sottolineare come l'argomento che fa leva sulla riserva di legge di cui all'articolo 36, secondo comma, della Costituzione non sia poi così insuperabile.

La Corte Costituzionale³¹ ha infatti più volte ribadito l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio di ragionevolezza della durata dell'orario di lavoro, idoneo quest'ultimo ad assicurare il rispetto degli obiettivi di tutela del lavoratore sottesi dalla più volte menzionata riserva di legge di cui all'articolo 36, comma 2. Più precisamente la Corte Costituzionale, pronunciandosi con riferimento a categorie di lavoratori esclusi dai limiti massimi legali dell'orario di lavoro, quali in particolare il personale direttivo e i lavoratori c. d. discontinui (per esempio i custodi) ha affermato che rientra nella possibilità del giudice ordinario « dedurre dai principi dell'ordinamento i massimi di durata

²⁹ Cfr. in particolare: Leccese, *L'orario di lavoro*, cit.; Garofalo, *Intervento sull'orario di lavoro e sugli incentivi alla riduzione*, in *DPL*, 1997, 2090; Dell'Olio, *Orario giornaliero, settimanale, multiperiodale*, in *ADL*, 1998, 374 ss.; Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino 1999, 123 ss.

³⁰ Cfr. in particolare Cass 4 dicembre 2000, in *MGC*, 2000, 2540.

³¹ Cfr. Corte Cost. 1° maggio 1971, in *MGL*, 1971, 239; Corte Cost. 9 dicembre 1976, n. 255, in *MGL*, 1976, 255; Corte Cost. 24 aprile 1975, n. 10, in *MGL*, 1975, 290. Per gli sviluppi di questo orientamento cfr. in particolare, in dottrina, Pelaggi, *Orario di lavoro, lavoro straordinario e lavoro notturno: le nuove disposizioni legislative*, in *MGL*, 2000, 617 ss.

della giornata lavorativa, tenendo conto dell'interesse del lavoratore all'integrità fisica », evidenziandosi altresì che « dall'art. 36, secondo comma, Cost. non discende che il limite della giornata lavorativa debba essere fissato dalla legge in modo uniforme per ogni tipo di lavoro ».

b) Il limite giornaliero in una prospettiva de iure condendo.

Se in un'ottica *de iure condito* una valutazione flessibile della durata massima della giornata lavorativa può trovare qualche profilo problematico in virtù del fatto che l'articolo 13, L. n. 196/1997 non ha espressamente abrogato il limite giornaliero di cui all'articolo 1, R. D. L. n. 692/1923, tale valutazione appare invece esente da difficoltà in una prospettiva di riforma di disciplina.

Appare infatti pienamente legittima l'indicazione contenuta nell'avviso comune riguardo l'abrogazione del limite giornaliero, non sussistendo problemi di compatibilità con il dettato costituzionale, non solo in virtù dell'esistenza di un menzionato limite di ragionevolezza, ma anche perché, come rilevato, dalla disposizione sui riposi consecutivi (contenuta nell'avviso comune) si deduce al contrario un limite legale di 13 ore.

Le critiche compiute da parte della dottrina e sintetizzate in sede di premessa, sia pure in un certo qual modo condivisibili, vanno quindi necessariamente ricollocate in un giudizio di opportunità/inopportunità della tecnica legislativa, e non invece in una prospettiva di possibile incostituzionalità della norma.

Nel suddetto limitato senso devono in particolare valutarsi le perplessità della stessa dottrina circa l'idoneità della norma sul riposo giornaliero a costituire un limite di durata massima della giornata lavorativa. Perplessità che è lo stesso legislatore comunitario a suffragare, sia pure indirettamente, laddove nel disciplinare l'orario di lavoro dei minori (direttiva n. 94/33/CE) non solo prevede un periodo minimo di riposo giornaliero consecutivo (14 ore per i bambini, 12 per gli adolescenti), ma individua anche specifici limiti massimi di orario giornaliero di lavoro (7 ore per i bambini, 8 per gli adolescenti), evidenziando conseguentemente le diverse finalità delle due disposizioni.

Critica più pregnante, è invece quella in cui si afferma che l'abrogazione del limite giornaliero di cui all'articolo 1, R. D. L. n. 692/1923 e la contestuale previsione di un limite di 13 ore determinerebbe comunque una situazione peggiorativa della tutela del lavoratore in violazione della clausola di non regresso di cui all'articolo 18, par. 3 della direttiva n. 1993/104/CE.

La risposta non può che desumersi dall'interpretazione del dato normativo vigente.

Se si avvalora l'interpretazione dell'abrogazione implicita del limite giornaliero di cui all'articolo 1, R. D. L. n. 692/1923 da parte della disciplina sull'orario normale di lavoro di cui all'articolo 13, L. n. 196/1997, allora non sussistono problemi. La trasposizione dell'avviso comune determinerebbe infatti addirittura una situazione migliorativa introducendo un limite legale di 13 ore che sostituirebbe il più generico limite di ragionevolezza.

Se si avvalora invece l'interpretazione sostenuta dalla giurisprudenza (anche dopo l'entrata in vigore della L. n. 196/1997) dell'autonomia del limite giornaliero rispetto a quello settimanale, la trasposizione letterale dell'avviso comune

potrebbe comportare non pochi problemi in una prospettiva di rispetto della menzionata clausola di non regresso.

Anche in questo caso, tuttavia, il legislatore avrebbe la possibilità di porre in essere una disciplina pienamente rispettosa degli obiettivi di flessibilità sottesi alla disciplina dell'orario di lavoro di cui all'articolo 13, L. n. 196/1997.

A questo proposito occorre svolgere due serie considerazioni.

Occorre innanzitutto evidenziare che il limite di durata massima giornaliera nella disciplina vigente non consisterebbe in ogni caso in otto ore, dovendosi a queste infatti aggiungere due ore di lavoro straordinario di cui all'articolo 5 R. D. L. n. 692/1923. Si tratterebbe quindi di un limite complessivo di dieci ore. Su questo presupposto, parrebbe quindi possibile inquadrare in una prospettiva non peggiorativa la fissazione di un limite giornaliero di 10 ore lavorative comprensivo anche dell'eventuale ricorso al lavoro straordinario, prevedendo contestualmente la conservazione del limite delle 8 ore di lavoro normale solo per il caso di non previsione da parte dei contratti collettivi dei c.d. orari multiperiodali. In questo modo, in presenza di modulazioni dell'orario di lavoro il limite giornaliero delle 10 ore potrebbe essere raggiunto anche senza l'utilizzo del lavoro straordinario con piena attuazione delle esigenze di flessibilità di cui all'articolo 13, L. n. 196/1997.

Differente possibilità di flessibilizzazione consiste in una piena valorizzazione del carattere relativo³² della riserva di legge di cui all'articolo 36 comma 2. Si potrebbe cioè conservare il limite delle otto ore, il legislatore potrebbe tuttavia consentire espressamente all'autonomia collettiva di derogare ai limiti legali di durata massima. In questo modo verrebbe avvalorata la funzione del contratto collettivo quale strumento principale di gestione della flessibilità, impedendo nello stesso tempo che l'impresa determini in modo unilaterale la durata massima del lavoro giornaliero. Occorre infatti evidenziare che secondo la disciplina contenuta nell'avviso comune, il datore di lavoro avrebbe la possibilità di ripartire liberamente le ore normali di lavoro con l'unico vincolo comunitario delle 11 ore di riposo consecutivo.

³² Per una argomentazione a favore del carattere relativo della riserva di legge contenuta all'articolo 36, comma 2 Cost., cfr in particolare Ichino, *L'orario di lavoro, etc. cit.*, in Schlesinger (a cura di), *op. cit.*, 9 ss, secondo il quale sebbene « la formulazione della norma costituzionale è quella tipica delle norme istitutive di una riserva di legge (...). Sarebbe tuttavia irragionevole, oltre che inopportuno, interpretare la disposizione in esame come fonte di una riserva di legge assoluta (esclusione del rinvio da parte della legge ordinaria ad altre fonti, ed a quella collettiva) in materia di durata massima del lavoro, dal momento che la Costituzione stessa (art. 39) chiama ad operare e a disporre, per la regolamentazione dei rapporti di lavoro, con ben maggiore concretezza e certezza della legge, la contrattazione collettiva ». In dottrina affermano il carattere relativo della riserva anche Nicolini, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1996, 211; F. Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Il rapporto di lavoro subordinato*, UTET, Torino, 1998, 253.

Contratto e rapporto di lavoro

Perché discutere (ancora) di alternativa tra contratto e rapporto di lavoro?

Laura Castelvetri

Sommario: **1.** Esiste tuttora un dissenso sulla contrattualità del rapporto di lavoro? — **2.** Le contraddizioni latenti nella giurisprudenza. — **3.** Qualificazione del rapporto e indici di fatto. — **4.** Inserimento nell'organizzazione, suggestioni comunitarie e principio di parità. — **4.1.** Inserimento nell'organizzazione, suggestioni comunitarie e uso aziendale. — **5.** Alle origini dell'istituzionismo nel contesto italiano. — **6.** Istituzionismo e teorica del contraente debole. — **7.** Paradossi applicativi.

1. L'intitolazione del saggio sembra dubitare che valga la pena, oggi, di dibattere sulla contrattualità del rapporto di lavoro. Infatti, è pacifico per la dottrina che esso nasce da un atto di autonomia privata con il quale due parti esprimono il loro consenso sulla costituzione tra loro di un vincolo implicante determinati contenuti.

Tutti i manuali, sono su questa linea. Dell'opzione anti-contrattualista, semmai, viene dato conto quasi solo come questione storica, con riferimento ad una interpretazione, giudicata per lo più distorta, dell'art. 2126 cod. civ. (e ritenuta superata anche da giuristi non radicalmente contrattualisti), che si fonda sull'affermata irrilevanza dell'invalidità del contratto. Con l'occhio alla rubrica dell'art. 2126 si sosteneva che la prestazione di fatto, creando effetti obbligatori, consentirebbe di concludere per l'accontrattualità del rapporto: sarebbe sufficiente prestare il lavoro (e non obbligarsi contrattualmente a farlo) perché nascano certi effetti (almeno quelli retributivi). Ma si è ribattuto, d'altra parte, badandosi più al testo della disposizione, che il riferimento al contratto invalido e la salvaguardia dei suoi effetti implicano necessariamente l'esistenza di un contratto, ancorché, appunto, invalido.

Come è noto, del resto, l'art. 2126 non è che uno dei numerosi appigli disseminati nella disciplina codicistica a favore dell'opzione contrattuale; basti pensare ai riferimenti letterali contenuti negli articoli della sezione III (del Libro V, Titolo, I, Capo I), ovvero agli artt. 2097-2098, 2102-2103 vecchio e, indirettamente, nuovo testo, 2110-2111, 2118-2120, 2123-2126: tant'è vero che questo è il punto di vista prevalente, oggi.

La questione ha tradizionalmente avuto rilievo perché, a seconda di quale sia ritenuta fonte delle obbligazioni di lavoro e, dunque, di quale sia la natura del rapporto, sono diversi gli effetti giuridici o, meglio, i confini del dovuto: in

* *Laura Castelvetri è professore straordinario di Diritto del lavoro presso l'Università Insubria di Como.*

particolare, se le obbligazioni del lavoratore nascono dal contratto esse sono giuridicamente circoscritte dal programma negoziale (per vaporoso che esso sia sul piano formale e con le integrazioni contenutistiche di legge); altrimenti, se esse nascono dall'appartenenza (o inserimento) del lavoratore in una comunità aziendale, intesa come istituzione dotata di un ordinamento posto dall'imprenditore proprietario e capo dell'azienda, non è la volontà dei contraenti a dettare obbligazioni e limiti, ma è, invece, la potestà direttiva dell'imprenditore a dettare la disciplina dell'organizzazione del lavoro, in certi casi con il solo limite che siano rispettati i minimi di legge.

Non è qui il caso di argomentare, sulla base del diritto positivo l'opzione contrattualistica, già tentata altrove in coda ad un dibattito ormai assestato¹. Intendo solo segnalare come, nonostante la sua accettazione unanime, il principio volontaristico incontri tuttora, nell'applicazione giurisprudenziale, molte contraddizioni: che si spiegano, in parte, con la forza prescrittiva delle pur disconosciute teorie anticontrattuali, ma anche — e direi soprattutto — con le particolarità costitutive del rapporto di lavoro, ancor oggi legittimamente riassumibili nello svolgimento e nell'accettazione di una prestazione di lavoro, senza ulteriori formalità, con tutte le difficoltà probatorie che ne seguono, specialmente quando intervengono modificazioni contenutistiche in corso di rapporto.

2. È raro che la giurisprudenza adotti dichiaratamente una opzione a-contrattuale: semmai accade che essa prevalga di riflesso, ad esempio quando il giudice procede alla qualificazione del rapporto come di lavoro subordinato sulla base dell'identificazione, in concreto, di elementi puramente indiziari dell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione del datore di lavoro, come operava la prevalente giurisprudenza dalla metà degli anni Sessanta alla metà degli Ottanta². In quest'ottica, dunque, i poteri datoriali e gli obblighi del lavoratore subordinato vengono implicitamente ricondotti dal giudice — anziché direttamente all'espressione della comune volontà delle parti che contrattualmente dà vita al rapporto e ne conferma il contenuto, (ma della quale non ci sono prove) — ad una mera situazione di fatto dalla quale si presume l'esistenza del rapporto e quindi del contratto che lo ha costituito³.

In altri casi, l'opzione a-contrattualistica finisce per influire (incidentalmente o direttamente) sul sillogismo giudiziale quando si debba valutare la legittimità di trattamenti diversificati nel contesto aziendale⁴.

¹ Da ultimo, Castelvetti, *Libertà contrattuale e subordinazione*, Giuffrè, Milano, 2001.

² Menghini, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, *QDLRI*, 1988, 21.

³ Cass. 3 giugno 1998, n. 5464, in *GC* 1998, I, 1485; Cass. 6 maggio 1999, n. 4558, in *LPO* 1999, 1874.

⁴ Un caso emblematico è Cass. 8 luglio 1994, n. 6448, in *RIDL*, 1995, II, 304; con note critiche di Bolego, *Autonomia collettiva e principio di parità di trattamento retributivo*, in *RIDL*, 1995, II, 311, e di Bianchi D'Urso, *Clausole generali e parità di trattamento: un connubio difficile*, in *RIDL*, 1995, II, 535; con nota critica di Gramiccia, *Prime osservazioni sulla sentenza della Cassazione n.*

3. Il giudizio di qualificazione del rapporto di lavoro, del resto, è strettamente collegato alle opzioni dottrinali circolanti sul rilievo o, al contrario, sulla svalutazione della volontà delle parti ai fini della costituzione e conformazione del rapporto, che non è esattamente un dibattito tra contrattualisti e non, ma tra chi sostiene rilevi la volontà delle parti e, in particolare, del lavoratore, e chi no: si tratta quasi della medesima questione sul piano teorico, ma è assai difficile distinguere tali diverse sfumature nel giudizio qualificatorio perché esso, più che altro, si basa su fatti. Il procedimento ermeneutico per la determinazione giudiziale del tipo contrattuale (autonomo o subordinato), infatti, pur partendo dal presupposto contrattualistico si basa prevalentemente sull'indagine dei comportamenti tenuti dalle parti, qualificandoli (come segnale di subordinazione o di autonomia) sulla base di indici o criteri elaborati e poi via via consolidati dalla giurisprudenza, onde il rischio di trascurare la volontà delle parti è alto, se non inevitabile.

I giudici, come si è detto, soprattutto in certi periodi, attribuiscono rilevanza preminente al dato dell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione, ritenendolo un indice affidabile del suo assoggettamento agli ordini e alla direzione dell'imprenditore, ossia alla dipendenza (cui fanno riferimento gli artt. 2086, 2094, 2104 cod. civ.): al riguardo ho altrove argomentato una critica alla ricorrente identificazione di questo dato qualificatorio nella mera inserzione della prestazione nell'impresa, da desumere o presumere in base a indici o criteri come la continuità o il coordinamento spazio-temporale⁵. È criticabile, in particolare, che un dato *di fatto* come l'inserimento, o la sua variante del coordinamento spazio-temporale, venga utilizzato come sintomo (per lo più di per sé sufficiente) dell'esistenza dei dati *giuridici essenziali* a fini qualificatori (e cioè la dipendenza e l'eterodirezione). Lo stesso accertamento (se non la nozione) di inserimento nell'organizzazione produttiva consegue, il più delle volte, da semplici presunzioni, come avviene, ad esempio, nel caso in cui la prestazione da qualificare sia oggettivamente collegata ad una o più fasi del processo produttivo.

Però, per comprendere l'inconsistente efficacia discretiva dell'inserimento come collegamento al ciclo produttivo, bastano pochi casi giurisprudenziali: è collegata al ciclo di lavorazione, ad esempio, l'attività del sugnatore di prosciutti? O del veterinario che preleva il seme dei tori per l'inseminazione artificiale? O del grafico che collabora con la redazione di un giornale?

Si tratta di casi nei quali l'inserimento della prestazione nell'organizzazione è indiscutibile, ma in cui esso non è necessariamente decisivo per inferirne la natura subordinata o autonoma del rapporto e, infatti, in proposito si è deciso

6448/1994, in tema di parità di trattamento tra lavoratori, in *MGL*, 1994, 514; con note critiche di De Luca Tamajo, *Un rigurgito "egualitario" della Corte di Cassazione*, in *NGCC*, 1995, I, 81, e di Mazzotta, *La Cassazione torna sul principio di parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, in *NGCC*, 1995, I, 95; nonché con nota adesiva di Amoroso, *Retribuzione e mansioni del lavoratore: l'obbligo di parità di trattamento come specificazione del dovere di correttezza e buona fede*, in *FI*, 1995, I, 186.

⁵ Castelvetti, *op. cit.*, Giuffrè, Milano, 2001, 30 ss.

in un senso o nell'altro, senza prendere in considerazione i comportamenti delle parti, a norma dell'art. 1362, 2° comma, come espressione di una loro comune volontà ⁶.

4. In altri casi, meno giustificabili in verità, i giudici adottano la prospettiva istituzionale per argomentare l'esistenza di posizioni giuridiche collegate tra i lavoratori *inseriti* in una stessa azienda: così, ad esempio, per giustificare l'obbligatorietà verso tutti i dipendenti di un trattamento qualificato come uso aziendale ⁷, o l'esistenza di un obbligo di imparzialità, ossia di un principio di parità di trattamento, verso tutti i lavoratori dell'azienda ⁸.

Proprio i termini inserimento, inserzione e incorporazione, con riferimento alla situazione (di fatto) del lavoratore che entra a far parte dell'azienda o dell'organizzazione produttiva, vanno tenuti sotto controllo perché la loro utilizzazione confonde il contrattualismo di facciata con l'anticontrattualismo surrettizio: dal punto di vista del nostro diritto positivo, l'inserimento è un fatto, privo di effetti giuridici ⁹. Come fatto, esso viene ritenuto indizio di assoggettamento all'autorità del datore di lavoro: dunque i giudici si accontentano del fatto, per collegare ad esso gli effetti giuridici della subordinazione, onde le obbligazioni di lavoro e gli effetti protettivi sono collegati all'inserimento in azienda o, in certi casi addirittura, nella comunità aziendale, della quale, peraltro, non c'è traccia in alcuna disposizione dell'ordinamento.

Ad esempio, Cass. n. 6448/1994, pur nel contesto di una decisione che nega il principio di parità rispetto a trattamenti diversificati a parità di mansioni, sanciti dal contratto collettivo, afferma incidentalmente l'esistenza di un dovere datoriale di gestione razionale: dice la Cassazione — per spiegare in cosa consista la razionalità cui il datore sarebbe vincolato — che il singolo lavoratore *non sarebbe obbligato ad una prestazione isolata in forza del contratto di lavoro, bensì egli sarebbe titolare di una posizione che, essendo inserita in una comunità, si deve « indefettibilmente » correlare ad ogni altra posizione, in una gerarchia ordinata e razionale*, pena la lesione della sua persona ¹⁰, con buona pace, dunque, delle pattuizioni collettive eventualmente ritenute irrazionali

⁶ Cfr. Tiraboschi, *Premesse per uno studio della giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in ALAR (Associazione Lavoro e Ricerche), *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1993, 31; Del Conte, *Lavoro autonomo e lavoro subordinato: la volontà e gli indici di denotazione*, in OLG, 1995 1, 66.

⁷ Cass. 17 febbraio 2000, n. 1773, in RIDL, 2000, II, 598 e mia nota, *ivi*, *Ma l'uso aziendale*, cit. 608; Castelvetti, *Una nuova prospettiva teorica per gli usi aziendali*, in ADL, 1997, n. 6, 161.

⁸ Cass. 8 luglio 1994, n. 6448, cit. Argomenta il collegamento tra le due tematiche, Liebman, *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1993, 60.

⁹ Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano, Napoli, 1969 e Id. *Impresa, rapporto di lavoro, continuità*, in RDC, 1969 e in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Jovene, Napoli, 1972, vol. V, parla di « rito magico » realizzato dall'evocazione giurisprudenziale della formula « inserimento nell'impresa ».

¹⁰ « *La stretta connessione dei rapporti* » — dice la Cassazione — « *induce a rifiutare opzioni ermeneutiche improntate ad una visione che, astraendo il lavoratore dalla comunità in cui opera, non faccia scaturire le necessarie conseguenze da scelte datoriali che, senza criteri di razionalità*

rispetto a quel concetto di ordinata gerarchia prescrittivamente concepita dal giudicante, quale ipotetica premessa maggiore del proprio sillogismo.

Gli obblighi del datore, dunque, non vengono ricondotti al programma del singolo contratto con ciascun dipendente, come integrato dalla legge e, eventualmente, dalla contrattazione collettiva; bensì essi risultano da quella gerarchia ordinata di regole e comportamenti che l'imprenditore stesso pone per governare l'azienda e le posizioni dei dipendenti tra loro correlate, col solo limite che quell'ordinamento sia, appunto, razionale. Ma non può sfuggire come la razionalità sia concetto subiettivo, dunque mutevole da giudice a giudice e come sia, alla fine, un giudizio di merito sul comportamento differenziatore, e non di legittimità¹¹.

Assumendo a presupposto del giudizio la logica contrattuale, invece, l'eventuale indivisibilità degli interessi dei lavoratori, di cui il datore di lavoro deve tenere conto, non può che discendere dal carattere tipicamente *organizzato* delle prestazioni di lavoro¹² mentre la tendenziale uniformità dei loro trattamenti è dovuta in considerazione del principio di libertà di cui all'art. 39 Cost., che ammette la dialettica sindacale come unica forma di composizione del conflitto collettivo (cioè tra imprenditore e lavoratori collettivamente considerati): non solo non c'è bisogno di rifarsi all'ottica comunitaria per pervenire alla decisione, ma soprattutto, essa non ha giustificazione positiva; dunque l'*obiter dictum* riferito segnala solo che il giudice ha posto, indebitamente, le premesse per eventuali future decisioni in tal senso.

4.1. In un altro caso, riguardante quelle prassi unilaterali che la giurisprudenza denomina usi aziendali¹³, l'estensore, per pervenire ad un risultato più linearmente conseguibile alla stregua del diritto positivo e soprattutto alla luce di un precedente cui pure afferma di conformarsi¹⁴, utilizza una concezione culturale anticontrattuale del rapporto di lavoro. In un passo della pronuncia, infatti, si parla della « *necessaria coesione dei rapporti di lavoro all'interno dell'azienda determinata dall'identità dell'organizzazione* », i cui riflessi si produrrebbero immediatamente sul piano delle fonti di regolamentazione del rapporto di lavoro: donde la svalutazione del ruolo del contratto individuale, « *ridotto quasi esclusivamente alla costituzione del vincolo* », sottolineandosi con enfasi la « *specificità* » dell'inserimento della persona fisica nell'organizzazione creata e gestita dall'imprenditore¹⁵.

alcuna, lo penalizzano rispetto ad altri membri della stessa comunità versanti in identiche condizioni, e finiscano così per tradursi in una lesione della sua 'persona' ».

¹¹ Castelvetti, *Riduzioni di personale e "principio di razionalità"*, in *MGL*, 1999, 8-9, 940.

¹² Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, *passim*.

¹³ Cass. 1773/2000, *cit*.

¹⁴ Cass. 6990/1996, in *GC* 1997, I, 257, e in *MGL*, 1997, 7, con note adesive di Liebman, « *Usi aziendali* », *volontà negoziale dell'imprenditore e autonomia collettiva*, in *GC*, 1997, I a e Id., *Ancora in tema di usi aziendali e contrattazione collettiva*, in *MGL*, 1997.

¹⁵ Una ragionata rassegna critica sugli orientamenti in materia di usi aziendali, in Gandi, *Usi aziendali: prime conferme al revirement della Cassazione*, in *OGL*, 2000, 3, 2000.

Tra le conseguenze derivanti della conclusione del contratto di lavoro vi sarebbe — secondo la Corte — l'assoggettamento del rapporto alle *fonti sociali* (art. 1374 cod. civ.: sull'integrazione del contratto secondo la legge, gli usi e l'equità), così qualificate « *perché non sono espressione di funzione pubblica, ma neppure realizzano meri interessi individuali* ».

La Corte le definisce « *atti generali, espressione di autonomia negoziale diretta a realizzare un'uniforme disciplina dei rapporti nei confronti della collettività impersonale dei lavoratori di un'azienda* » e ricomprende tra queste fonti sociali i contratti collettivi; il regolamento aziendale, adottato unilateralmente dal datore di lavoro nell'esercizio del suo potere di iniziativa economica; e, infine, l'uso aziendale, « *quale fatto-fonte rientrante tra i casi in cui la legge considera irrilevante la volontà dell'autore di un comportamento, poiché non (lo) ammette ... a provare l'inesistenza nel caso concreto di un intento negoziale* ».

Insomma, di fronte a tali espressioni, che non sembrano giustificarsi positivamente, vale la pena di verificare perché, malgrado le ripetute, noiose, apparentemente superflue dichiarazioni di fede contrattualista, i giudici ricorrono, consapevolmente o no, a schemi logici o concettuali ispirati alle teorie anti-contrattuali.

5. La contrapposizione — tra chi identifica la fattispecie del diritto del lavoro nel contratto e chi, invece, collega gli effetti protettivi alla situazione di debolezza economico-sociale (conseguente all'inserimento del lavoratore nell'impresa) — si è manifestata in Italia negli anni Trenta, per l'influenza della dottrina tedesca, perché nell'ordinamento germanico la teoria istituzionale ha giustificazioni non solo culturali, ma anche normative. Nel 1939, Barassi segnalava un emergente orientamento condizionato dal « *dinamismo fascista* » che negava l'origine e la natura contrattuale del rapporto di lavoro, fondandosi su alcuni spunti della legislazione protettiva e assicurativa per la quale gli effetti protettivi si collegavano direttamente all'occupazione, cioè riguardavano l'ambito degli occupati, o il numero dei lavoratori presenti in azienda. Per suo conto, confermava la fedeltà alla tradizione, come argine all'effetto scardinate dei principi corporativi rispetto a quelli dell'eguaglianza formale e dell'autonomia negoziale iscritti nella fattispecie come contratto tipico ¹⁶.

Tra le due guerre, gran parte della nostra dottrina abbracciò la concezione organicistico-comunitaria, in antitesi con la tradizione romanista. A prevalere tra le altre è un'opinione moderata ¹⁷ espressa prima della redazione del codice, dunque senza sostegni positivi: i due concetti di istituzione e contratto sono per essa compatibili, perché per accedere all'istituzione/impresa ci vuole un contratto ancorché di adesione « *all'ordinamento ... preconstituito* », ai cui fini il lavoratore subordina il proprio egoistico interesse e vincola la propria condotta, « *tanto più che un vincolo di questa, in diverso grado, è l'effetto proprio*

¹⁶ Barassi, *Il « rapporto di lavoro » e la sua contrattualità*, in *DL*, 1939 I, 67 e 76.

¹⁷ Greco, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Utet, Torino, 1939, vol. VII, 159-165.

e caratteristico di ogni contratto ». Ben più esplicitamente anticontrattuali e con minor seguito furono invece altre dottrine¹⁸.

Ma il problema ancora attuale, perché di diritto posto, è quanto abbia influito sulla redazione del codice civile la cultura a-contrattualista. A mio parere, essa non ha influito per nulla se non suggerendo ai codificatori di coprire l'impianto limpidamente contrattuale con formulette gratificatorie per il regime (la solidarietà corporativa, l'interesse superiore della nazione e poco più) e di formulare furbescamente, allo stesso scopo, le disposizioni che definiscono i soggetti del rapporto di lavoro: artt. 2086 e 2094.

L'art. 2086 cod. civ., che qualifica l'imprenditore come capo dell'impresa, da cui « dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori », ha costituito lo spunto principale per argomentare il fondamento giuridico della teoria comunitaria ispirata al modello germanico della *comunità* d'impresa e di lavoro perché i termini lì usati evocano la *struttura gerarchica* composta dal capo e dai suoi subordinati che è stata ritenuta *coerente ai principi autoritari* dell'ideologia fascista.

Al riguardo, ha avuto molto peso l'opinione di Francesco Santoro Passarelli¹⁹, per il quale la norma costituiva effettivamente un omaggio (anche se temperato) alla concezione istituzionale, avendo (soltanto) lo scopo di sanzionare il valore della solidarietà corporativa entro l'organizzazione di lavoro (senza significati prescrittivi, dunque). Interpretazione, a mio parere, basata più che sul testo dell'art. 2086, sulle dichiarazioni del guardasigilli nella relazione al libro V, secondo le quali, la disciplina del lavoro nell'impresa avrebbe avuto la struttura organica di un ordinamento cui il lavoratore si sottopone per il solo fatto dell'inserimento nell'organizzazione produttiva: il dato letterale, in verità, non dice nulla del genere e l'interpretazione non può basarsi su dati extratestuali²⁰. Del resto, poiché non c'era una definizione espressa di contratto di lavoro, le raffinatezze definitorie dei codificatori potevano passare inosservate, almeno nella Relazione.

E poi, sempre secondo il Conte Grandi, relatore, anche la formula « alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore », di cui all'art. 2094, tradurrebbe sostanzialmente il concetto germanico dell'*Eingliederung*, ovvero dell'inserzione nell'impresa, onde, sia il prestigio dell'opinione interpretativa di Santoro Passarelli sia l'uso ermeneutico della relazione al Codice hanno consentito sporadicamente alla dottrina di argomentare la concezione istituzionale, malgrado la mancanza di supporti positivi e alla giurisprudenza di mascherare con essa decisioni non limpidamente conseguibili con la fedeltà al sistema.

¹⁸ Miglioranzi, *Il rapporto di lavoro subordinato come inserzione nell'ordinamento gerarchico dell'azienda*, in *DL*, 1940, 126.

¹⁹ Santoro Passarelli F., *L'impresa nel sistema di diritto civile*, in *RDComm*, 1942, I, 376 e in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, II, 957.

²⁰ Mengoni, *Contratto e rapporto nella recente dottrina italiana*, in *Rsoc*, 1965, 680-681; Teti, *Codice civile e regime fascista*, Giuffrè, Milano, 1990, 6; Caprioli, *Questioni di paternità*, in *LD*, 1995, 389.

6. Infatti, nel secondo dopoguerra, si sono avuti alcuni ritorni di fiamma della teoria, specialmente per teorizzare la funzionalizzazione dell'impresa ad un interesse superiore a quello delle parti: essi furono definitivamente rintuzzati da celebri saggi di Gustavo Minervini e Luigi Mengoni²¹, ciò che non ha impedito alle concettualizzazioni proprie di quelle teorie di continuare ad avere una certa fortuna, sempre sulla base di una sorta di legittimazione culturale. È stato condivisibilmente rilevato come le suggestioni istituzionali si ripropongano « costantemente allorché si tratti di giustificare l'esistenza di posizioni di supremazia di privati su privati »²².

Che il rapporto di lavoro nasca da un contratto è un dato ormai acquisito nella cultura giuslavoristica già alla fine degli anni Cinquanta, nel senso che nessuno nega il dato positivo, anche se alcuni autori attenuano la logica scambistica per mettere in luce — come più significativi — aspetti del rapporto strettamente legati all'organizzazione di lavoro o alla debolezza del lavoratore che ne fa parte²³.

Nel contesto della dualità concettuale cui più o meno attinge la miglior dottrina degli anni Sessanta (per la quale il rapporto nasce dal contratto, mentre alcune posizioni soggettive delle parti non sono riconducibili ad esso), si affaccia e viene coltivata l'idea che trasforma il dato sociologico della debolezza (potenziale e di fatto) del lavoratore subordinato nel contrattare le condizioni di lavoro, (sicuramente alla base dell'intento politico protettivo della legislazione)

²¹ Minervini, *Contro la « funzionalizzazione » dell'impresa privata*, in *RDC*, 1958, I, 631; Mengoni, *op. cit.*, 1965, 682.

²² Buoncristiano, s.d. *I poteri del datore di lavoro*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno, Utet, Torino, vol. 15 Id., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova, 1986, 186 ss. e 197 ss.)

²³ Cfr. Scognamiglio, *Diritto del lavoro. Parte generale*, ristampa, Jovene, Napoli, 1984, ma già Id, *Lezioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1963. Per Suppiej, *La struttura del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1963, II, 69 ss., il contratto di lavoro fa sorgere il potere direttivo in capo all'imprenditore e il dovere di obbedienza in capo al lavoratore, mentre le singole obbligazioni di lavoro attendono « per costituirsi che il datore di lavoro impartisca delle disposizioni per l'esecuzione del lavoro »; per Hernandez *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1968, l'origine del rapporto è sì nel contratto, ma i poteri dell'imprenditore gli sono attribuiti dalla legge per il perseguimento dei suoi fini mediante l'organizzazione aziendale, onde i riferimenti all'interesse e alle esigenze delle imprese debbono leggersi come limiti interni ai poteri stessi. Per Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957, la concezione contrattuale del rapporto patisce una deroga organicistica (solo) riguardo alla responsabilità disciplinare del lavoratore. Propongono versioni socio-economiche della subordinazione: Romagnoli, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, Milano, 1967; Mazziotti, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1974; Santoni, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, Napoli, 1979; Mariucci, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1979. Secondo Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, Giuffrè, Milano, 1996, volume XXVII, tomo 1, 206, elemento decisivo della subordinazione è l'alienazione del risultato e dell'organizzazione del lavoro, quale elemento pregiudiziale « che segna la pertinenza della prestazione di lavoro all'organizzazione che la utilizza ».

in argomento ermeneutico e poi in concetto costruttivo dogmatico: come dice De Luca Tamajo²⁴, questa debolezza è « un dato giuridico-istituzionale ». Dunque, a metà degli anni Settanta, pur dopo l'emanazione dello Statuto dei lavoratori (peraltro unanimemente ritenuto un intervento esaltatore della contrattualità, per via dei limiti che impone a poteri di mero fatto), il lavoratore è, per una parte della dottrina, un soggetto contrattuale, *ma* istituzionalmente debole, cioè *giuridicamente* debole: come mai?

La spiegazione di tale dottrina è che il ricorrente impiego di norme inderogabili, che deprimono il rilievo della volontà, sostituendo ad essa i minimi di trattamento legali, segnala una giustificazione generale (una *ratio*) delle norme del diritto del lavoro, che sarebbe la protezione di un soggetto giuridicamente incapace di determinarsi²⁵.

Ovviamente, la teorica del contraente debole va di pari passo con la depressione del principio volontaristico e implica sempre (cioè in ogni caso concreto) il disconoscimento del potere (o della volontà) contrattuale del lavoratore, essendo sanzionata dall'ordinamento la sua posizione di inferiorità giuridica, rispetto alla controparte, come dicono, con vari *distinguo* i manuali e, senza sfumature, gli studenti.

7. In questa logica e in questo periodo, che arriva fino alla metà degli anni Ottanta, sia per la perdurante influenza degli assiomi della cultura istituzionistica sia per la diffusa adesione alla dottrina del contraente (giuridicamente) debole, si comprende come la giurisprudenza, anche nel procedimento qualificatorio, prescinda completamente dalla ricerca della volontà delle parti, basandosi essenzialmente su dati sintomatici consolidati nel tempo, fondando spesso la qualificazione del rapporto come di lavoro subordinato sulla dipendenza, quale sinonimo di inserimento nell'azienda (in coerenza con la relazione al Codice, dopo tutto) o di sottoposizione al coordinamento spazio-temporale: è pacifico, però, che l'inserimento anche continuativo nella realtà organizzativa predisposta dal datore di lavoro, così come il coordinamento spazio-temporale, non sono esclusivi della prestazione subordinata²⁶.

I cosiddetti criteri per accertare la subordinazione e gli indici (o indizi) che la giurisprudenza ha via via elaborato, peraltro, vengono messi in crisi dalla crescente diffusione di forme di collaborazione cosiddette di confine: alcune sono nuove (i *d.j.*, il personale dei villaggi turistici, i moto-messaggeri) e altre

²⁴ De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976.

²⁵ « La debolezza del prestatore, lungi dall'esaurirsi nella sua peculiare collocazione socio-economica e nella correlativa situazione di *sotto-protezione sociale*, trova ulteriore alimento nel dato, peraltro *istituzionalizzato dall'ordinamento*, della subordinazione all'altrui potere decisionale e organizzativo »: De Luca Tamajo, *op. cit.*, 55, *contra*, Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981, 212; sulle conseguenze della meccanica applicazione di un principio generale di limitazione dell'autonomia negoziale connesso all'inderogabilità, Ichino, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989, 26-29.

²⁶ Ancora Ichino, *op. cit.*, e Del Conte, *op. cit.*, 1995.

no, sebbene possano essere svolte anche attraverso forme di collaborazione non subordinata, magari per effetto di esternalizzazioni di servizi, ciò che le rende difficilmente classificabili secondo i criteri tradizionali.

Onde, soprattutto a partire dagli anni Ottanta, la giurisprudenza, e in corrispondenza la dottrina, inaugurano una stagione di rivalutazione della volontà, sul presupposto sostanziale che, potendosi dedurre qualsiasi attività di lavoro nelle due forme, per decidere, specialmente nei casi in cui la posizione socio-professionale del lavoratore non sia debole sul mercato, bisogna ricercare la comune intenzione dei contraenti, mediante l'analisi del loro comportamento²⁷; con le note contrapposizioni di orientamento che, in dottrina hanno avuto una sessione di discussione molto accesa nel 1991, al Congresso annuale della comunità giuslavoristica.

L'attualità è nota, bastando rinviare alle rassegne più recenti che sviluppano analiticamente percorsi e orientamenti in tema di qualificazione, confrontandoli con quelli più risalenti²⁸.

A prescindere dal profilo qualificatorio, però, la giurisprudenza offre altri spunti per dubitare della prevalenza schietta dell'opzione contrattuale: ciò vale, ad esempio, per le controversie relative a patti per modificare l'oggetto della prestazione di lavoro, che l'art. 2103 cod. civ. disciplina secondo modalità (sanzione della nullità) e giustificazioni (tutela della dignità e professionalità del lavoratore) che i giudici traducono, qualche volta, in termini incompatibili con la logica del comune consenso, approdando a soluzioni che sacrificano il principio volontaristico o negano di principio o di fatto, l'autonomia contrattuale del lavoratore.

Naturalmente non mi riferisco ai patti peggiorativi subiti dal lavoratore, ai quali il lavoratore non reagisce per timore del peggio, e che sono l'unico oggetto della disciplina contenuta nell'art. 2103, perché sono puri e semplici sconfinamenti illegittimi dello *jus variandi*, fuori dei limiti dettati dall'art. 2103 e, come tali, fulminati con la nullità; infatti, secondo un'opinione risalente²⁹ « la dequalificazione consensuale non è disciplinata dall'art. 2103 », dovendosi riconoscere che il suo secondo comma, nel vietare i patti contrari, ha « né più né meno (lo stesso) oggetto del primo »³⁰.

Si tratta, dunque, dei patti peggiorativi nell'interesse del lavoratore. Quelli, per i quali il passaggio a mansioni non equivalenti o a mansioni inferiori costituisce la condizione per ottenere una situazione per qualche aspetto vantaggiosa: il mantenimento del posto, prima di tutto, ma anche una sede più gradita, ad esempio, oppure un lavoro meno rischioso, ovvero di minore responsabilità o più adeguato allo stato di salute o alla effettiva professionalità.

²⁷ Trib. Milano, 18 gennaio 1995, in *OGI*, 1995, 1, 73. Una delle prime pronunce in tal senso: Cass. 24 gennaio 1987, n. 685, in *FI*, 1988, I, 220.

²⁸ Menghini, *op. cit.*, Ichino, *op. cit.*

²⁹ Assanti, *sub art. 13*, in Assanti, Pera, *Commento allo statuto dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1972, 141.

³⁰ *Contra* Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, 187, nota 81.

In questi casi, i giudici, in coerenza con la teorica del contraente giuridicamente debole, per la quale la tecnica dell'inderogabilità esprime la « vocazione dell'ordinamento a contrapporsi al principio della libertà contrattuale »³¹, e soprattutto in passato, i giudici rispondevano nel senso della nullità del patto, come in ogni ipotesi di demansionamento, considerando quest'ultimo, in sé, l'obiettivo vietato, perché lesivo della dignità del lavoratore³².

Ragionamenti e argomentazioni che, proprio perché imperniati sulla debolezza giuridica, cioè sulla negazione della volontà (del lavoratore) e della libertà contrattuale, conseguono, però, risultati irrazionali nei casi in cui, anziché neutralizzare l'eventuale debolezza socio-economica del lavoratore attraverso accurate indagini di fatto per ricostruirne la volontà negoziale, ne presuppongono semplicisticamente l'irrilevanza³³: tutto ciò, nonostante l'art. 2103 cod. civ. sia pacificamente ritenuto strumento di valorizzazione e non di sacrificio della volontà e degli interessi del lavoratore³⁴.

Ciò che è criticabile in certe decisioni, dunque, è l'inadeguata ricostruzione della volontà delle parti, la quale, per corrispondere al dettato di legge (art. 1362 cod. civ. commi 1 e 2), deve accertare il significato obiettivo degli accordi intervenuti, non solo sulla base dei criteri di interpretazione globale, ma anche sulla base delle particolari circostanze che nel rapporto di lavoro possono escludere, malgrado l'acquiescenza del lavoratore, il perfezionarsi del consenso modificativo³⁵.

Il senso del discorso critico, in sostanza, è che i presupposti culturali (e dunque i valori cui essi si ispirano) influiscono inevitabilmente sull'argomentazione (dei giudici e della dottrina): non sono né buoni né cattivi, né, in linea di principio, progressisti o conservatori. Però è necessario essere consapevoli di come essi influiscono sul ragionamento giuridico, senza prendere per buone le dichiarazioni di fede, dei giudici e dei dottori: quando l'argomentazione si esprime in dichiarazioni di fede o di metodo, c'è da attendersi, molte volte, un *non sequitur*.

³¹ De Luca Tamajo, *op. cit.*, 46; segnala il vizio costruttivo della materia Spagnuolo Vigorita, *op. cit.*, 58, 63.

³² Cass. 19 giugno 1987, n. 5388, in *GC Mass* 1987, fasc. 6; Cass., 23 gennaio 1988 n. 539, in *NGL*, 1988, 313; Cass. 1 giugno 1983 n. 3753, *GC Mass*, 1983, fasc. 6; Cass., 16 aprile 1984 n. 2471, *ivi* 1984, fasc. 3-4.

³³ Nannipieri, *L'accordo sulle mansioni inferiori*, in *RIDL*, 2002, I.

³⁴ La negazione (non formale, ma sostanziale) della volontà contrattuale poi, raggiunge esiti contraddittori anche in altri casi, anche più paradossali, rispetto, ad esempio, alle pattuizioni migliorative: cfr., ad es., T. Torino 3 febbraio 2000, in *GPiem*, 2000, n. 2, 308.

³⁵ Smuraglia, *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1963, cap. IV; Patti, *Il rilievo della tolleranza nel rapporto di lavoro*, in *DL*, 1973, I, 405; Bettini, *Il consenso del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2001, 150.

DIRITTO COMUNITARIO, INTERNAZIONALE E COMPARATO

La codificazione del diritto del lavoro russo: problemi e prospettive

Olga Rymkevitch - Michele Tiraboschi

Sommario: **1.** Un diritto in evoluzione. — **2.** I presupposti teorico-concettuali della elaborazione del nuovo Codice del lavoro del dicembre 2001. — **3.** Il problema della ripartizione delle competenze legislative in materia di diritto di lavoro tra la Federazione Russa e i soggetti della federazione. — **4.** Struttura e contenuti del nuovo Codice del lavoro russo. — **4. 1.** *Segue:* il partenariato sociale, la rappresentanza degli interessi, la contrattazione collettiva e la partecipazione dei lavoratori. — **4. 2.** *Segue:* la disciplina del rapporto individuale di lavoro. — **5.** Conclusioni.

1. Nel corso dell'ultimo decennio la Federazione Russa è stata oggetto di radicali trasformazioni, che hanno riguardato non solo il tessuto socio-economico del Paese, ma anche il quadro giuridico-istituzionale di riferimento¹. Il cambiamento, come noto, è avvenuto all'insegna della liberalizzazione dei mercati, quale conseguenza del minor peso assunto dallo Stato nella pianificazione della economia e nella regolazione dei rapporti sociali. Meno noto, tuttavia, è come questo cambiamento abbia inciso sugli assetti normativi reali. Il consueto ricorso a espressioni quali « democrazia », « trasparenza », « pluralismo », « decentramento », « privatizzazione », « deregolamentazione », « internazionalizzazione » assume, con riferimento alla Federazione Russa, un valore meramente evocativo, ben esemplificato dal termine russo « *perestroika* » (letteralmente: « *ricostruzione* »), ma che, quantunque consenta di indicare con una certa precisione la direzione del cambiamento in atto, poco aiuta alla comprensione delle concrete dinamiche degli attuali assetti economico-sociali e giuridico-istituzionali del Paese.

* Olga Rymkevitch è collaboratrice del Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi » dell'Università di Modena e Reggio Emilia.

Michele Tiraboschi è professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Modena e Reggio Emilia.

Sebbene si tratti di una riflessione comune ai due Autori, a Olga Rymkevitch sono attribuibili i §§ 2, 3, 4, 5 e a Michele Tiraboschi il § 1.

¹ In tema cfr., in generale, Sil, *Privatization, Labor Politics, and the Firm in Post-Soviet Russia: Non-market Norms, Market Institutions, and the Soviet Legacy*, in Candland and Sil (eds.), *The Politic of Labour in a Global Age*, Oxford University Press, 2001, 205-232; Gimpelson, *Politicheskaya Ekonomiya Rossiyskogo Rinka Truda (Economia politica del mercato del lavoro russo)*, 2001, in <http://pubs.carnegie.ru/russian/>; Stiglitz, *Whither Reform? Ten years of transition*, *Annual Bank Conference on Development Economics*, Washington, April 28-30, 1999, <http://www.worldbank.org/knowledge/chiefecon/stiglitz.htm>; Hughes, Litght (eds.), *Russia Ten years After*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

La recente codificazione dell'intero diritto del lavoro russo costituisce, da questo specifico punto di vista, un angolo di osservazione privilegiato per evidenziare la situazione di profonda scollatura, che caratterizza l'attuale fase di cambiamento del Paese, tra l'evoluzione del dato legale e le logiche organizzativo-produttivistiche reali.

Una analisi di carattere meramente tecnico-formale del nuovo *Trudovoy Kodex Rossiyskoy Federazii* (letteralmente: « *Codice del lavoro della Federazione Russa* »), entrato in vigore nel febbraio 2002, condurrebbe inevitabilmente a descrivere un vero e proprio cambiamento di paradigma nell'ambito del diritto del lavoro e delle relazioni industriali, in linea con le generali tendenze evolutive sopra richiamate². Le norme e i principi in esso contenuti, come vedremo nel corso dei prossimi paragrafi, risultano infatti ispirati, almeno a una prima lettura, a una logica di complessiva liberalizzazione dei rapporti di lavoro, tale da ribaltare completamente l'impianto di iper-protezione eteronoma del prestatore di lavoro che emergeva dal vecchio *Kodex Zakonov o Trude* (letteralmente: « *Codice delle leggi del lavoro* », d'ora in poi *KZoT*) del 9 dicembre 1971 (entrato in vigore il 1 aprile 1972)³. Un codice che, secondo la dottrina⁴, bene rifletteva il carattere monopsonistico del sistema delle relazioni industriali e del diritto del lavoro russo, caratterizzati sino a tempi recenti per una piena negazione dei principi della economia di mercato.

A ben vedere, tuttavia, il nuovo quadro normativo potrebbe essere più propriamente inteso alla stregua di una tardiva presa d'atto di un ben più radicale e profondo mutamento, intercorso nella gestione concreta dei rapporti di lavoro, che trova il suo punto di inizio ben prima del crollo definitivo del regime sovietico collocabile, grosso modo, con la nomina (avvenuta nel corso del 1991) di Boris Eltzin a Presidente Federazione Russa⁵. Le numerose modifiche apportate, a partire dal 1992, al Codice del Lavoro del 1971 non sono state infatti sufficienti ad assecondare e dirigere il tumultuoso processo di cambia-

² Per un esauriente ricostruzione del quadro giuridico-istituzionale previgente cfr., per tutti, il classico studio di Kornai, *The Socialist System - The Political Economy of Communism*, Clarendon Press, Oxford, 1992, spec. 203-227 per i profili relativi al mercato del lavoro.

³ Sul quadro legale previgente cfr. Mavrin, *On Some Peculiarities and Problems of Russian Labour Law*, in *IJCLLIR*, 4/2001, spec. 399-404; Dedov, *Pravoe regulirovanie rinka truda* (Disciplina giuridica del mercato del lavoro), Moskwa, Stoglav-H, 2000; Smirnov, *Trudovoe pravo* (Diritto del lavoro), Moskwa, Prospekt, 2001; Krapivin, Vlasov, *Trudovoe korporativnoe pravo* (Diritto del lavoro corporativo), Norma, Moskwa, 2000; Clarke, *Labour in Post-Soviet Russia*, in Hughes, Litght (eds.), *Russia Ten years After*, Oxford University Press, Oxford, 2002; Clarke, *New Forms of Labour Contract and Labour Flexibility in Russia*, *Economics of Transition* 7, 3, 1999, 563-614; Clarke, *Labour Relations in Transition*, Cheltenham, Edward Elgar, 1996.

⁴ Mavrin, *Rinok truda e trudovoe pravo: problemi uridicheskoi terminologii* (Mercato e diritto del lavoro: problemi di terminologia giuridica), bozza in corso di pubblicazione, nei tempi dell'URSS lo Stato era l'unico datore di lavoro e quindi il diritto del lavoro e il sistema di relazioni industriali in generale ben poteva essere considerato un classico esempio di monopsonia.

⁵ Per la ricostruzione storica del crollo del regime sovietico cfr. in particolare Caselli, Pastello, *La caduta dell'URSS e il processo pacifico di transizione: un paradosso apparente*, Europa Europe IV (1), Edizioni Dedalo, 1997; Clarke (ed.), *Management and Industry in Russia: Formal and Informal Relations in the Period of Transition*, Cheltenham, Edward, Elgar, 1995.

mento in atto, tanto da dare corpo a una gravissima deregolamentazione strisciante dei rapporti di lavoro, che, anche a causa della debolezza del movimento sindacale ⁶, ha finito con lo svalutare completamente il dato legale di riferimento ⁷.

A partire dal 1991, la legislazione in materia di mercato del lavoro è stata infatti sostanzialmente disattesa dagli operatori economici ⁸. Circostanza questa che ha contribuito alla creazione di un mercato sommerso e parallelo del lavoro, imperniato su logiche di regolazione dei rapporti di lavoro sistematicamente *contra legem* e secondo tassi di evasione del dato legale di dimensioni cospicue soprattutto se comparate con il « regime » di piena occupazione e sostanziale inesistenza di lavoro nero propri del sistema sovietico ⁹.

Tabella 1: *Salari invisibili*

Salari invisibili	1993	1994	1995	1996
In trilioni di rubli	9.1	52.0	170	250
In percentuale del PIL	5	9	10	11

Fonte: *Ekonomika i zizn*, 9 marzo 1997

Le conseguenze di questa situazione socio-economica sono note. Il crollo del ruolo regolatorio dello Stato e la ineffettività del sistema fiscale hanno provocato non solo una drastica riduzione dei salari, ma anche la nascita di un fenomeno del tutto nuovo per la realtà sovietica: la disoccupazione di massa ¹⁰. Vero è, peraltro, che l'evoluzione del mercato del lavoro russo presenta oggi

⁶ Cfr. Ashwin, Clarke, *Russian Trade Unions and the Industrial Relations in Transition*, Basingstoke and New York, Palgrave, 2002; Sil, *Privatization, Labor Politics, and the Firm in Post-Soviet Russia: Non-market Norms, Market Institutions, and the Soviet Legacy*, cit., 206-220; Cook, *Labour and Liberalisation: Trade Unions in the New Russia*, New York, The Twentieth Century Fund Press, 1997; Clarke, Fairbrother, Borisov, *Does Trade Unionism have a Future in Russia*, *Industrial Relations Journal* 25, 1, 1994, 15-25.

⁷ Sulla crisi di legalità che ha caratterizzato la fine del sistema sovietico cfr., in particolare, Kolev, *Labour Supply in the Informal Economy in Russia during Transition Period*, Discussion paper series, no. 2024, 1998, 3; Sil, *Privatization, Labor Politics, and the Firm in Post-Soviet Russia: Non-market Norms, Market Institutions, and the Soviet Legacy*, 231-232.

⁸ Sulla progressiva ineffettività del dato formale di legge cfr. Mironov, *Analysis of Legal Regulation of labour in the Russian Federation (memorandum)*, *International Conference on Social And Labour Issues: Overcoming Adverse Consequences of the Transition Period in the Russian Federation*, Moskow, 6 October, 1999, <http://www.hro.org/ngo/duma/35/index.htm>.

⁹ Kolev, *op. cit.*, 5.

¹⁰ Per una valutazione del fenomeno della disoccupazione e della insicurezza del lavoro cfr. Standing, *Russian Unemployment and Enterprise Restructuring: Reviving Dead Souls*, Basingstoke, Macmillan, 1996; Ivanov, *Labour Law of Russia in the Transition from the Planned to the Market Economy*, in Blanpain, Nagy (ed.), *Labour Law and Industrial Relations in Central and Eastern Europe (from Planned to Market Economy)*, in *Bulletin of Comparative Labour Relations*, n. 31/1996, 135; Cazes, Nesporova, *Towards excessive job insecurity in transition economies?*, *Employment Paper* 2001/23, <http://www.oit.org>; Tchetvernina, Moscovskaya, Soboleva, Stepanchikova, *Labour market flexibility and employment security, Russian Federation*, *Employment Paper* 2001/31, <http://www.oit.org>.

tratti caratterizzanti che lo distinguono, per taluni profili di particolare rilievo, da quello degli altri Paesi con economia di transizione, primi tra tutti quelli dell'Europa centro-orientale.

In dottrina non esiste un consenso unanime in merito alle ragioni di questa marcata differenziazione, anche se da più parti è stato convincentemente rilevato come in Russia sia mancata, sino a oggi, l'adozione di una vera e propria terapia *schok*, analoga a quella intrapresa ad inizio degli anni Novanta, con riforme di portata epocale¹¹, in Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca e Slovacchia¹².

Con specifico riferimento alle riforme del mercato del lavoro, in particolare, il Governo russo ha infatti per lungo tempo preferito adottare un approccio *soft* se non proprio attendista¹³, e solo recentemente, proprio con la nuova codificazione del diritto del lavoro, ha inteso avviare un reale processo di modernizzazione e adattamento dei rapporti di produzione teso a colmare la profonda frattura tra dato legale e realtà socio-economica di riferimento.

2. Il nuovo Codice del lavoro è stato approvato dal Consiglio della Federazione Russa (*Soviet Federazii*) il 26 dicembre 2001 e, una volta ratificato dal Presidente della Federazione Russa Vladimir Putin il 30 dicembre dello stesso anno, è entrato formalmente in vigore nel febbraio del 2002.

Il problema della adozione di un nuovo Codice del lavoro è diventato oggetto di un acceso confronto tra il Governo e le parti sociali a partire già dal 1994 durante il Governo di Chernomyrdin. Nel corso del dibattito parlamentare sono stati presentati alcuni progetti di legge, profondamente diversi tra di loro¹⁴, mentre presso il Ministero del lavoro della Federazione Russa è stata

¹¹ Sulle riforme e cambiamenti che recentemente caratterizzato i Paesi del centro-est europa cfr. Orenstein, Hale, *Corporatist Renaissance in Post-communist Central Europe?*, in Candland and Sil (eds.), *The Politic of Labour in a Global Age*, Oxford University Press, 2001; Stiglitz, *Whither Reform? Ten years of transition*, Annual Bank Conference on Development Economics, 1999, <http://www.worldbank.org/knowledge/chiefecon/stiglitz.htm>; Belina, *Labour Law and Industrial Relations in the Czech Republic*, in Blanpain, Nagy (ed.), *Labour Law and Industrial Relations in Central an Eastern Europe (from Planned to Market Economy)*, in *Bulletin of Comparative Labour Relations*, n. 31/1996, 53-67; Nagy, *Transformation of Labour Law and industrial relations in Hungary*, *ibidem*, 67-85; Sewerynski, *Changes in Polish Labour Law and industrial relations during the period of the post communist transformation*, *ibidem*, 85- 109; Barancova, *Labour Law in the Slovak Republic, Present Situation and Future Trends*, *ibidem*, 139-157; Hèthy, *Riconciliazione tripartite degli interessi e (possible) patto sociale. Il caso ungherese*, in *q. Rivista*, 141-158; Weiss, *Il diritto del lavoro nei paesi del Sud-Est Europa: un modello per la ristrutturazione*, in *q. Rivista*, 145-149.

¹² Sul punto cfr., per tutti, J.E. Stiglitz, *Whither Reform*, *World Bank*, Annual Bank Conference of Development Economics, 3; Burawoy, *Transition without Transformation: Russia's Involuntary Road to Capitalism*, <http://sociology.berkeley.edu/faculty/burawoy/index.html>; *Id.*, *Transition without Transformation: Russia's Descent into capitalism*, *ivi*; *Id.*, *The Great Involution: Russia's Response to the Market*, *ivi*.

¹³ Cfr. Gimpelson, *op. cit.*, 17.

¹⁴ I testi dei progetti di legge sono reperibili al sito internet: <http://www.e-xecutive.ru> <http://www.hrighs.ru/laws/law28.htm#1>.

Per un quadro critico cfr. Cfr. Mironov, *Social and Labour Sphere: Overcoming the Negative*

istituita una commissione *ad hoc* di esperti, composta da rappresentanti del governo, dei sindacati più rappresentativi e da alcuni esperti di diritto del lavoro di cultura anglofona, incaricata di redigere un progetto unico di matrice governativa anche grazie al sostegno finanziario di taluni Paesi occidentali.

Già questo elemento contribuisce a evidenziare l'impianto complessivo del nuovo codice, largamente ispirato a una logica di sostanziale deregolamentazione nei rapporti di lavoro. Particolare enfasi viene posta sul contratto individuale di lavoro, mentre fortemente circoscritta è la funzione regolatoria del sindacato, anche in ragione della estrema frammentazione e fragilità del movimento sindacale dopo il crollo del monopolio del sistema sindacale sovietico caratterizzato per lo stretto legame — ma in realtà sarebbe meglio dire vera e propria simbiosi — tra sindacato e partito comunista. I sindacati alternativi sono apparsi solo dopo la *perestroika*. Oggi la pletora di sindacati emersi dopo il crollo del sistema sovietico si è consolidata e le principali sigle sindacali si sono aggregate in un sindacato unico, denominato *Federazione dei Sindacati Indipendenti della Russia*, che ha ereditato tutti i privilegi garantiti dallo Stato sovietico al suo predecessore¹⁵.

Rispetto alla codificazione precedente assume ora un ruolo preponderante il profilo privatistico della materia, che tuttavia non perde alcuni connotati di matrice pubblicistica¹⁶, di modo che pare confermata la configurazione della materia come una branca autonoma dell'ordinamento giuridico¹⁷. Cambia tuttavia lo spirito che anima la codificazione del lavoro, che non risulta più ispirata alla istanza di regolamentazione egemonica e totalizzante dei rapporti di lavoro da parte dello Stato. L'apertura alla autonomia negoziale privata è infatti uno dei dati nuovi che caratterizzano il codice del lavoro, anche se, come detto, l'enfasi è posta sulla autonomia negoziale individuale e non collettiva. Non è mancato, anzi, chi ha colto nel tentativo di sostituire le regole di tipo eteronomo con le regole della autonomia negoziale privata un segno della tendenza a ricondurre — come sostenuto in precedenza da parte della dottrina — il diritto del lavoro nell'ambito del diritto civile¹⁸. La dottrina prevalente nega però tale configurazione della materia e ricorda che, anche se teoricamente è possibile collocare il contratto di lavoro tra i contratti civili, rimarrà pur sempre un contratto particolare sottoposto a regole *sui generis*¹⁹.

Consequences of the Transition Period in RF, International Conference, Moscow, 6 October 1999.

¹⁵ Cfr. Rudocvas, *Trade Unions and Labour law in a Modern Russia*, in *IJCLLIR*, 4, 2001, 407-423 che rileva peraltro come il sindacato goda oggi di ben poca considerazione da parte dei lavoratori e della opinione pubblica.

¹⁶ Cfr. Kiselev, *Zarubezhnoe trudovoe pravo (Diritto di lavoro straniero)*, Mosckwa, Norma-Infra, 1999, 11.

¹⁷ Cfr. Mavrin, *On Some Peculiarities and Problems of Russian Labour Law*, in *IJCLLIR*, *IJCLLIR*, 4, 2001, spec. 399.

¹⁸ In questo senso cfr. Pashkov *et al*, *Pravovedenie* 2, S. Peterburg 1997, 6 ss., che parlano di « giustizia storica » stante la matrice civilistica del diritto del lavoro russo.

¹⁹ Mavrin, *Rinok truda e trudovoe pravo*, cit., 135.

3. La ripartizione delle competenze legislative tra la Federazione Russa e i « *subiectami federazii* » (letteralmente: « i soggetti della federazione ») ha rappresentato uno dei punti più critici della nuova codificazione del diritto del lavoro, in ragione del fatto che la Federazione Russa ha un'esperienza federale in senso proprio relativamente recente.

Prima dell'inizio della « *perestroika* », l'Unione Sovietica era infatti composta da quindici repubbliche (paragonabili per competenze alle regioni italiane, prima della recente riforma federale di cui alla legge costituzionale n. 3/2001), tutte soggette al Governo centrale di Mosca e, dunque, sostanzialmente prive di competenza legislativa. Il codice del lavoro del 1971 trovava sostanziale applicazione in tutte le quindici repubbliche, con alcune marginali differenziazioni. L'assenza di una propria sovranità in capo alle singole repubbliche che componevano l'Unione sovietica spiega perché il profilo della ripartizione delle competenze legislative tra lo stato federale e le sue articolazioni territoriali non abbia mai trovato alcun spazio di riflessione e operatività.

Attualmente, tuttavia, dopo lo smembramento delle quindici repubbliche ex sovietiche, la Federazione russa (che coincide territorialmente con la vecchia Repubblica russa) risulta composta da ben ottantanove « soggetti », con proprie competenze legislative, tra cui la aree metropolitane di Mosca e di San Pietroburgo, alcune ex repubbliche sovietiche (Cecenia, Bashkirstan, Kalmikiya, Dagestan, Komi ecc.) e altre quattro diverse tipologie di aggregati territoriali, grosso modo assimilabili alle regioni e province italiane, alcune delle quali caratterizzati per un proprio statuto speciale.

Con specifico riferimento alla materia del lavoro, l'articolo 72 della Costituzione del 12 dicembre 1993 si limita a disporre che il diritto del lavoro è oggetto di una competenza legislativa concorrente tra la Federazione Russa e i « *subiectami federazii* ». Nella Costituzione russa mancano tuttavia disposizioni specifiche volte a disciplinare la ripartizione di competenze tra federazione e singoli « soggetti », di modo che le competenze legislative in materia di lavoro rappresentano uno dei profili più problematici del nuovo quadro giuridico-istituzionale.

A questo proposito, l'articolo 12 della legge federale del 1999, contenente « *Principi e modalità della delimitazione delle aree di competenza dell'amministrazione e dei poteri tra gli organi statali della Federazione Russa e organi statali dei soggetti della Federazione* », si era limitata a stabilire che tutte le leggi e gli altri atti legislativi emanati dai « *subiectami federazii* » devono risultare conformi alle leggi federali, senza tuttavia portare alcun chiarimento in merito ai criteri di ripartizione delle competenze²⁰. Da questo punto di vista il nuovo Codice del lavoro costituisce un notevole punto di progressione del dibattito

²⁰ Ciò vuol dire che i « soggetti » della federazione dovrebbero legiferare rispetto alle materie non stabilite da codici o da leggi federali, ma non attraverso l'adozione dei nuovi codici. Le leggi emanate dai « soggetti » della federazione devono trovare una autonoma copertura finanziaria e, in ogni caso, non devono risultare in contraddizione con leggi federali, decreti del presidente della federazione, del governo e degli altri organi esecutivi a livello federale. Sul punto cfr., Mironov, *Analysis of Legal Regulation of labour in the Russian Federation (memorandum)*, cit.

sulla ripartizione delle competenze della federazione. L'articolo 6 del Codice del lavoro stabilisce, infatti, con estrema precisione su quali aspetti possono legiferare i « *subiecti federazii* » e quali materie rimangono invece nella competenza esclusiva del governo federale.

Alla stregua del nuovo codice, gli organi federali hanno competenza esclusiva non solo in materia di principi generali dell'ordinamento, applicabili sull'intero territorio della federazione, ma anche in relazione:

- alle linee di indirizzo della politica generale in materia di rapporti di lavoro;
- ai livelli minimi di tutela dei diritti, delle libertà e delle garanzie dei lavoratori;
- alle modalità di stipulazione, modificazione e cessazione dei contratti di lavoro;
- alle sanzioni disciplinari e alle modalità di applicazione di dette sanzioni;
- ai principi di base del partenariato sociale;
- alla disciplina dei contratti collettivi (modalità e contenuti della contrattazione, stipulazione e modificazione dei contratti e accordi collettivi);
- alla risoluzione delle controversie individuali e collettive di lavoro;
- ai principi e alle modalità della sorveglianza e del controllo statale sulla osservanza delle leggi e degli atti aventi forza di legge in materia di lavoro;
- ai principi e alle modalità delle indagini sugli infortuni sul lavoro e sulle malattie professionali;
- alla responsabilità delle parti del contratto di lavoro, compresa la responsabilità civile e quella per infortuni sul lavoro;
- al monitoraggio e alle rilevazioni statistiche in materia di lavoro;
- dalla disciplina di talune particolari categorie di lavoratori.

I « *subiecti federazii* » hanno competenza per le restanti materie e, in ogni caso, possono introdurre regolamentazioni *in melius* nelle materie di competenza della Federazione, fermo restando l'onere di copertura dei costi relativi alle misure introdotte. Nel caso in cui una normativa emanata dai « *subiectami federazii* » sia in contraddizione con una legge federale ovvero abbassi il livello delle tutele e delle garanzie del lavoratore stabilite dal codice del lavoro o da altre leggi federali si applicano le norme del codice o della legge federale.

4. Il nuovo Codice del lavoro si differenzia non solo per i contenuti, ma anche per l'impianto complessivo dal codice del 1971. Esso consiste di 6 titoli, 14 sezioni, 62 capitoli e ben 424 articoli. Vista la impossibilità di un'analisi complessiva e dettagliata di un documento così corposo, in questo articolo vogliamo soffermarci unicamente sui punti più importanti, che riflettono gli aspetti innovativi dal punto di vista della rivalutazione della autonomia negoziale individuale privata, nonché della ripartizione delle competenze tra legislazione federale e legislazione decentrata.

Rispetto a questo secondo profilo, può essere sufficiente rilevare che il legislatore ha compiuto un grande passo in avanti, fissando per la prima volta i principi fondamentali della regolamentazione giuridica dei rapporti di lavoro,

secondo la ripartizione di competenze tra federazione e articolazioni territoriali indicata al paragrafo che precede.

Di questa materia si occupa espressamente il Titolo I del codice e, segnatamente, l'articolo 2, che, con riferimento alla Costituzione e alle regolamentazioni del diritto internazionale, enuclea, tra i principi fondamentali, il diritto al lavoro, il divieto del lavoro forzato, la tutela contro la disoccupazione e gli infortuni sul lavoro, il diritto a condizioni di lavoro e a trattamenti retributivi equi e tali da garantire la libertà e dignità del lavoratore e della sua famiglia²¹, il divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro e ai percorsi di carriera e di formazione professionale, il diritto di ricorrere alla giurisdizione ordinaria per la tutela dei diritti e degli interessi legati alla prestazione di lavoro, il diritto di libertà sindacale dei lavoratori e dei datori di lavoro, nonché il diritto di sciopero nei limiti stabiliti dal codice o da altre leggi federali.

4.1. Particolare rilievo assume il profilo del partenariato sociale nella regolamentazione dei rapporti di lavoro, anch'esso di competenza federale. Lo scopo principale del partenariato sociale è il raggiungimento, in forme democratiche e pluralistiche, di un bilanciamento di interessi contrapposti attraverso la concertazione tra i principali gruppi sociali (e segnatamente tra i lavoratori e i datori di lavoro).

Invero, il sostegno alla concertazione e al dialogo sociale trova importanti precedenti già nel periodo a ridosso del crollo del regime sovietico, attraverso il decreto del Presidente della repubblica Federale del 15 novembre 1991 su « *Partenariato sociale e risoluzione delle controversie di lavoro* »²² e la legge dell'11 marzo 1992 « *Sui contratti e accordi collettivi* »²³, che rappresentano indubbiamente gli atti normativi più importanti della storia della formazione del partenariato sociale in Russia.

Tuttavia, con il nuovo codice si fornisce per la prima volta una chiara definizione legale di partenariato sociale inteso, dall'art. 23, Titolo II, del codice, alla stregua di un « sistema di rapporti tra i lavoratori (o loro rappresentanti), i datori di lavoro (o loro rappresentanti), le autorità statali o locali²⁴ diretto ad assicurare il bilanciamento degli interessi in materia di rapporti di lavoro ». A ciò fanno poi seguito:

²¹ I trattamenti retribuiti minimi devono essere determinati dalla legislazione federale. Al momento in cui si scrive manca ancora una tale previsione normativa nell'ordinamento della federazione russa (v. anche *infra*, nel testo).

²² Cfr. Dedov, *Pravooe reguliroanie rinka truda (Regolamentazione legislativa del mercato del lavoro)*, Moskwa, Stoglav, 2000, 71. Cfr. altresì Vedomosti Seizda narodnih deputatov RCFCR e Verhovnogo Soeta RF (Atti parlamentari - Seduta dei deputati del popolo della RSFSR e Consiglio Supremo della RF), 1991, n. 47, art. 1961.

²³ Vedomosti Seizda narodnih deputatov RCFCR e Verhovnogo Soeta RF (Atti parlamentari - Seduta dei deputati del popolo della RSFSR e Consiglio Supremo della RF), 1992, n. 47, art. 890. Sul partenariato sociale cfr. Teague, *Russian Government Seeks « Social Partnership »*, RFE/RL Research Report 125, 19 June 1992, 16-22.

²⁴ È bene precisare che, ai sensi del comma 2 dell'art. 23 le autorità statali o locali sono soggetti del partenariato sociale unicamente nel caso in cui agiscano come datori di lavoro (ovvero negli altri casi previsti dalle leggi federali).

a) l'enunciazione dei dodici principi di base del partenariato sociale: parità delle parti; rispetto reciproco degli interessi delle parti; interesse delle parti di partecipare nei rapporti negoziali; sostegno statale e su base democratica del partenariato sociale; osservanza delle parti e dei loro rappresentanti delle norme di legge; rappresentanza dei soggetti organizzati; libertà di espressione e autodeterminazione durante la discussione dei problemi in materia del lavoro; buona fede delle parti nella assunzione di obblighi; veridicità degli impegni assunti dalle parti; obbligo di osservare in buona fede i contratti e gli accordi collettivi; dovere di influire sulla osservanza dei contratti e degli accordi collettivi; responsabilità delle parti o dei loro rappresentanti per l'inosservanza dei contratti e accordi collettivi (art. 24);

b) l'esatta individuazione dei livelli del partenariato sociale: federale, regionale, settoriale, territoriale, aziendale (art. 26).

L'intero capitolo IV del titolo II è dedicato alla rappresentanza dei lavoratori e dei datori di lavoro. Il meccanismo di rappresentanza è su base volontaria, mentre nel precedente regime sovietico si trattava naturalmente di una rappresentanza sostanzialmente obbligatoria: l'adesione al sindacato non era formalmente vincolante, ma i lavoratori erano fortemente « incentivati » ad iscriversi al sindacato. Per assicurare una regolamentazione appropriata dei rapporti del partenariato sociale — attività di contrattazione collettiva, preparazione e sottoscrizione di contratti collettivi²⁵ e accordi collettivi²⁶, amministrazione e gestione del regolamento collettivo a tutti i livelli — i rappresentanti delegati possono costituire degli organi di rappresentanza speciali. A livello federale esiste peraltro una commissione tripartita permanente. Commissioni analoghe possono formarsi anche a livello del soggetto della federazione, nonché a livello territoriale, settoriale, ecc., ma in questo caso non si tratta di commissioni permanenti.

Rispetto ai contenuti e alla struttura della contrattazione collettiva il codice (artt. 37, 40, 41 e 42) rinvia in modo significativo alle parti stipulanti, con ciò valorizzando pienamente la loro autonomia negoziale privata. A parte talune clausole obbligatorie, nel contratto o accordo collettivo devono essere inserite le disposizioni normative che la legge o altro atto avente forza di legge prescrive di inserire. A differenza del codice precedente il legislatore non stabilisce più il termine minimo della durata del contratto collettivo.

Ai sensi degli articolo 43 il contratto collettivo può essere stipulato per un

²⁵ Il contratto collettivo è un atto giuridico stipulato tra i rappresentanti dei lavoratori e un datore di lavoro, che regola i rapporti sociali e di lavoro a livello di impresa. Bisogna tenere presente che il contratto collettivo può essere stipulato sia nell'impresa sia nelle sue filiali, unità produttive e consociate. Cfr. Dedov, *op. cit.*, 81-83; Chetverina *et al.*, *Collective Agreements in Russia: Current Practices*, Moscow, IE RAN, TACIS, ICFTU, 1995.

²⁶ L'accordo collettivo è un atto giuridico che stabilisce i principi comuni della regolamentazione dei rapporti sociali e di lavoro e anche dei economici ad essi connessi, che viene stipulato tra i rappresentanti dei lavoratori e datori di lavoro a livello federale, regionale, settoriale (intersettoriale) e territoriale nei limiti delle loro competenze. Cfr. Dedov, *op. cit.*, 83-85; Chetverina *et al.*, *op. cit.*

periodo non superiore a tre anni, con la possibilità di rinnovo per il periodo non superiore a tre anni. A differenza dal sistema italiano, il contratto collettivo non è un semplice accordo tra i privati ma in virtù del suo carattere normativo si applica a tutti i lavoratori dell'azienda²⁷. Le disposizioni del contratto collettivo sono estese a tutti i lavoratori dell'impresa.

L'articolo 45 disciplina invece l'accordo collettivo, che può essere stipulato a livello federale, regionale, settoriale e territoriale. Anche in questo caso l'accordo collettivo può essere stipulato per un periodo non superiore a tre anni, con la possibilità di rinnovo per il periodo non superiore a tre anni. L'accordo collettivo è un accordo tra i rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori e si applica anche alle parti che hanno aderito a tali accordi dopo la stipulazione. Tali accordi possono essere sia bipartiti sia tripartiti. Se i lavoratori sono coperti contemporaneamente da più accordi si applicano, istituto per istituto, le condizioni di volta in volta più favorevoli. Nel caso di stipulazione dell'accordo collettivo a livello federale il rappresentante dell'organo federale ha diritto di proporre ai datori di lavoro di aderire a tale accordo. Se dopo trenta giorni dal momento del ricevimento di tale invito il datore di lavoro non presenta un rifiuto motivato in forma scritta, l'accordo è considerato automaticamente esteso ad esso.

Infine, in linea con le tendenze generali del diritto del lavoro a livello internazionale e comparato, che registrano sempre più frequentemente la concessione ai lavoratori di diritti di informazione, consultazione e partecipazione, anche il Codice del lavoro russo disciplina, al capitolo VIII le forme di coinvolgimento dei lavoratori²⁸.

Le forme di tale partecipazione sono definite nell'articolo 53, e prevedono:

- il coinvolgimento dell'organo rappresentativo dei lavoratori nei casi previsti dal codice ovvero da un accordo collettivo;
- obbligo di consultazione a favore degli organi rappresentativi dei lavoratori da parte dei datori di lavoro in caso di adozione del regolamento aziendale;
- obbligo di informazione da parte del datore di lavoro dei lavoratori in materie legate agli interessi dei lavoratori;
- coinvolgimento del sindacato nella discussione delle questioni relative al funzionamento dell'impresa e alle modifiche nella organizzazione del lavoro;
- partecipazione dei lavoratori o dei loro rappresentanti alla elaborazione e adozione dei contratti collettivi;
- altre forme di coinvolgimento definite dal regolamento di impresa ovvero da contratti collettivi o altri atti locali aziendali.

I rappresentanti dei lavoratori hanno diritto di avere informazione da parte del datore di lavoro che si riferisce a:

²⁷ Smirnov, *op. cit.*, 120.

²⁸ Sul punto cfr., recentemente, Mavrin, *Legal Aspects of Russian Workers' Participation in an Employers' Business* in Biagi (ed.), *Quality of Work and Employee Involvement in Europe*, Kluwer Law International, 2002, 257-259.

- riorganizzazione o liquidazione dell'impresa;
- introduzione delle modifiche tecnologiche che comportino le modificazioni delle condizioni di lavoro;
- formazione professionale dei lavoratori;
- altre questioni previste dal codice vigente, leggi federali, documenti statutari dell'impresa, contratti collettivi.

I rappresentanti dei lavoratori hanno diritto di avanzare le proposte in queste materie agli organi amministrativi nonché partecipare alle sedute di tali organi.

4.2. Il titolo III del Codice del lavoro è dedicato alla disciplina del rapporto individuale di lavoro, nella già indicata prospettiva di valorizzazione della autonomia negoziale privata e di contrasto delle forme di lavoro nero e irregolare oggi molto diffuse.

L'accesso al lavoro è riservato alle persone con più di sedici anni di età ovvero più di quattordici o quindici in taluni casi particolari tassativamente indicati dalla legge. È vietato limitare l'accesso al lavoro per ragioni di tipo discriminatorio legate al sesso, alla razza, allo stato sociale o professionale, alla residenza e ogni altra circostanza non attinente alle attitudini professionali dei lavoratori, eccetto alcuni casi espressamente individuati dalla legislazione federale. Ogni rifiuto di assunzione di un lavoratore deve essere giustificato per iscritto su richiesta della persona interessata.

Il contratto di lavoro deve essere stipulato in forma scritta, redatto in duplice copia. È ammesso un periodo di prova, da esplicitare in forma scritta, di durata non superiore ai tre mesi (che salgono a sei mesi per i dirigenti e personale con mansioni di particolare fiducia).

Tipologie contrattuali

Tra le tipologie contrattuali va segnalata, in particolare, la disciplina del lavoro a termine assai più flessibile e permissiva rispetto alla normativa previgente. L'articolo 17, parte 2, del vecchio Codice del lavoro prevedeva unicamente tre ipotesi di assunzione a termine, mentre in tutti gli altri casi il rapporto si reputava a tempo indeterminato. Ora, ai sensi dell'articolo 59 del nuovo codice le possibilità del ricorso al contratto a termine sono notevolmente estese, mentre ai sensi dell'articolo 58 il contratto di lavoro può essere indifferentemente a tempo determinato o a tempo indeterminato.

L'assunzione a termine è ammessa, per una durata normalmente non superiore a cinque anni, nei seguenti casi:

- per sostituire un lavoratore temporaneamente assente con il diritto di conservazione del posto;
- per la esecuzione di lavori temporanei (fino a due mesi) e lavori stagionali;
- per lavori al nord estremo quando la stipulazione del contratto è accompagnata dallo trasferimento del lavoratore;
- per l'esecuzione dei lavori straordinari legati ai casi di forza maggiore (epidemie, avarie, catastrofi, ecc.);
- nei casi di assunzioni effettuate dalle piccole imprese, e cioè con meno di

quaranta dipendenti (venticinque nel settore del commercio, dei servizi e delle vendite al dettaglio) ovvero da persone fisiche;

- per l'esecuzione di lavori all'estero;
- per esecuzione di lavori che non rientrano nella attività normale dell'impresa (ricostruzione, montaggio, manutenzione ecc) e per l'esecuzione di lavori legati all'estensione temporanea della produzione per un periodo massimo di un anno;
- per l'esecuzione di opere o servizi di durata limitata nel tempo;
- per l'esecuzione di opere o servizi di, quando non si può stabilire una data concreta;
- per i lavori legati al tirocinio e alla formazione professionale;
- con studenti praticanti la forma di studio giornaliera;
- con persone aventi un altro lavoro all'interno della stessa impresa;
- con i pensionati e altre persone che per ragioni mediche possono lavorare solo temporaneamente;
- con i lavoratori dello sport e dello spettacolo, in conformità con l'elenco delle professioni stabilito dal governo della Federazione russa, tenendo conto dell'opinione della commissione tripartita di regolazione dei rapporti sociali;
- con scienziati, pedagoghi, ecc. assunti in base a un concorso ai sensi delle leggi vigenti;
- in tutti gli altri casi previsti dalle leggi federali.

È possibile la cessazione del contratto a termine dopo la sua scadenza con preavviso in forma scritta di almeno tre giorni. Rimane invariata invece la norma in base alla quale se nessuna delle parti ha richiesto la cessazione del contratto dopo la scadenza di esso il contratto è considerato automaticamente a tempo indeterminato.

Altra novità del nuovo codice è rappresentata dalla regolamentazione del contratto di apprendistato. Il datore di lavoro acquisisce il diritto di stipulare il contratto d'apprendistato con una persona che cerca il lavoro oppure con una persona che già lavora per lui. In questo caso il codice parla di contratto di revocazione professionale senza distacco dalla produzione. Gli articoli 199 e 200 del codice specificano la forma e il contenuto di questo tipo del contratto. Secondo l'articolo 205 i lavoratori assunti con contratto di apprendistato sono coperti dalle norme su salute e sicurezza sul lavoro. I diritti e gli obblighi degli apprendisti sono invece fissati nell'articolo 207. Nel caso di conversione del contratto di apprendistato in altra forma è esclusa la possibilità di inserire la clausola di periodo di prova.

Il contratto di apprendistato contiene anche una clausola che costringe l'apprendista (art. 199), una volta terminato il contratto di apprendistato, a continuare a lavorare con contratto di lavoro presso lo stesso datore per un periodo di tempo stabilito già dal contratto di apprendistato. Qualora l'apprendista trasgredisca a tale obbligo, è tenuto al risarcimento della propria « borsa di apprendistato » e delle ulteriori spese che il datore ha subito durante il periodo di apprendistato.

Orario di lavoro:

Particolare attenzione è dedicata alla disciplina dell'orario di lavoro. Con riferimento al lavoro straordinario, il codice del 1971 parlava di qualsiasi lavoro compiuto oltre l'orario stabilito dalla legge. Gli articoli 97 e 98 del nuovo codice definiscono ora lavoro straordinario « ogni prestazione di lavoro che superi i limiti degli orari previsti dalla legge », pari a quaranta ore settimanali, però solo se tale prestazione sia eseguita su espressa richiesta del datore di lavoro. In assenza di una richiesta esplicita del datore di lavoro, la prestazione non è invece classificata come straordinaria con tutte le conseguenze che da ciò derivano. L'articolo 99 del codice limita tale richiesta del datore di lavoro a 120 ore annuali e 4 ore in due giorni consecutivi, ma è chiaro che tale disposizione è suscettibile di dare luogo a rilevanti abusi come vediamo dal paragrafo successivo.

Il lavoro compiuto al di fuori dell'orario concordato per iniziativa del lavoratore (art. 97-98) è definito come secondo lavoro presso lo stesso datore di lavoro (*sovmetitelstvo*). Per renderlo legale occorre osservare due condizioni: in primo luogo occorre avere un consenso scritto del lavoratore; in secondo luogo occorre che la seconda mansione sia diversa dalla prima.

Tale lavoro non richiede di essere pagato in base a maggiorazioni retributive e non è soggetto a limiti così rigidi come il lavoro straordinario. L'articolo 98 impone unicamente il limite delle 16 ore settimanali. A questo riguardo i primi commentatori hanno evidenziato l'estrema fragilità della attuale disciplina del lavoro straordinario, suscettibile di abusi e pratiche abusive per iniziativa del datore di lavoro che, infatti, può ricorrere a questo schema contrattuale di *sovmetitelstvo* per evitare di pagare le maggiorazioni retributive dello straordinario. Il lavoratore, in questo caso, può lavorare fino 56 ore alla settimana e questo diventa legittimo poiché tale lavoro non è considerato straordinario²⁹. L'articolo 101 dispone che una giornata lavorativa senza limiti di orario può essere stabilita per alcune categorie dei lavoratori. L'elenco di tali mansioni è specificato nell'accordo, contratto collettivo o regolamento interno dell'azienda. Secondo l'articolo 190 il regolamento interno deve essere stipulato previa consultazione del sindacato, laddove nel Codice previgente, il parere del sindacato era vincolante per il datore di lavoro. Alcuni critici di nuovo codice insistono sul carattere fraudolento di tale norma³⁰ tenendo presente l'assenza dei sindacati in molte aziende o la loro debolezza rappresentativa. E anche in questo caso, infatti, il datore di lavoro può facilmente aggirare le norme sullo straordinario.

Infine, ai sensi dell'articolo 104, parte 2 il datore di lavoro può inserire nel regolamento interno una disciplina della c.d. banca delle ore. In questo caso il lavoratore può lavorare per più di 40 ore alla settimana senza che ciò dia luogo

²⁹ Vedi Mironov, *Zakonotichesky process v Gosudarstvennoy Dume (Processo legislativo nella Duma)*, *Bulletin of non-governmental organisations*, Commento del prof. Mironov al nuovo codice del lavoro della Federazione Russa, spec. 35, 30 January 2002, 5 ss.

³⁰ *Ibidem*.

a prestazioni di lavoro straordinario. Il problema in questo caso è come saranno gestite queste ore supplementari. Nella maggioranza dei casi è lo stesso datore che gestisce anche tutta la relativa documentazione ed è abbastanza difficile per il lavoratore provare quante ore in più abbia veramente lavorato tenendo presente anche il fatto che non ci sono ispettori a sufficienza per verificare il rispetto delle norme di legge, contratto e regolamento interno.

Trattamento retributivo:

Particolari disposizioni sono stabilite dal nuovo codice in materia di trattamento retributivo del prestatore di lavoro ³¹. L'articolo 421 dispone, in particolare, che la retribuzione non può essere inferiore al minimo di sussistenza. In questo caso, però, il legislatore si è astenuto dal regolare in modo concreto il concetto di « sufficienza », limitandosi a rinviare alla legislazione federale per la definizione di tale minimo.

Bisogna inoltre distinguere tra il minimo di sussistenza e salario minimo. Il minimo di sussistenza al momento è pari a 1865 rubli *pro capite* ³². Il problema è che lo stipendio minimo non corrisponde al minimo di sussistenza. Infatti attualmente lo stipendio minimo è disciplinato dalla legge federale del 19 giugno 2000, n. 82, in base alla quale, a partire dal 1° luglio 2000 lo stipendio minimo sarebbe stato di 132 rubli al mese, destinati a diventare 200 dal 1° gennaio 2001 e 300 dal 1° luglio 2001. Dal primo maggio 2002 lo stipendio minimo è di 450 rubli.

Secondo i primi commentatori del nuovo codice, lo stipendio minimo mensile non dovrebbe essere inferiore al minimo di sussistenza e dovrebbe essere soggetto a un meccanismo di indicizzazione basato su periodiche rilevazioni del costo della vita. Invero, almeno secondo parte della dottrina ³³, la determinazione del salario minimo mensile non dovrebbe avvenire a livello federale, secondo quanto previsto dal nuovo codice (cfr. l'art. 133), ma a livello dei singoli soggetti della federazione in modo da risultare maggiormente aderente alle peculiarità delle diverse aree geografiche in cui si articola la Russia.

Nel nuovo codice è stato previsto anche un meccanismo di indennizzo del lavoratore per i ritardi nella corresponsione del salario. Se il datore di lavoro non rispetta i termini stabiliti del pagamento dello stipendio, deve compensare il lavoratore in ragione di 1/300 del tasso di rifinanziamento imposto dalla Banca centrale dalla somma non tempestivamente pagata per ogni giorno (la somma concreta è stabilita sulla base del contratto collettivo e/o del contratto

³¹ Sulla struttura del sistema retributivo cfr., Vedeneeva, *Payment Systems and the Restructuring of Production Relations in Russia* in Clarke, *Management and Industry in Russia: Formal and Informal Relations in the Period of Transito*, Cheltenham, Edward Elgar, 1995, 224-239; Erl, Sabirianova, *Ravnoesnie zedertzhi zarabotnoy plati: teoretichesky i empirichesky analiz instituzionnoy loushki Rossii (insolvenza del datore di lavoro nei pagamenti delle retribuzioni: analisi teorica ed empirica della trappola istituzionale nella Russia)*, in <http://pubs.carnegie.ru/russian/>; Clarke, *Trade Unions and the Non-payment of Wages in Russia*, *International Journal of Manpower* 19, 1/2, 1998, 68-94.

³² Regolamento del Governo dal 25 maggio 2002, n. 344.

³³ Smirnov, *op. cit.*, 250-251.

individuale di lavoro). L'articolo 233 prevede che questo tipo di responsabilità, basata su un meccanismo invero alquanto farraginoso³⁴, opera solo quando è provata la colpa del datore di lavoro. Se il ritardo supera 15 giorni, il lavoratore può sospendere il lavoro fino a quando non sarà pienamente rimborsato, previo avviso in forma scritta. La legge però non dice chiaramente se il lavoratore è pagato durante il periodo in cui non lavora. Di solito la Giurisprudenza interpreta questi casi come sciopero e dunque il lavoratore non viene retribuito, solo in caso di lavoro imputabile al datore di lavoro il lavoratore ha diritto a due terzi del suo stipendio.

Cessazione del rapporto di lavoro:

Il titolo III contiene una nuova regolamentazione della cessazione dei rapporti di lavoro. Perseguendo lo scopo di ottenere una maggiore flessibilità nella gestione dei rapporti di lavoro l'elenco dei motivi di licenziamento è stato notevolmente allargato sollevando aspre critiche da parte di ampi settori della dottrina e della opinione pubblica³⁵.

L'articolo 77 del codice fornisce undici motivi generali di cessazione del rapporto di lavoro, tra cui mutuo consenso delle parti, scadenza del termine, dimissioni, licenziamento, cessione di contratto, ecc., ma si tratta tuttavia di un elenco non tassativo. Una clausola di chiusura dispone infatti che « il contratto di lavoro può essere risolto anche per i diversi motivi previsti dal codice o altra legge federale ». L'articolo 81 contiene, in particolare, quattordici motivi specifici che rendono legittimo il licenziamento del prestatore di lavoro. Ma anche in questo caso l'elenco non è tassativo. I motivi sono:

- 1) liquidazione dell'impresa o cessazione dell'attività da parte del datore di lavoro (persona fisica);
- 2) riduzione del personale;
- 3) inadeguatezza del lavoratore alla sua mansione legata a:
 - a) stato di salute confermato da referto medico;
 - b) qualificazione insufficiente rivelata dopo attestazione;
- 4) cambiamento della proprietà (questo rispetto a direttori, vice-direttori e capo contabile);
- 5) inadempimento da parte del prestatore di lavoro per più di una volta dei suoi obblighi nel caso sia stato soggetto di sanzioni disciplinari;
- 6) grave violazione, anche in una sola occasione, degli obblighi del lavoratore tra cui:
 - a) assenza dal posto di lavoro per più di 4 ore consecutive senza giustificato motivo,
 - b) presenza al lavoro in stato di ebbrezza, sotto effetto di sostanze stupefacenti o altra forma di intossicazione;
 - c) violazione degli obblighi di segretezza e riservatezza segreto, tutelato

³⁴ Cfr. Mershina, *Practica - Kritery Istini, (Prassi è il criterio della verità)*, 2002, <http://www.akdi.ru/pravo/news/komm7-krf.htm>.

³⁵ Cfr. Mironov, *Zakonotorchesky process v Gosudarstvennoy Dume (Processo legislativo nella Duma)*, cit.

dalla legge (statale, commerciale, aziendale ecc.), conosciuto dal lavoratore nel corso del suo lavoro

d) furto al lavoro (anche piccolo) della proprietà altrui, distruzione o danno premeditato alla proprietà se questo è stato confermato da atto giudiziario o da un atto emanato da un organo competente autorizzato,

e) violazione da parte del lavoratore delle norme della tutela del lavoro nel caso il comportamento del lavoratore abbia comportato (anche solo potenzialmente) conseguenze gravi.

7) commissione di azioni colpevoli da parte del lavoratore, la cui attività è legata alla gestione di oggetti di valore, che abbiano provocato la perdita di fiducia da parte del datore di lavoro nei confronti del lavoratore;

8) commissione da parte del lavoratore, che effettua attività didattica, di atto immorale che renda impossibile la continuazione della propria attività;

9) decisione errata e non giustificata da parte del direttore, vice direttore, capo contabile, che abbia comportato danni alla proprietà dell'azienda nonché l'uso improprio di tale proprietà;

10) violazione seria, anche in una sola occasione, dei propri obblighi, da parte del direttore dell'impresa (filiale, rappresentanza) o dei vice-direttori;

11) presentazione di documentazione falsa da parte del lavoratore nel momento della stipulazione del contratto;

12) cessazione della possibilità di accesso ai segreti statali, qualora necessario per lo svolgimento della attività dedotta in contratto;

13) nei casi previsti dal contratto di lavoro stipulato con il direttore e membri dell'organo collegiale esecutivo dell'impresa;

14) in altri casi previsti dal presente codice o altre leggi federali.

Gli osservatori critici hanno messo in evidenza che questo codice estende l'elenco dei motivi di licenziamento per iniziativa del datore di lavoro. In realtà il codice non ha tipizzato molte ragioni nuove, ma ha semplicemente accorpato quelle contenute in altre leggi federali come per esempio la legge « Sui segreti dello Stato ».

5. Il nuovo codice contiene, indubbiamente, molteplici profili di flessibilizzazione dei rapporti di lavoro e delle relazioni industriali in Russia, tali da poter qualificare, almeno in linea di prima approssimazione, il processo di codificazione del diritto del lavoro alla stregua di una deregolamentazione della materia. Tuttavia, come abbiamo già cercato di evidenziare nel primo paragrafo, le innovazioni introdotte dal punto di vista formale rappresentano in realtà — e non troppo paradossalmente — un tentativo di vera e propria regolamentazione di un mercato del lavoro ampiamente caratterizzato per l'adozione di prassi contrattuali *praeter* e *contra legem*, con tassi di evasione della normativa di legge insostenibili e certo non governabili, anche per la cronica debolezza del movimento sindacale, mediante un approccio di tipo meramente repressivo-sanzionatorio.

Le tutele del lavoro garantite dalla normativa previgente si sono tradotte, in effetti, in astratte formulazioni normative destinate a rimanere sostanzialmente

sulla carta ³⁶. Solamente nei rapporti alle dipendenze della pubblica amministrazione è stata mantenuta una generale applicazione della normativa formale di legge, a fronte tuttavia di una progressiva riduzione dei trattamenti economici, da un lato, e della sostanziale efficienza del sistema, dall'altro lato, che ha condotto rapidamente a un abbassamento della qualità — di per sé già non troppo elevata neppure durante il regime sovietico — dei servizi pubblici.

Attraverso la flessibilizzazione delle regole di gestione dei contratti di lavoro il Governo russo ha dunque intrapreso una linea di politica legislativa volta al recupero di effettività ed efficacia della norma di legge. La ricerca di un equilibrio « sostenibile » e « realistico » tra istanze di tutela del lavoro ed esigenze delle imprese rispetto alle nuove condizioni sociali e di mercato è peraltro avvenuta nella consapevolezza che il ritorno alle logiche privatistiche nella gestione dei rapporti di lavoro, cui pure si è dato luogo, non può essere la panacea per risolvere tutti i gravi problemi che caratterizzano l'economia e la società russa ³⁷.

Se una critica può essere rivolta al nuovo impianto del codice è piuttosto quella di avere cercato soluzioni formalmente aderenti alla evoluzione dei rapporti di lavoro nei Paesi occidentali. Una maggiore attenzione alle peculiarità socio-economiche della Russia — che, giova ricordare, è pur sempre una nazione storicamente e culturalmente complessa, per metà europea e per l'altra metà asiatica ³⁸ — avrebbe probabilmente potuto contribuire a realizzare una normativa più specifica che avrebbe sicuramente maggiori probabilità di essere concretamente applicata nei rapporti di lavoro.

È la stessa esperienza comparata, del resto, a segnalare i pericoli della mera trasposizione di un modello da un Paese ad un altro ³⁹. Per risolvere i gravi problemi della economia e del mercato del lavoro, la Russia ha infatti bisogno di trovare rapidamente un proprio modello, che per forza di cose dovrà essere diverso sia da quello europeo-continentale sia da quello anglosassone.

³⁶ Cfr. Sil, *Privatization, Labor Politics, and the Firm in Post-Soviet Russia: Non-market Norms, Market Institutions, and the Soviet Legacy*, cit., spec. 228-231; Clarke, Cabalina, *Employment in the New Private Sector in Russia, Post-Communist Economies* 11, 4, 1999, 421-43; Mironov, *Analysis of Legal Regulation of labour in the Russian Federation (memorandum)*, cit.

³⁷ Cfr., tra gli altri, Mironov, *Analysis of Legal Regulation of labour in the Russian Federation (memorandum)*, cit.

³⁸ Per una attenta valutazione delle peculiarità del sistema socio-economico russo cfr., in particolare, Burawoy, *The Great Involution: Russia's Response to the Market*, cit.

³⁹ Cfr., per l'impostazione di metodo nella ricerca comparata, Biagi, *Rappresentanza e democrazia in azienda. Profili di diritto sindacale comparato*, Maggioli, 1990, qui 3, che si richiama in proposito al noto insegnamento di Kahn-Freund su *L'uso e l'abuso del diritto comparato*, in *RTDPC*, 1975, 785 ss.

La contrattazione collettiva sui criteri di scelta nei licenziamenti collettivi: funzioni, contenuti, struttura

Gaetano Natullo

Sommario: **1.** Interessi collettivi e interessi pubblici: il ruolo della contrattazione collettiva nella determinazione dei criteri di scelta. — **2.** Autonomia (collettiva) versus limiti funzionali: contenuti e limiti della contrattazione collettiva sui criteri di scelta nella « *ratio legis* » e nell'interpretazione della giurisprudenza. Le scelte di compromesso della Corte Costituzionale (n. 268/94). — **3.** *Segue:* i limiti (« ontologici » e « legali ») dei criteri contrattuali: generalità ed astrattezza (oggettività); tutela dei prestatori di lavoro; non discriminazione. — **4.** *Segue:* Tra autonomia e vincoli: le esigenze aziendali come criterio unico di scelta. — **5.** *Segue:* La scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi successivi alla Cassa integrazione guadagni straordinaria. — **6.** Dalla funzione alla struttura: il contratto collettivo sui criteri di scelta tra contrattazione « gestionale » e « normativa ». — **7.** *Segue:* le ambigue letture della giurisprudenza tra funzione (gestionale) e contenuti (normativi). — **8.** *Segue:* il « regime » del contratto collettivo tra funzione e struttura: l'efficacia soggettiva. — **9.** Alcune conclusioni ed un problema aperto: « legittimazione » sindacale e tutela democratica degli interessi collettivi nella contrattazione collettiva sui criteri di scelta.

1. La disciplina legislativa del 1991 (L. n. 223/1991) com'è noto assegna alla contrattazione collettiva un ruolo essenziale nella fase della individuazione dei dipendenti da licenziare (criteri di scelta): quando, cioè, chiusa la vicenda organizzativo-gestionale, « ...la decisione economico-organizzativa di riduzione dei livelli occupazionali deve tradursi in provvedimenti singoli di licenziamento da emanare nel rispetto di determinate regole relative all'individuazione dei lavoratori da licenziare ¹.

Conviene da subito chiarire che la funzione primaria dei criteri di scelta, nel sistema della L. n. 223/91, sembra essere di assicurare che « ...l'originario progetto dell'im-

* *Gaetano Natullo è professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Benevento.*

¹ *Liso del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, 83-84. La citazione resta attuale pur se riferita alla disciplina negoziale previgente alla L. n. 223/1991 (accordi interconfederali). Si riportano di seguito, in quanto emblematiche del passaggio dalle procedure di informazione-consultazione sindacale alla fase della selezione dei dipendenti da licenziare, le relative disposizioni della L. n. 223/1991:

« Raggiunto l'accordo sindacale ovvero esaurita la procedura di cui ai commi 6, 7 e 8, l'impresa ha facoltà di collocare in mobilità gli impiegati, gli operai e i quadri eccedenti, comunicando per iscritto a ciascuno di essi il recesso, nel rispetto dei termini di preavviso... » (art. 4 co. 9).

« L'individuazione dei lavoratori da collocare in mobilità deve avvenire, in relazione alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi ...ovvero, in mancanza di questi contratti, nel rispetto dei seguenti criteri, in concorso tra loro: a) carichi di famiglia; b) anzianità; c) esigenze tecnico-produttive ed organizzative » (art. 5 co. 1).

presa [incontri] le situazioni specifiche dei lavoratori, cioè le loro capacità, il contenuto del loro *facere*, le loro potenzialità, la loro vita »², garantendo « una sintesi accettabile fra l'interesse organizzativo e le esigenze soggettive e familiari »³, ed un opportuno contemperamento tra libertà dell'impresa e utilità sociale, in attuazione dei principi racchiusi nell'art. 41 Cost.⁴.

La *ratio* principale dell'istituto non pare cioè essere quella di garantire una selezione oggettiva e imparziale dei dipendenti da licenziare e dunque « di eliminare, attraverso l'adozione di criteri di scelta concordati, ovvero applicando la regola sussidiaria, ogni possibilità di scelta discrezionale dei lavoratori da licenziare »⁵; quanto, appunto, di contemperare, nella selezione stessa, le esigenze « sociali » alle esigenze aziendali⁶.

Tale *ratio* è dunque coerente con quella che informa nel complesso la disciplina dei licenziamenti collettivi, in definitiva ispirata « al principio del male minore... [cioè di]...ridurre i sacrifici comunque derivanti, nell'immediato, per la collettività degli occupati, da un provvedimento di ristrutturazione aziendale con connessa riduzione della forza lavoro »⁷. Nello specifico, quella *ratio* si concreta nella soddisfazione di esigenze sociali e solidaristiche mediante la considerazione degli interessi dei lavoratori attraverso la valutazione delle situazioni individuali degli stessi.

Nell'assetto della L. n. 223/1991 i criteri legali garantiscono pertanto che, in ogni caso, non manchi, in sede di scelta dei licenziandi, la considerazione degli interessi dei lavoratori. Al contempo, però, il legislatore ha ritenuto che una definizione per legge, per sua natura rigida e onnivale, non corrispondesse alla migliore delle possibili soluzioni; che cioè non fosse opportuno definire *a priori* quali siano gli interessi da privilegiare, o comunque da contemperare a quello dell'impresa, nell'ambito di un interesse « collettivo » che progressivamente « implode » nel corso delle procedure di gestione dell'eccedenza e di licenziamento, frammentandosi al suo interno⁸; e che dunque la contrattazione collettiva, quale « fonte » regolativa complessivamente più flessibile della legge, rispondesse meglio all'esigenza di percepire e verificare le istanze sociali della realtà, della data situazione del settore o del territorio, e di rappresentarle in sede di previsione dei criteri di scelta⁹.

² Gragnoli, *Licenziamenti collettivi e criteri di scelta*, in *I licenziamenti collettivi*, in *QDLRI*, 1997, 19, 97.

³ Gragnoli, *op. cit.*, 95.

⁴ Per tutti v. Carabelli, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, Bari, 2001, 172.

⁵ In tal senso Cass. 7 dicembre 1999, n. 13691, in *FI*, I, 2842.

Quanto appena affermato non significa, evidentemente, che i criteri di scelta non rispondano anche ad esigenze di imparzialità ed oggettività. Queste ultime possono però considerarsi un effetto « indotto », che deriva dall'utilizzazione di « criteri » predeterminati, l'applicazione dei quali non può che dar luogo ad una selezione di carattere oggettivo e, pertanto, imparziale.

⁶ V. Cass. 9 settembre 2000, n. 11875, in *FI*, I, 3100.

⁷ Cass. 9 settembre 2000, n. 11875, *cit.*, 3102.

⁸ Sul complesso assetto degli interessi nei licenziamenti collettivi per eccedenza di personale v., per tutti, Garofalo, *Eccedenze di personale e conflitto: profili giuridici*, in *DLRI*, 1990, 25 ss.

⁹ Infatti, « il complesso di tali variabili non consente, anche nelle valutazioni accolte dal legislatore, alcuna tipizzazione e, quindi, sconsiglia la formulazione, in astratto, ed una volta per tutte, di criteri che sono, invece, destinati a consentire, nel caso concreto, il più razionale ed equo contemperamento degli interessi in giuoco. Onde la razionalità della scelta legislativa di demandare, in via principale, l'individuazione di quei criteri alla contrattazione collettiva » in Persiani,

Nel disegno del legislatore, dovrebbero essere pertanto i soggetti esponenziali di quell'interesse (collettivo), a definire, in concorso con i rappresentanti dell'interesse aziendale, parametri di selezione che, ad una valutazione dei diversi elementi in gioco (realtà aziendale, caratteristiche e problematiche del settore e/o del territorio, ecc.) siano (o comunque siano valutati come) i più adatti a garantire il minor sacrificio per gli « occupati », dovendosi intendere, questi ultimi, come categoria comprensiva sia di coloro che rimarranno nell'impresa sia degli « esuberanti »¹⁰.

In questa fase, dunque, la contrattazione collettiva assume un ruolo assai delicato, dal momento che il legislatore affida alle parti sociali ed all'autonomia collettiva il compito di realizzare le finalità della legge e, in tal modo, il compito di realizzare indirettamente anche l'interesse pubblico/generale¹¹.

Anche il ruolo del sindacato sembra assumere caratteristiche diverse: nella prima fase le dinamiche partecipative sembrano informare logiche ed obiettivi delle procedure di mobilità; nell'individuazione dei criteri di scelta, invece, il sindacato pare riassumere un ruolo più tradizionalmente « conflittuale » e « garantista ». In tal senso s'è detto che « ..la responsabilizzazione deve essere massima quando si discute sul progetto di riduzione del personale — riconoscendo al sindacato piena autonomia nel definire le partite di scambio, non escludendo né congrue « concessioni » , che del resto la legge stessa favorisce con larghezza (v. art. 4 co. 11^o) né collaborazioni ad obiettivi di rilancio o di recupero della competitività dell'impresa, se servono a limitare i licenziamenti — e dev'essere invece limitata al tradizionale ruolo garantista quando si tratta di decidere i nomi dei lavoratori da licenziare »¹². In effetti, se si tiene conto dello sviluppo logico delle fasi in cui si articolano le procedure di mobilità, si può ritenere che il soddisfacimento dell'interesse dell'imprenditore può e deve essere sostanzialmente assicurato nel momento in cui sia raggiunta ed esplicitata, a conclusione della fase di informazione/consultazione, la decisione organizzativa circa l'*an* ed il *quantum* degli esuberanti, con l'eventuale corollario dell'ambito aziendale e professionale interessato dall'eccedenza. Se così è — e se quelle esigenze aziendali siano state doviziosamente specificate ed articolate all'avvio delle procedure di mobilità ed in sede di definitiva esplicitazione della decisione organizzativa — la successiva concreta individuazione dei dipendenti da licenziare sembra essere vicenda di prevalente interesse collettivo-sindacale, se si presume che, comunque sia effettuata la scelta, ad ogni modo debba restare necessariamente impregiudicato il buon esito della decisione organizzativa assunta, e dunque dell'interesse imprenditoriale per così dire « primario »¹³.

Diritto del lavoro e razionalità, in *ADL*, 1995, 22. In tal senso v. anche Corte Cost. 30 giugno 1994 n. 268, in *GC*, 1994, 2188.

¹⁰ « *Gli esuberanti* » è il titolo di una ironica storia a fumetti, autori Daniel Pennàc e Jaques Tardì, Feltrinelli, Milano, 2000.

¹¹ Laddove, nella fase delle procedure di informazione/consultazione, il legislatore ha previsto la possibilità di un intervento di soggetti amministrativi che in quella sede portano e rappresentano in via diretta l'interesse pubblico (v. art. 4 co. 7 L. n. 223/1991).

¹² D'Antona, *Sub art. 5*, in Persiani (a cura di), *Commentario della L. 23 luglio 1991 n. 223*, in *NLCC*, 1994, 932.

¹³ Le esigenze aziendali, più che un criterio, finiscono dunque con l'essere un *prius* rispetto all'applicazione dei criteri « sociali »: nel senso che i criteri sociali andrebbero applicati sempre e comunque dopo che l'imprenditore abbia delimitato l'area, i profili, le mansioni e le professionalità che risultano in eccedenza. Una volta che ciò sia stato fatto, e nel presupposto che i

Se è così, si potrebbe allora ritenere che, mentre nella prima fase viene in primo piano l'esigenza di risolvere il problema organizzativo aziendale attraverso l'elaborazione partecipata di una decisione che, per quanto possibile, contemperi le esigenze *anche* dei lavoratori ed in generale sociali, nella definizione dei criteri di scelta dei dipendenti le esigenze aziendali sembrano cedere la primazia di fronte alla necessità di fare in modo che la selezione dei lavoratori, ad esigenze primarie dell'impresa invariate (numero, ambito aziendale/professionale), possa essere ispirata a criteri tali da ridurre il « danno sociale »¹⁴.

2. Individuati, per linee di massima, funzione e ruolo della contrattazione collettiva sui criteri di scelta, si può ampliare ed approfondire il discorso sui possibili contenuti e limiti, anche in riferimento ai parametri normativamente definiti dall'art. 5. A tale proposito conviene prendere spunto dal noto intervento della Corte Costituzionale del 1994¹⁵ che, se nel suo nucleo centrale investe la questione dell'efficacia *erga omnes* dei contratti e della compatibilità con l'art. 39 Cost., ha però avuto modo di toccare i confini della competenza dell'autonomia collettiva ed i rapporti con i criteri legali.

Il punto nodale, nella decisione della Consulta, per quanto qui interessa, risiede nella parte in cui si evidenzia lo sforzo di pervenire ad un equilibrio tra la salvaguardia del ruolo dell'autonomia collettiva nel sistema della legge e l'apposizione di paletti che garantiscano un esito, per usare le parole della Corte, « ragionevole e razionale », del potere attribuito ad essa: per un verso, pertanto, la Corte afferma con decisione che l'art. 5 L. n. 223 « non prevede alcun potere sindacale di deroga a norme imperative di legge, bensì sostituisce alla determinazione unilaterale dei criteri di scelta, originariamente spettante all'imprenditore nell'esercizio del suo potere organizzativo, una determinazione concordata con i sindacati maggiormente rappresentativi. Solo in mancanza di accordo vengono in applicazione i criteri indicati nella seconda parte della disposizione, la quale, sotto questo aspetto, ha natura di norma suppletiva »; per altro verso, però, in un passaggio successivo il Giudice delle leggi precisa che « poiché adempie una funzione regolamentare delegata dalla legge, la determinazione pattizia dei criteri di scelta deve rispettare non solo il principio di non discriminazione sanzionato dall'art. 15 L. n. 300/1970, ma anche il principio di razionalità, alla stregua del quale i criteri concordati devono avere i caratteri dell'obiettività e della generalità e devono essere coerenti col fine dell'istituto della mobilità dei lavoratori ». E, continua la Corte, « come parametro del giudizio di razionalità o ragionevolezza possono venire in considerazione anche i criteri legali, non come tali, ma in quanto riproducono criteri tradizionalmente praticati nei rapporti collettivi connessi ai

lavoratori potenzialmente licenziabili siano in numero maggiore rispetto all'eccedenza, ne dovrebbe conseguire che, rispetto alle esigenze aziendali essenziali, risulta in un certo qual modo indifferente quali lavoratori siano effettivamente individuati, sulla base dei criteri sociali, nel momento in cui la scelta sia ovviamente omogenea a quelle esigenze. In questa ottica, il riferimento, nella norma che individua i criteri di scelta legali, alle esigenze aziendali, può intendersi come riferito ad esigenze, per così dire, « secondarie », in quanto non « essenziali » rispetto alle priorità eziologicamente sottese all'eccedenza.

¹⁴ Sul punto è opportuno però evidenziare che la Corte Cost., nella sentenza n. 268/94 sembra riscontrare anche in questa fase una prevalente considerazione delle esigenze aziendali nella *ratio* della delega alla contrattazione collettiva: v. *infra*, nota 28.

¹⁵ Corte Cost. 30 giugno 1994 n. 268, in *GC*, 1994, 2188.

licenziamenti per riduzione del personale nel settore dell'industria, sicché lo scostamento da essi deve essere giustificato ».

Era inevitabile che le affermazioni sopra riportate stimolassero il dibattito su funzione, contenuti e limiti dei criteri di scelta; ed era altrettanto logico che fossero accolte da critiche anche piuttosto severe¹⁶, dal momento che è « ...non del tutto coerente, da un lato, affermare la natura meramente suppletiva e sussidiaria dei criteri legali e, dall'altro, sostenere la funzione legale derivata degli accordi collettivi condizionandone, per tale motivo, la legittimità sia sotto il profilo del necessario rispetto dei principi metanormativi dell'art. 3 1° co., Cost. (generalità e astrattezza), sia sotto quello dell'obbligo di motivazione circa le ragioni dello scostamento dai criteri di scelta legali »¹⁷. In tal modo, infatti, « la stessa pronuncia accredita di fatto la natura derogatoria delle intese e non quella suppletiva della legge »¹⁸.

A conferma dell'ambiguità delle indicazioni contenute nella sentenza n. 268/94, si possono rinvenire decisioni della magistratura di merito e di legittimità che, in sede di valutazione di legittimità di criteri di scelta contrattuali e dei relativi presupposti, esprimono posizioni differenti quando non antitetiche, pur dichiarando, tutte, di ispirarsi ai principi enucleabili dal *dictum* della Consulta¹⁹.

3. Per quanto riguarda le questioni che ora interessano, il problema fondamentale, comunque, è delimitare — per usare un gioco di parole — « l'autonomia dell'autonomia » (collettiva): capire cioè il grado di « libertà regolativa » della contrattazione collettiva in relazione anche alla sua autonomia « funzionale » e, correlativamente, individuarne eventuali limiti.

A tale scopo, un primo dato utile è già stato poc'anzi enucleato a proposito della « funzione » e del ruolo della contrattazione collettiva sui criteri di scelta, in relazione al « fine dell'istituto della mobilità dei lavoratori » (come ricordato anche dalla Corte Costituzionale) ed a quello più specifico dei criteri di scelta: in relazione ad essi, dunque, vanno valutati autonomia e limiti della contrattazione collettiva. Ciò significa innanzitutto, che una valutazione degli accordi sui criteri di scelta dev'essere eventualmente fatta in relazione al « fine che la legge su tale istituto attribuisce alla procedura ed alla negoziazione tra le parti » e non invece sulla base della « coerenza dei criteri pattizi alle ragioni (ovviamente di fatto) della singola e specifica riduzione di personale », dal momento che, in questo secondo caso, « è allora chiaro che la razionalità viene fatta operare esclusivamente come valore e, in quanto tale, essa può essere calibrata diversamente secondo l'opinabile nozione di razionalità propria di ciascun accordo e di ciascun giudice »²⁰.

Ciò chiarito, va poi ricordato l'altro elemento che il legislatore testualmente

¹⁶ Tra gli altri, cfr. Persiani, *op. cit.*, 21 ss. Chieco, *Licenziamenti collettivi - Nuova disciplina*, voce *EGT*, Roma, 1998, 20 ss.; Liebman, *La mobilità del lavoro nella legge n. 223/91: tendenze della prassi applicativa*, in *RIDL*, 1999, I, 143; Castelvetti, *La negoziazione dei criteri di scelta nelle riduzioni di personale*, in *RIDL*, 2000, 77 ss.; Carabelli, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, Bari, 2001, 180 ss.

¹⁷ Chieco, *op. cit.*, 21.

¹⁸ Gagnoli, *op. cit.*, 111.

¹⁹ V. ad es. Cass. 24 marzo 1998, n. 3133, in *MGL*, 1998, 456; Cass. 23 marzo 1998, in *MGL*, 1998, 457; Cass. 2 marzo 1999, n. 1760, in *GL*, 15, 21; Cass. 23 settembre 1999, n. 10368, in *MGL*, 1999.

²⁰ Castelvetti, *cit.*, 81, in critica alla sentenza n. 4666/99 della Cassazione (Cass. 11 maggio 1999, n. 4666, in *MGL*, 1999, 8-9, 935).

fornisce e che risulta di ausilio nella delimitazione dei contenuti della contrattazione collettiva: ai sensi dell'art. 5 L. n. 223/91, infatti, la contrattazione collettiva non ha il compito di individuare nominativamente i dipendenti, bensì, e più limitatamente, quello di definire « criteri » di selezione, sulla base dei quali il datore di lavoro provvederà ad individuare i dipendenti.

Ne conseguono le prime, necessarie, caratteristiche: la generalità e astrattezza, « ontologicamente » connaturate alla nozione di « criterio ». Infatti, « disporre, non dei criteri di scelta, ma della scelta stessa dei licenziati, significa esorbitare dai confini della « materia » rinviata dall'art. 5, comma 1^o, ai contratti collettivi »²¹.

Si badi, però: « non individuazione dei dipendenti » da parte dell'accordo non significa anche « non individuabilità ». Nel momento infatti in cui, come nel caso dell'età utile ai fini pensionistici, la contrattazione collettiva abbia specificato un criterio, di per sé generale e astratto, è possibile che nel caso di specie sia consentito esattamente individuare, senza necessità di altra operazione selettiva, i dipendenti licenziabili (e dunque in concreto l'accordo non definisce solo il criterio ma individua anche i dipendenti: c.d. « criterio-fotografia »). Ciò non pare possa condurre ad un censura di illegittimità dell'accordo (e del criterio), nel momento in cui comunque è rispettata l'indicazione legislativa, dell'astrattezza e generalità del criterio, che prescinde dal grado « effettivo » di indeterminazione che in concreto, nella realtà aziendale, caratterizza lo stesso criterio²².

Problema uguale, ma opposto, consegue ad una eventuale eccessiva indeterminazione dei criteri: sono cioè legittimi criteri che lascino comunque ampia discrezionalità al datore di lavoro nella conclusiva operazione di individuazione dei « nomi » dei dipendenti da licenziare? A tale proposito è stata sottolineata « l'opportunità che l'accordo preveda o un altro elemento 'interno' al criterio stesso...o almeno un altro criterio...in grado di eliminare siffatta discrezionalità totale e di consentire la predisposizione di una graduatoria »²³.

Su tale opportunità si può concordare; non così, invece, sul fatto che tale integrazione sia condizione di legittimità dell'accordo: è infatti possibile comunque ipotizzare, *ad adiuvandum*, l'applicazione dei (altri) criteri legali²⁴; come pure è possibile valutare comunque sufficiente di per sé il criterio, ritenendo implicito nell'accordo il consenso ad una successiva selezione del datore di lavoro (operata sulla base delle esigenze tecnico-organizzative dell'azienda)²⁵.

Ben più arduo, a mio parere, tornando al discorso sulla « razionalità » e « ragionevolezza » dei criteri e dei contratti collettivi che li prevedono, è valutare la congruità degli stessi rispetto alle finalità della legge: infatti, quest'ultima delega al sindacato ed all'autonomia collettiva il compito, per certi versi ingrato, di indivi-

²¹ D'Antona, *op. cit.*, 929.

²² « Il fatto che i nomi possano essere ricavati non è sufficiente per comprovare la mancanza di « oggettività » e di « generalità » dell'accordo... È decisivo, invece, che il criterio sia o meno ancorato ad un dato oggettivo, e dunque si ponga come criterio imparziale... È dunque sul contenuto precettivo del criterio che occorre concentrarsi, e non sulle vicende della sua implementazione ». Così Del Punta, *I vecchi e i giovani: spunti sui criteri di scelta dei lavoratori in esubero*, in *LD*, 1999, 415.

²³ Carabelli, *cit.*, 2001, 188. Sulla necessità della graduatoria v. anche Cass. 11875/2000, *cit.*

²⁴ Come sembra ritenere possibile Del Punta, *I licenziamenti per riduzione di personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, in *LD*, 1994, 137-138 e Pera, *Licenziamento per riduzione di personale dei dipendenti prossimi al pensionamento*, in *RIDL*, 1996, II, 383.

²⁵ V. Cass. 9 settembre 2000, n. 11875, *cit.* (nota 7).

duare le esigenze prioritarie da soddisfare, in tal modo concretizzando l'interesse collettivo da rappresentare e tutelare in quella fase. Ciò comporta, evidentemente, la sostanziale impossibilità di una successiva valutazione nel merito — in particolare da parte dei giudici — della scelta effettuata nel contratto collettivo: il sindacato, infatti, col consenso del datore di lavoro, può ritenere opportuno privilegiare gli interessi dei dipendenti (che saranno) licenziati, dando cioè preferenza a criteri tendenti a favorirne la « *employability* », o il passaggio « indolore » al pensionamento; può al contrario decidere di favorire anzitutto le esigenze degli « *insiders* », propendendo per criteri che tengano in particolare considerazione l'anzianità aziendale (se ad esempio la situazione del mercato del lavoro locale/settoriale non desta particolari preoccupazioni circa la ricollocabilità dei licenziati).

Il nocciolo duro della questione si scopre, comunque, allorché si tratti di valutare la possibilità per la contrattazione collettiva di privilegiare le esigenze aziendali. L'ipotesi non è di scuola, avendo dato luogo anche a contenzioso giudiziario²⁶, e consente ulteriori puntualizzazioni sul grado di sindacabilità degli accordi sui criteri di scelta in relazione alla legittimità dei criteri stessi.

Il ragionamento va svolto partendo dall'aspetto specifico (esigenze aziendali come unico criterio contrattuale di scelta), ma inquadrandolo nel più generale discorso sulla « razionalità/ragionevolezza » che, come poc'anzi ricordato, risente delle precise quanto discutibili indicazioni della Corte Costituzionale.

Partendo proprio da queste ultime, pare senz'altro da criticare il modo in cui la Corte individua la *ratio* della delega legislativa alla contrattazione collettiva sui criteri di scelta: riprendendo infatti quanto sopra detto, va ribadito che tale *ratio* risiede nella maggiore idoneità dell'autonomia collettiva, rispetto alla legge, ad assolvere al compito di « ...comporre, in termini di equità e di solidarietà, l'inevitabile conflitto che, quando l'impresa è in crisi, si verifica tra gli interessi degli stessi lavoratori »²⁷, tenendo in considerazione le mutevoli esigenze della situazione specifica.

Se così è, la Corte Costituzionale non sembra cogliere il nocciolo essenziale del ruolo dell'autonomia collettiva, nel momento in cui pare riscontrare una prevalente funzionalità della contrattazione collettiva alle esigenze aziendali²⁸.

Proprio per questo, non risulta inutile ribadire ancora una volta quanto generalmente riconosciuto in dottrina: cioè che lo scopo primario dei criteri di scelta è di selezionare i lavoratori da licenziare — nell'ambito dell'area aziendale/professionale individuata nella decisione organizzativa assunta al termine delle procedure di informazione e consultazione sindacale — attraverso criteri che, in maniera oggettiva ed imparziale, contemperino le esigenze aziendali (di ridurre il personale) con quelle « sociali » (attenuazione delle conseguenze sui lavoratori e considerazioni delle esigenze di questi ultimi).

Ciò premesso, si possono svolgere alcune considerazioni in ordine alla valutazione

²⁶ V. Cass. 24 marzo 1998, n. 3133, in *MGL*, 1998, 456, con nota di Liebman; v. anche Pret. Livorno, 2 agosto 1993, in *RIDL*, 1994, II, 574.

²⁷ Cfr. Persiani, *Diritto del lavoro...*, cit., 13.

²⁸ La Corte, infatti in un passaggio della sentenza n. 268/94 afferma che la delega alla contrattazione collettiva « risponde all'esigenza di adattamento dei criteri di individuazione del personale in soprannumero alle condizioni concrete dei processi di ristrutturazione aziendale, tenuto conto dei notevoli oneri finanziari imposti dalla nuova disciplina della cassa integrazione guadagni alle imprese che si avvalgono delle procedure di mobilità dei lavoratori » (Sottol. mia).

della legittimità dei criteri individuati dalla contrattazione collettiva in relazione alle affermazioni della Corte Costituzionale, da un lato, ed alla specifica questione delle esigenze aziendali come possibile unico criterio di scelta, dall'altro lato.

Per quanto concerne il primo aspetto, era inevitabile che le osservazioni della Corte Costituzionale circa la necessaria « razionalità e ragionevolezza » dei criteri stabiliti dalla contrattazione collettiva incontrassero le valutazioni critiche della dottrina, in generale imperniate sul timore di una « funzionalizzazione » dell'autonomia collettiva, nel momento in cui invece quest'ultima « ...anche quando si esercita con la stipulazione del contratto collettivo, è, nelle stesse valutazioni accolte dal legislatore costituzionale (art. 39, primo comma, Cost.) libera, onde nel perseguimento degli interessi rappresentati dalle parti stipulanti non tollera funzionalizzazioni »²⁹. Quanto appena detto si traduce nella comune affermazione dell'impossibilità di un giudizio valutativo di merito sul prodotto dell'autonomia collettiva, nel caso di specie dell'accordo sui criteri di scelta: perché « al giudice... non spetta ingerirsi nella meritevolezza degli interessi né nella razionalità delle scelte operate dai contraenti collettivi per realizzarli »³⁰. Va dunque condivisa la constatazione che « nella catena di equivoci generata dall'affermazione esemplificativa di C. Cost. n. 268...la decontestualizzazione della frase è stata usata per argomentare la fattibilità di un controllo basato su ragioni esterne alla legge, ma interne alla situazione specifica che, invece, è compito esclusivo delle parti sociali e non del giudice, di valutare e comporre »³¹.

Se appare chiaro che gli spazi di autonoma valutazione delle parti nella individuazione dei criteri non possono essere dunque compressi nel merito, a pena di sostanziale sconfessione della scelta legislativa, che proprio nella capacità dell'autonomia collettiva di valutazione ed adeguamento alle esigenze della situazione reale trova le ragioni per preferire la sua competenza a quella della fonte legale nella individuazione dei criteri di scelta, appare altrettanto generalmente avvertita l'esigenza di circoscrivere margini minimi di legittimità ai contenuti della contrattazione collettiva.

La delicatezza e la difficoltà dell'operazione appaiono chiare, sia in generale — il dibattito sui limiti del sindacato di ragionevolezza sull'autonomia collettiva si muove notoriamente su di un terreno assai viscido, dove risulta arduo trovare appigli di tranquillizzante solidità — sia nel caso di specie, proprio per la consapevolezza che « il discrimine fra indebite valutazioni giudiziali di merito ed il dovuto riscontro di ragionevolezza è tanto esiguo da lasciare presagire frequenti sconfinamenti »³².

²⁹ Persiani, cit., p. 9; v. anche Carabelli, cit., 180 ss.

³⁰ Castelvetti, *op. cit.*, 85.

³¹ Castelvetti, *ivi*, 88.

³² Gagnoli, *op. cit.*, 119. Sul punto, sono stati *per relationem* anche richiamati i risultati cui è pervenuta l'elaborazione giurisprudenziale sul controllo della scelta dei lavoratori da collocare in cassa integrazione guadagni (correttezza e buona fede. Cfr. Persiani, cit., 18 ss): il confine di legittimità dei criteri contrattuali sarebbe pertanto, sostanzialmente, nella non discriminatorietà e, più in generale, nella non incomprendibilità, illogicità e contraddittorietà — e dunque non arbitrarietà — degli stessi (Cfr. Castelvetti, *op. cit.*, 95-96).

Nell'ambito di coloro che pure in generale condividono il ricorso ai limiti della correttezza e buona fede le posizioni si articolano, nel tentativo di individuare con maggiore precisione elementi utili al fine del giudizio di legittimità dei criteri: la correttezza viene così intesa, da qualcuno, come « ...un vincolo di comportamento corretto verso i lavoratori nella contrattazio-

Delle diverse ricostruzioni, oltre al comune denominatore del riferimento ai principi generali di correttezza/buona fede, conviene a nostro parere recuperare il riferimento alla tutela degli interessi dei lavoratori quale requisito necessario per la validità dei criteri convenzionalmente stabiliti: il « come » quegli interessi siano tutelati, ed a quali lavoratori essi sostanzialmente attengano, come s'è detto non sono però elementi sindacabili, potendo e dovendo « ...dirsi corretti anche accordi collettivi favorevoli agli interessi solo di alcuni e non di tutti i dipendenti... »³³, dal momento che resta affidato al sindacato ed alla contrattazione collettiva il compito di « selezionare » gli interessi da « qualificare » e privilegiare nel caso concreto.

In quest'ottica, allora, per un verso non si condivide il riferimento, sia pure come « parametro della situazione di ragionevolezza », ai criteri legali: sarebbe infatti inevitabile la conclusione cui giunge la Corte Costituzionale, cioè che, sostanzialmente, lo scostamento dai tre criteri debba essere giustificato e motivato.

Per altro verso, paiono meno rilevanti le preoccupazioni di una « funzionalizzazione » della contrattazione collettiva rispetto alla legge. Nei confronti di quest'ultima, l'autonomia collettiva è certamente « libera »; non si può però negare che i confini di quella libertà sono (devono essere) delimitati dal compito (competenza) che l'autonomia collettiva assume: cioè di definire uno o più criteri che il datore di lavoro dovrà applicare per selezionare i dipendenti da licenziare, i quali criteri devono tener conto (al fine di tutelarli) degli interessi dei lavoratori stessi³⁴.

In definitiva, la contrattazione collettiva è libera di stabilire qualsiasi criterio di scelta, purché: *a*) sia tale (cioè un « criterio di scelta » e non direttamente « la scelta »); *b*) sia rivolto alla tutela degli interessi dei lavoratori (e non, almeno non esclusivamente, del datore di lavoro), nella logica di una riduzione per quanto possibile delle conseguenze negative dei licenziamenti (per gli « espulsi ») e/o dell'eccedenza di personale (per coloro che rimangono); *c*) non sia « discriminatorio ».

A tale ultimo proposito, ulteriori « complicazioni » del ragionamento derivano dal quadro comunitario: la Carta europea dei diritti fondamentali, prima, e la recente direttiva quadro sulla parità di trattamento (n. 2000/78), poi, hanno infatti incluso tra i « fattori di rischio » di discriminazione anche l'età³⁵. Ciò impone di leggere e valutare la disciplina legislativa dei criteri di scelta — legali e contrattuali — anche alla luce di questa indicazione: il che, per un verso, sembra fornire ulteriori ragioni per avvalorare l'interpretazione del criterio di scelta legale della « anzianità »,

ne », come obbligo di corretta rappresentanza, in virtù della quale « ...si impone al sindacato l'obbligo di salvaguardare gli interessi dei lavoratori nella gestione delle trattative e del negoziato » (Castelvetri, *op. cit.*, 93-94), e che sarebbe violato da « criteri selettivi incomprensibili, illogici o tra loro contraddittori », che contrasterebbero palesemente con l'effettiva tutela-contemperamento degli interessi dei lavoratori, sottesa alla *ratio* della mobilità.

In altri casi, invece, si ritiene possibile utilizzare, per dare concretezza alle clausole di correttezza e buona fede, e dunque come parametro della valutazione di ragionevolezza, i tre criteri legali dell'art. 5 L. n. 223, quali figure sintomatiche di corretta individuazione ed applicazione dei criteri di comparazione convenzionale (Carabelli, *op. cit.*, 183; Chieco, *op. cit.*, 21).

³³ Castelvetri, *op. cit.*, 94.

³⁴ A conclusioni simili, pur se da un diverso percorso, sembra da ultimo giungere Carabelli, *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Relazione di sintesi alle Giornate di studio Aidlass, Foggia-Baia delle Zagare, maggio 2001, 21, dattil.

³⁵ V. De Simone, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2001; Chieco, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in RIDL, 2002, 1, I, 75.

come riferito all'anzianità di servizio piuttosto che all'età anagrafica³⁶; per altro verso, può creare qualche ulteriore problema in più alla contrattazione collettiva, nel momento in cui, com'è noto, il criterio dell'anzianità anagrafica, nel senso di prossimità alla pensione, risulta il parametro di scelta privilegiato da quest'ultima. Il problema può risolversi facendo leva sulle possibili « deroghe » consentite dalla disciplina europea che, proprio con riferimento alla discriminazione per età, consente disparità di trattamento, « laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale... »³⁷. In questa ottica, assumono nuovo significato le affermazioni fatte dalla Corte Costituzionale nel 1994 (nella più volte citata sentenza n. 268), quando evidenzia che « ...la svalutazione del privilegio tradizionale dell'anzianità di servizio, nei confronti di lavoratori prossimi al raggiungimento dei requisiti di età e contribuzione per fruire di un trattamento di quiescenza, può essere giustificata in una situazione di mercato del lavoro tale da escludere per il lavoratori più giovani la possibilità di trovare a breve un altro posto di lavoro... » (sottolin. mia).

4. Sulla base di queste considerazioni si può dunque concludere che gli spazi per l'autonomia collettiva possono essere assai ampi. Resta da verificare se tale raggio di autonomia giustifica anche la possibilità che convenzionalmente siano privilegiate (unicamente) le esigenze aziendali.

Sul punto si sono espresse opinioni diverse³⁸. In particolare, la tesi affermativa fa leva proprio sulla « pienezza » della delega riconosciuta alla contrattazione collettiva al fine dell'individuazione dell'interesse (collettivo) da tutelare nella scelta dei lavoratori da licenziare. In considerazione di quella funzione, si sostiene, « ...non può negarsi la piena legittimità di accordi sindacali che operano la scelta dei lavoratori da porre in mobilità dando rilievo soltanto alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale...non potendosi dubitare che la presa di coscienza della realtà aziendale da parte del sindacato fa ragionevolmente ritenere che il richiamo alla salvaguardia delle esigenze aziendali sia un passaggio utile, se non necessario, per restituire produttività alle imprese, e non, certo, uno strumento da utilizzare per liberarsi della forza lavoro sgradita al datore di lavoro »³⁹.

Sul piano teorico astratto, le affermazioni sopra sintetizzate possono anche condividersi: se infatti spetta all'autonomia collettiva « selezionare » forme e modalità di

³⁶ Sulla questione. Tra gli altri, v. Gottardi, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, Padova, 1995, 136 ss.; 139; Focareta, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *DLRI*, 1992, 335 ss.; Gragnoli, *op. cit.*, 104 ss.

³⁷ Art. 6.1, dir. 2000/78.

³⁸ Favorevoli, in dottrina, Liebman, *Accordo sindacale sui criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità e legittimità del riferimento alle sole esigenze tecnico produttive dell'impresa*, in *MGL*, 1998, 456; Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, 284, nota 50; per la giurisprudenza, Cass. 24 marzo 1998, n. 3133, in *RIDL*, 1999, II, 197 (con nota di Luca Marra); Cass. 1 febbraio 1999, n. 1335, in *MGL*, 1999, 421; per la giurisprudenza di merito v. Pret. Roma 3 aprile 1995, in *GLL*, 1995, 505. Di contrario avviso, in dottrina, v. Carabelli, *op. cit.*, 184; Scarpelli, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, in *LD*, 1996, 35.

³⁹ Così Cass. 3133/98, cit.

tutela dell'interesse collettivo, deve allora riconoscersi la possibilità che la scelta operata sia quella di favorire la massima discrezionalità dell'impresa, nella convinzione che il recupero di produttività ed efficienza di quella si traduca in effetti favorevoli per gli occupati, allontanando gli spettri di possibili future (ulteriori) eccedenze di personale (e licenziamenti).

A ben vedere, però, il ragionamento astratto risulta di difficile applicazione concreta, mentre più facilmente può dar luogo ad una commistione e confusione tra la fase delle procedure di mobilità in senso stretto (le procedure di informazione e consultazione sindacale) e quella della definizione ed applicazione dei criteri di scelta: se infatti è fondato il ragionamento che ci induce a sostenere che le esigenze aziendali « primarie » devono essere espresse (e soddisfatte) prima dei (ed a prescindere dai) criteri di scelta, non sono facilmente ipotizzabili ragioni aziendali che possano integrare un criterio (contrattuale) unico di scelta, laddove le ragioni organizzative in tal senso più ragionevolmente enucleabili paiono potersi ascrivere a interessi aziendali che esulano da una possibile valutazione nella individuazione dei criteri di scelta (e sono a monte di quest'ultima).

Per essere più chiari, e facendo riferimento a vicende aziendali passate al vaglio dei giudici, l'accordo con il quale si stabilisce, privilegiando in via esclusiva esigenze aziendali, di limitare la scelta ad una determinata area aziendale o ad un determinato ambito professionale ⁴⁰, può e deve più correttamente considerarsi come accordo di chiusura della fase partecipativa delle procedure (informazione/consultazione) e non come un accordo sui criteri di scelta: infatti, quell'accordo pare riguardare l'articolazione e specificazione delle esigenze tecnico-produttive che sono alla base della dichiarazione di eccedenza e che devono essere soddisfatte; dunque attiene « ancora » alla fase della decisione organizzativa, e non a quella della scelta dei dipendenti da licenziare.

Sembra difficile, invero, che una volta assunta la decisione organizzativa (quanti lavoratori, in quale ambito aziendale, per quali profili professionali, ecc.) non residuino margini per l'applicazione di criteri che riducano gli effetti « sociali » negativi dell'impatto della decisione organizzativa sui lavoratori. E se pure quest'ultima eventualità si prospettasse, dovrebbe allora più correttamente ritenersi che le esigenze aziendali eziologicamente connesse all'eccedenza di personale non lasciano spazi per la scelta dei dipendenti (ipotesi: l'azienda deve — e magari concorda col sindacato di — licenziare *tutti* i dipendenti addetti ad una determinata lavorazione o ad un determinato reparto).

5. Siffatto ragionamento può estendersi (trovando indirettamente conferma) anche alla questione (che è in un certo senso una « sottoquestione ») della scelta dei dipendenti nel caso di licenziamenti collettivi « post-Cigs » (ex art. 4 co. 1 L. n. 223/1991). Anche in quel caso si sono contrapposti due orientamenti, relativamente

⁴⁰ Le motivazioni del Giudice di legittimità nella sentenza cit. in nota precedente paiono confermare le nostre perplessità circa la commistione tra fasi della procedura di licenziamento e rispettive funzioni ed obiettivi, là dove si afferma che il criterio delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative « ...può essere dunque utilizzato come solo parametro di determinazione del personale da collocare in mobilità *in sede di accordi sindacali che concludono la procedura di cui all'art. 4 della L. n. 223/91* » (sottol. mia).

alla legittimità o meno di circoscrivere la scelta ai lavoratori sospesi (in Cigs), escludendo tutti gli altri ⁴¹.

Anche qui si può rinvenire un'illogica contaminazione tra le due fasi delle procedure di licenziamento, e di conseguenza anche tra gli interessi rappresentati e tutelati.

Va anzitutto ricordato che la disciplina della L. n. 223/1991 si caratterizza per l'aver « affiancato » alla fattispecie « europea » dei licenziamenti per riduzione di personale (ex art. 24 della legge) l'altra e diversa fattispecie dei licenziamenti collettivi successivi alla Cigs (ex art. 4 L. n. 223/1991); quest'ultima caratterizzata dalla « derogabilità » del presupposto quantitativo del numero minimo di licenziamenti (o, per meglio dire, di « esuberanti »).

Ora, per quanto qui interessa, appare chiaro che obiettivo del legislatore è quello di garantire, anche quando l'eccedenza che « provoca » le procedure di mobilità segue un periodo di cassa integrazione (cioè di eccedenza « temporanea »), lo svolgimento delle stesse procedure — con analogia di *ratio* e di logiche — previste per i licenziamenti collettivi « puri » (per riduzione di personale, ex art. 24 L. n. 23/1991). Ciò va correttamente inteso nel senso che la dichiarazione di eccedenza e l'avvio delle procedure sindacali aprono altra e diversa vicenda rispetto a quella della Cigs, con la logica conseguenza che non può automaticamente tramutarsi lo stato di cassintegrato in « esuberato ».

Da questo punto di vista, appare esatta la valutazione che la « verifica congiunta » sottesa alle procedure di mobilità « ...abbraccia l'impresa nel suo complesso e può estendersi anche alle posizioni non ricomprese, al momento, nel trattamento di integrazione salariale, al precipuo fine di rendere possibile la ricerca di quelle « misure alternative » cui si riferisce il primo comma dell'art. 4 » e che di conseguenza quelle misure « ...non vanno riferite esclusivamente ai lavoratori in atto sospesi per effetto dell'ammissione al trattamento di Cigs: la prospettiva di mobilità, rimettendo in discussione gli equilibri complessivi dell'azienda e, dunque, i destinatari dell'intera comunità di lavoro, proprio al fine di consentire l'adozione di più articolate ed ampie misure di risanamento economico e produttivo, chiama necessariamente in causa tutte le posizioni lavorative, in uno spirito di solidarietà generale che non consente esenzioni o immunità preconcrete » ⁴².

Ed invero, a conferma di quanto appena detto, vale anche la previsione legislativa circa i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in Cigs: il criterio ordinario, cui l'impresa è in partenza obbligata, è infatti quello della rotazione dei lavoratori; solo per motivate (ed approvate) esigenze l'impresa può provvedere altrimenti ⁴³. Ciò, per quanto riguarda la nostra questione, significa evidentemente che, almeno di norma ed in partenza, come i lavoratori interessati dalla Cigs non sono solo quelli al momento (ed inizialmente) sospesi, così i lavoratori potenzialmente interessati dalla riduzione di personale (licenziamenti) non saranno solo questi ultimi.

A meno che, così come le esigenze aziendali possono aver giustificato il mancato ricorso alla rotazione, non sussistano specifiche ragioni aziendali che rendano necessario delimitare l'ambito della riduzione di personale ai lavoratori già in

⁴¹ Nel primo senso v. Trib. Torino, 1 luglio 1996, in *GP*, 1996, 294; *contra*, Cass. 11 novembre 1998, n. 11387, in *RIDL* 1999, 665; Carabelli, *op. cit.*, 186.

⁴² Così Cass. 11 novembre 1998, n. 11387, in *RIDL*, 1999, 665, con nota di Michele Palla.

⁴³ Per tutti, da ultimo v. Santucci, *La rotazione dei lavoratori in cassa integrazione guadagni: un complicato intreccio di interessi individuali e collettivi*, in *DML*, 2001, 2, 423.

Cigs⁴⁴. Ma in tal caso, a ben vedere, valgono i rilievi fatti poc'anzi circa la commistione tra le fasi delle procedure di licenziamento: giacché non si tratterà di definizione ed applicazione dei criteri di scelta, quanto di articolazione e specificazione dei caratteri (e dell'ambito) dell'eccedenza di personale.

Per cui, ripetendo il ragionamento per l'ipotesi — dalla quale siamo partiti — di accordo aziendale sui criteri di scelta che, esplicitamente privilegiando le ragioni aziendali, delimiti i licenziamenti ai dipendenti sospesi in Cigs, dovrà concludersi che si tratterà di accordo sulla gestione dell'eccedenza (decisione organizzativa) e non sulla selezione dei licenziandi; con la conseguenza che delle due l'una: o il numero dei lavoratori in Cigs corrisponde esattamente al numero degli esuberanti « definitivi »; o, se quest'ultimo fosse inferiore, dovrebbero ritenersi applicabili comunque i criteri di scelta legali, *in carenza di disciplina collettiva dei criteri stessi*.

6. Chiariti, per quanto possibile, ruolo e contenuti della contrattazione collettiva sui criteri di scelta, sono da affrontare altri nodi problematici, inerenti all'ambito di applicazione e di efficacia della contrattazione collettiva.

A tale proposito, il dibattito si è incentrato essenzialmente sui seguenti aspetti:

a) l'ambito (livello) al quale possono essere negoziati e stipulati accordi sui criteri di scelta;

b) la questione — ben più importante, e per certi versi già anticipata in sede di esame degli orientamenti della Corte Costituzionale — dell'ambito di efficacia (soggettiva) dei contratti collettivi (questione che, inevitabilmente, porta con sé il più complesso nodo costituito dalla « spada di Damocle » dell'art. 39 Cost.;

c) il problema, strettamente connesso al precedente, della individuazione di caratteristiche — funzionali e strutturali — peculiari di tali contratti, in quanto contratti « gestionali »;

d) infine, si incrocia con le precedenti la questione del rapporto e delle assonanze/dissonanze dei « prodotti negoziali » rispettivamente elaborati ai sensi art. 4 (procedure di informazione/consultazione) e 5 (criteri di scelta) della L. n. 223/1991, problematica che trova innanzitutto fondamento (almeno per i sostenitori delle tesi « differenzianti ») nella diversa terminologia adottata dalle disposizioni appena richiamate (accordi/contratti).

Per quanto è possibile, si preferisce tentare un ragionamento unitario che abbracci i diversi profili sopra elencati. A tal fine, può essere utile partire da due affermazioni, apparentemente contraddittorie tra loro:

a) con riferimento proprio allo « stacco semantico » tra « contratto collettivo sui criteri di scelta » e « accordo sindacale » conclusivo della procedura ex art. 4 L. n. 223/1991 è stato detto che esso « ...ha chiaro riflesso anche sul piano dei contenuti, poiché conferma ancora una volta di più che il legislatore, rendendo dispositiva la norma sui criteri di scelta, affida alle parti collettive la *funzione tipicamente normativa* di modificare il catalogo dei criteri, e non già la funzione tipicamente gestionale di concordare la lista dei licenziati »⁴⁵;

b) per altro verso, nella più volte citata pronuncia del 1994 la Corte Costituzionale afferma — al fine di sottrarli alla « efficacia impeditiva » della norma costituzionale⁴⁶ — che « gli accordi che stabiliscono i criteri di scelta dei lavoratori da

⁴⁴ In questo senso, sembrerebbe, Cass., 24 marzo 1998, n. 3133, cit.

⁴⁵ Così D'Antona, *op. cit.*, 931.

⁴⁶ Lassandari, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Milano, 2001, 254 ss.

collocare in mobilità *non appartengono alla specie dei contratti normativi*, i soli contemplati dall'art. 39 Cost., destinati a regolare i rapporti di lavoro di una o più categorie professionali o di una o più singole imprese » ma, sostanzialmente, li qualifica come « gestionali »: « un diverso tipo di contratto, la cui efficacia diretta — in termini di limiti e modalità di esercizio del potere di licenziamento finalizzato alla riorganizzazione del lavoro nell'impresa — si esplica esclusivamente nei confronti degli imprenditori stipulanti (o del singolo imprenditore nel caso di accordo aziendale) ».

Le affermazioni sopra riportate paiono utili a segnare il passaggio dalla valutazione dei tratti fisionomici dei contratti (e accordi) collettivi sui criteri di scelta, svolta in funzione della delimitazione dei contenuti di questi ultimi — su cui ci si è soffermati nei paragrafi precedenti — alla valutazione di quegli stessi tratti fisionomici, in relazione però alla loro natura e struttura: partendo dal discorso su funzione e carattere « gestionali » della contrattazione collettiva è possibile affrontare i nodi problematici sopra rilevati, tenendo presente che quel discorso, come in parte anticipato, è indissolubilmente legato alla problematica dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo c.d. di diritto comune.

A tal fine conviene almeno ⁴⁷ ricordare che la contrattazione gestionale è collegata in chiave genetica ai due seguenti fattori:

a) la diffusione della teoria (e delle relative tecniche) della c.d « procedimentalizzazione » dei poteri imprenditoriali, di cui la disciplina dei licenziamenti collettivi è uno dei frutti più maturi.

b) l'affermazione di una contrattazione ablativa e non più solo acquisitiva, chiamata dunque « ...ad elasticizzare, con riferimento a specifici e circoscritti profili, le modalità d'uso della forza lavoro in cambio di eventuali contropartite in tema di investimenti ed occupazione » ⁴⁸.

Ciò spiega anche il carattere polisenso assunto dalla locuzione « contrattazione gestionale »:

a) genericamente, ed attecnicamente, intesa come contrattazione di gestione di crisi aziendali e/o di contrattazione in perdita, distributiva cioè, almeno in apparenza, non di vantaggi quanto di sacrifici per i lavoratori ⁴⁹;

b) più specificamente individuata invece come contrattazione avente ad oggetto « più che la determinazione, in via generale ed astratta, delle condizioni economiche e normative di trattamento — caratteristica della parte c.d. normativa del contratto collettivo — la determinazione dei modi e delle condizioni alle quali verrà esercitato — non per il futuro, ma nell'immediato — il 'potere' modificativo (organizzativo) del datore di lavoro » ⁵⁰.

Si spiega altresì il fatto che si ha riguardo ad una contrattazione fondamentalmente — anche se non necessariamente sempre — di livello aziendale: con essa infatti,

⁴⁷ Per approfondimenti sulla distinzione tra contrattazione « gestionale » e « normativa » si rinvia a Natullo, *La contrattazione « gestionale »: distinzioni reali ed apparenti dal contratto « normativo »*, in Santucci-Zoppoli, *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2002.

⁴⁸ De Luca Tamajo, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *RIDL*, I, 1985, 25-26.

⁴⁹ V. ad es. Ballestrero, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *RIDL*, 1989, 357, nota 51.

⁵⁰ Liso, *Modifiche dell'organizzazione e contratto di lavoro*, in *DLRI*, 1981, 568.

come detto più volte, si ricercano (contrattando) soluzioni a problemi organizzativi e gestionali dell'azienda o dell'unità produttiva⁵¹.

7. Nella specifica area dei licenziamenti collettivi, l'intervento della Corte Costituzionale del 1994, più volte citato, può considerarsi come un definitivo consolidamento, nella giurisprudenza, dell'opzione ermeneutica sulla *diversità* della contrattazione gestionale. Ed in quest'area si realizzano anche le condizioni per una verifica delle osservazioni svolte al paragrafo precedente: nella relativa disciplina legislativa, infatti, come si è visto si può delineare un passaggio dalla fase organizzativo-gestionale — nella quale le procedure di partecipazione sindacale (informazione/consultazione) sono propedeutiche alla definizione del contenuto per così dire *quantitativo* della decisione organizzativa — alla fase della decisione di amministrazione del rapporto, nella quale si realizza il trasferimento sul piano *qualitativo* (nominativo) della decisione organizzativa assunta, attraverso la scelta dei dipendenti da licenziare.

L'esame della giurisprudenza che si è occupata, direttamente o indirettamente, degli aspetti problematici di cui si discute mostra incertezze e contraddizioni: partendo proprio dalla Corte Costituzionale, si è già ricordato che i principi affermati nella sentenza del 1994 (n. 268) rappresentano un passaggio fondamentale nella teoria della « diversificazione » funzionale e strutturale (in definitiva della *natura*) degli accordi gestionali.

Le affermazioni della Corte Costituzionale si prestano a diverse valutazioni critiche. Per quanto concerne la questione che qui in particolare interessa se, come sostiene la Corte, si intende per *gestionale* il contratto (o accordo) che incide su di un potere « libero » del datore di lavoro, nel caso di specie deve constatarsi che questa condizione non sussiste: ai sensi dell'art. 5 L. n. 223/1991, infatti, nell'ipotesi in cui dovesse mancare la regolazione collettiva dei criteri di scelta, quest'ultima comunque dovrebbe avvenire nel rispetto di criteri legali suppletivi, in virtù dei quali il potere datoriale risulta pertanto vincolato (e non libero)⁵².

Inoltre, nel momento in cui, come più sopra rilevato, la Corte si sforza di accentuare il nesso di coerenza/omogeneità tra le scelte della contrattazione collettiva e le soluzioni (criteri) « legali », anche sotto questo altro profilo sembra far rientrare dalla finestra la natura *normativa* degli accordi sui criteri di scelta.

Ad aggiungere ulteriori elementi di perplessità, poi, va anche rilevato che la Corte Costituzionale implicitamente riconosce la possibilità di accordi (sui criteri di scelta) anche di livello super-aziendale (nazionale?), che proprio per questo

⁵¹ Tali caratteristiche appaiono più chiare se si richiamano le vicende (e relative fattispecie normative) paradigmaticamente individuate come ambiti di esplicazione della funzione gestionale della contrattazione: oltre a procedure di mobilità e licenziamenti collettivi, cassa integrazione guadagni (art. 5 L. 20 maggio 1975, n. 164) e trasferimento d'azienda (art. 2112 cod. civ.; art. 47 L. 29 dicembre 1990, n. 428; D. Lgs. 2 febbraio 2001 n. 18). Si tratta cioè delle principali ipotesi di « procedimentalizzazione » (accanto alle quali ne vengono richiamate anche altre, come gli accordi sulle prestazioni indispensabili previsti dalla L. n. 146/1990 sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali), in cui la decisione imprenditoriale è subordinata allo svolgimento di procedure sindacali di informazione ed esame, che possono (ma non necessariamente devono) avere uno sbocco negoziale.

⁵² Cfr. Carabelli, *op. cit.*, 179; Gragnoli, *op. cit.*, 110; Prosperetti, *I limiti alla autonomia collettiva nella fissazione dei criteri di scelta per la collocazione in mobilità*, in *DL*, 1994, I, 523.

« ...assolveranno ad una funzione *paranormativa* (sottol. mia) in quanto idonei ad introdurre limiti generali ed astratti al potere di scelta del datore di lavoro »⁵³.

Le incertezze ed ambiguità che emergono dalla lettura della Corte Costituzionale sono confermate, anche se per motivi e profili diversi, anche dall'esame della giurisprudenza di legittimità. In questa sede, infatti, si sono manifestate opinioni contrastanti circa l'idoneità o meno degli accordi conclusivi delle procedure di mobilità — dunque sottoscritti ai sensi dell'art. 4 L. n. 223/1991 — a individuare anche i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, nell'ambito delle quali opinioni possono rilevarsi sottili distinzioni tra funzioni e contenuti dei « prodotti » dell'autonomia collettiva che risultano interessanti ai fini della questione in esame.

In particolare, proprio per giustificare la diversificazione tra « accordi sindacali » ex art. 4 L. n. 223/1991 e « contratti collettivi » sui criteri di scelta, la Cassazione ha sostenuto che « la diversa denominazione usata dall'art. 5 palesa che il legislatore ha ritenuto che la fonte dei criteri di scelta non fosse l'*accordo sindacale* di cui all'art. precedente ma il *contratto collettivo*, cioè atto di natura tipicamente *normativa* » (sottol. mia)⁵⁴.

Poi però, per conciliare queste affermazioni con le argomentazioni della Corte Costituzionale, si precisa che con la distinzione operata (cioè tra contratti normativi e gestionali) la Corte in realtà « non ha escluso che in questa funzione [gestionale] essi fossero normativi nel senso di porre regole generali ed astratte in quanto comunque sono, per espressa previsione del legislatore, contratti collettivi » ulteriormente precisando che, ad ogni modo, ciò non sarebbe in contrasto con la prospettata efficacia *erga omnes* dei contratti stessi.

8. L'esame appena svolto fa risaltare, attraverso la lente delle argomentazioni della giurisprudenza, alcuni punti deboli del percorso che conduce alla divaricazione funzionale e strutturale tra contratti normativi e contratti gestionali⁵⁵. Ed invero, la difficoltà di accogliere tale distinzione è ulteriormente dimostrata dalla circostanza che, pure da parte della dottrina che sostanzialmente la condivide, « ...non si può negare che le disposizioni di quei contratti, nella misura in cui sono volte a disciplinare l'esercizio dei poteri *inerenti alla amministrazione del rapporto di lavoro*, entrano nel regolamento del contratto individuale e quindi certamente danno luogo ad un'efficacia normativa (appunto intesa come conformazione dei contenuti del regolamento negoziale) »⁵⁶.

La conclusione, se di conclusione si può parlare, è che in realtà paiono prevalere ragioni ostative al generale riconoscimento di una effettiva diversità strutturale oltre che funzionale tra contratti normativi e contratti gestionali. Se ne possono richiamare alcune, che risultano sottese all'esame sinora svolto:

a) l'ipotesi di contratti gestionali che incidono sul potere (effettivamente) libero del datore di lavoro « difficilmente si riscontra »⁵⁷: se ad esempio ciò può essere

⁵³ Chieco, *op. cit.*, 19.

⁵⁴ Cass. n. 3057 del 23 marzo 98, in *RIDL*, 1999, II, 197.

⁵⁵ Su cui da ultimo v. Zoppoli, *Il contratto collettivo con funzione normativa nel sistema delle fonti*, Relazione alle Giornate di studio AIDLASS su *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, pubblicate da Giuffrè, Milano, 2002.

⁵⁶ Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, in Aidllass (a cura di), *Autonomia e occupazione*, Atti del XII Congresso nazionale, Milano, 23-25 maggio 1997, Milano, 64.

⁵⁷ Santucci, *La rotazione dei lavoratori in cassa integrazione guadagni: un complicato intreccio di interessi individuali e collettivi*, in *DML*, 2001, 2, 423.

vero nel caso di accordi sulla scelta dei dipendenti da collocare in Cigs (ma anche in quel caso va ricordato che c'è in partenza un obbligo legale di rotazione), così non è, nonostante le affermazioni della Corte Costituzionale, nell'ipotesi dei criteri di scelta per i licenziamenti collettivi, dove esistono comunque dei criteri legali sussidiari dai quali il potere datoriale risulta, in assenza di regole contrattuali, vincolato;

b) la distinzione tra accordi che intervengono sul potere di organizzazione dell'impresa — che potrebbero essere considerati come gestionali *puri*⁵⁸ — ed accordi che intervengono nella fase di amministrazione del rapporto (e che pertanto hanno effetti meno « indiretti » sul rapporto di lavoro), in realtà vale in astratto ma è difficile da tradurre in concreto, in ragione della probabile frequente commistione tra le due fasi⁵⁹;

c) l'osmosi tra aspetti gestionali e normativi, quale emerge dalla giurisprudenza riportata, contraddice l'individuazione di effettive distinzioni strutturali tra le due tipologie.

Per quanto appena detto, sembrano pertanto da condividere le opzioni che, nella dottrina più recente, tendono a negare quella distinzione, almeno nei termini di diversificazione (anche) della struttura e della « natura »⁶⁰.

In questa ottica, allora, va attentamente considerata l'opinione di chi, pur senza disconoscere che, « sulla base dell'attuale disciplina costituzionale, legislativa e contrattuale, il contratto collettivo svolge una molteplicità di funzioni », non rinviene però una effettiva distinzione funzionale tra contratto normativo e contratto gestionale: quella gestionale, cioè, insieme ad altre (qualificatoria, interpretativa, dispositiva, ecc.), si riduce a « sfaccettatur[a] della funzione normativa... Tali sfaccettature però non sono altro che un modo di esercitare un'unica funzione, appunto quella normativa », intesa come produzione di « regole che riguardano rapporti tra soggetti titolari di una sfera di autonomia negoziale distinta, rispetto a quella dei soggetti che stipulano il contratto medesimo, e da questi non comprimibile attraverso gli istituti del diritto privato »⁶¹.

Sulla base di questo percorso argomentativo, si può allora far luce sul vero « nocciolo duro » della questione: se cioè il contratto gestionale si sottrae o meno

⁵⁸ Un diverso significato è invece attribuito a questa locuzione da Santucci, *op. cit.*, 423.

⁵⁹ Infatti, quella distinzione sembra avere valenza più teorica che reale: anche nella prassi contrattuale gestionale, possono rinvenirsi accordi che finiscono con l'aver ad oggetto la disciplina dei rapporti di lavoro: caso paradigmatico è quello dei contratti di solidarietà difensivi; ma tale può essere anche il caso di accordi intervenuti in sede di procedure di mobilità, là dove si concordano pure l'adibizione di personale a mansioni inferiori in deroga al divieto legislativo dell'art. 2103 cod. civ., e/o l'adozione di determinati criteri di scelta per i lavoratori dei quali non si riesca ad evitare l'« eccedenza ». Anche su questo punto, per ulteriori approfondimenti, sia consentito il rinvio a Natullo, *op. cit.*

⁶⁰ Tra gli altri e da ultimo, v. Lassandari, *op. cit.*, 257-258, per il quale « la teorica che sottolinea la piena alterità tra contratto normativo e gestionale smentisce l'intero percorso compiuto in dottrina a proposito della natura e del fondamento dei poteri del datore di lavoro » e dunque « ...la connessione tra potere e contratto individuale...rende improspettabile l'opzione volta a configurare il contratto gestionale come fattispecie autonoma in senso tecnico »; Bellocchi, *Libertà e pluralismo sindacale*, Cedam, Padova, 1998, 196, secondo cui « l'attitudine a limitare poteri unilaterali del datore di lavoro e a regolarne le modalità di esercizio...vale per tutti i contratti collettivi [normativi e gestionali], perché tutti i contratti collettivi si atteggiavano allo stesso modo in rapporto a questo requisito ».

⁶¹ Zoppoli, *op. cit.*

ai limiti di efficacia soggettiva che affliggono, in virtù della permanenza della valenza « negativa » dell'art. 39 Cost., il contratto di diritto comune (normativo). A tal proposito, infatti, le osservazioni svolte sin qui conducono ad una inevitabile conclusione logica: che cioè la caratterizzazione del contratto collettivo gestionale come « altro », quanto a funzioni, natura, efficacia, rispetto al contratto normativo, è sostanzialmente un *escamotage* (uno tra i tanti faticosamente elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza) per aggirare il problema dell'efficacia generale del contratto collettivo⁶². Quella teoria — e quella della « procedimentalizzazione » ad essa sottesa — « è servita a placare l'ansia di una risposta giuridica razionale ai problemi dell'efficacia soggettiva »⁶³. Ma, per l'appunto, è un *escamotage*, che non riesce, sul piano tecnico-giuridico — ad evitare il conflitto con i principi dell'art. 39 Cost., nel momento in cui si perviene, come si è detto, alla conclusione di una ineliminabile « contiguità ontologica » con il contratto normativo.

A ben vedere, invece, l'effetto di ampliamento dell'ambito di efficacia del contratto gestionale sembra più ragionevolmente potersi collegare al « riconoscimento legale »⁶⁴ che, in diverse tra le ipotesi che vengono etichettate come di contrattazione gestionale, ricevono quei contratti, in virtù dell'esplicito rinvio legale (come nel caso dei criteri di scelta per il licenziamenti collettivi): attraverso quel rinvio, cioè, il contratto-atto di autonomia privata — in quanto parametro privilegiato di « adeguatezza sociale » — acquisterebbe un plusvalore, assumendo valore « paranormativo », in virtù di una peculiare e maggiore « profondità » nei suoi effetti, favorita anche dalle particolari condizioni di *monopolio unilaterale della rappresentanza* (datoriale) che si genera naturalmente nella contrattazione aziendale⁶⁵. Attraverso il meccanismo del riconoscimento legale, dunque, si « ...sottrae la regola sostanziale che essa contiene...alle dinamiche del consenso e del dissenso individuale... ».

A questo punto, però, il discorso esula dai limiti di questa indagine, per invadere decisamente l'area dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo. Senza volere entrare *funditus* in un dibattito troppo ampio e complesso per essere qui anche sinteticamente affrontato, non ci si può però esimere da qualche altra riflessione volta a chiudere il cerchio dell'efficacia dei contratti collettivi nel sistema della L. n. 223/1991.

Ritornando a quanto appena detto in ordine agli effetti del rinvio legale e l'estensione dell'ambito di efficacia dei contratti collettivi stipulati ai sensi degli artt. 4 e 5 L. n. 223/1991, sono note le obiezioni generalmente avanzate circa la validità di tale percorso per aggirare il baluardo dell'art. 39 Cost.: è vero infatti che comunque in quel caso è inevitabile concludere « ...o che l'efficacia *erga omnes* sarebbe fondata su una palese violazione della norma costituzionale o che il legislatore è libero di assumere presupposti illegittimi dal punto di vista costituzionale, cioè un tipo di efficacia non giustificabile rispetto all'art. 39 Cost., ma ciononostante riscontrabile nella realtà »⁶⁶.

Per quanto qui ci riguarda, però, un ulteriore elemento può tornare utile alla soluzione del problema: sembra infatti possibile riprendere l'orientamento, di recente rivalutato, volto a riconoscere « ...la conformità costituzionale, e pertanto

⁶² Cfr. da ultimo Bellocchi, *op. cit.*, 193 ss.; Lassandari, *op. cit.*, 254 ss.; Santucci, *op. cit.*, 422 ss.

⁶³ Caruso, *Rappresentanza sindacale e consenso*, F. Angeli, Milano, 1992, 18.

⁶⁴ D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, n. 80, 673 ss.

⁶⁵ D'Antona, *ibidem*.

⁶⁶ Bellocchi, *op. cit.*, 208.

la giuridica legittimità — dell'attribuzione di efficacia generale al contratto collettivo aziendale, ove il regolamento contenuto sia in grado di aggregare consenso, in termini adeguati, da parte dei singoli prestatori... »⁶⁷. Se si condivide la conclusione che il meccanismo costituzionale dell'art. 39 Cost., seconda parte, non riguarda il contratto collettivo di livello aziendale, ma solo quello nazionale di categoria, la devoluzione per legge alla contrattazione collettiva di funzioni regolative e dispositive nell'ambito delle procedure di mobilità consente di risolvere per questa via la questione dell'efficacia generale, in ambito aziendale, dell'accordo di mobilità sottoscritto ai sensi dell'art. 4 L. n. 223/1991⁶⁸.

Tale percorso può essere più difficile da seguire per i contratti collettivi sui criteri di scelta: infatti, non può escludersi questi ultimi possano avere ambito nazionale, con conseguente soggezione al vincolo costituzionale (sul punto si ritornerà più avanti). In tal caso, la soluzione potrebbe rinvenirsi in una « trasposizione » — « recezione » dei criteri di scelta eventualmente definiti a livello nazionale da parte della contrattazione decentrata; il che consentirebbe anche in quel caso di « sottrarre » la disciplina convenzionale all'« efficacia impeditiva » della norma costituzionale.

9. In sede di riepilogo della ricognizione svolta nei paragrafi precedenti è possibile riassumere le seguenti conclusioni.

a) Che i contratti collettivi sui criteri di scelta (ma il discorso vale anche per gli accordi sindacali « di mobilità » ex art. 4 L. n. 224/1991) debbano avere efficacia generale non è in discussione: ne sarebbe altrimenti vanificato l'intero modello di tutele previsto dal legislatore del 1991. È però altrettanto indiscutibile che « non basta sottolineare l'oggettiva inscindibilità della materia. Questa è la ragione dell'importanza dell'efficacia soggettiva generale, non la giustificazione della sua legittimità costituzionale »⁶⁹.

b) Per le ragioni suesposte non pare possibile fondare quella efficacia, e la relativa compatibilità costituzionale, sul carattere « gestionale » dei contratti e accordi, quanto, più verosimilmente, sul rinvio legale « combinato » alla dimensione aziendale degli stessi.

c) La differenza tra i contratti collettivi sui criteri di scelta e gli accordi sindacali di mobilità non risiede nella « natura » o « struttura », quanto nella diversa funzione svolta: partecipativo-gestionale nel caso degli accordi di mobilità, normativo-regolativa per i contratti sui criteri di scelta.

d) Di conseguenza, non si vede il motivo per cui l'autonomia collettiva debba necessariamente intervenire con atti (ed in tempi) separati a regolare i diversi aspetti di cui agli artt. 4 e 5 della L. n. 223/1991. Ciò che rileva, infatti, è che sia rispettata la diversa « funzione » dell'autonomia collettiva stessa. Da un lato, pertanto, nel contratto/accordo collettivo di mobilità devono essere rispettate le « distanze logiche » tra la parte relativa alla gestione partecipativa della decisione organizzativa sull'eccedenza di personale e quella invece pertinente alla regolazione congiunta della fase di amministrazione dei rapporti di lavoro (che non deve cioè essere « elemento di scambio » da giocare nella soluzione del problema

⁶⁷ Così Lassandari, *op. cit.*, 340.

⁶⁸ Sul connesso problema della legittimazione democratica dell'agente contrattuale sindacale, che la soluzione espressa non risolve, v. *infra* par. 9.

⁶⁹ Gagnoli, *op. cit.*, 116.

organizzativo). Dall'altro lato, dovranno essere definiti dei criteri oggettivi di scelta e non, invece, direttamente individuati i lavoratori da licenziare.

e) In coerenza con i risultati raggiunti, deve, per un verso, riconoscersi la legittimità della determinazione convenzionale dei criteri di scelta a livello nazionale — la funzione normativo-regolamentare dei contratti sui criteri di scelta è compatibile con la scelta di un ambito di riferimento ampio (nazionale, settoriale) — ⁷⁰; per altro verso, sarebbe quantomeno illogico escludere la possibilità di definire i criteri di scelta a livello territoriale o aziendale ⁷¹, che pare anzi doversi privilegiare: sia valutando la circostanza che la rappresentanza in azienda è oggi affidata alle r.s.u., cui la relativa regolamentazione negoziale ⁷² delega, com'è noto, anche la titolarità della contrattazione in azienda, riconducendo al « canale unico » delle r.s.u. funzioni partecipative e negoziali ⁷³; sia in considerazione della maggiore capacità di quel livello contrattuale di rappresentare l'« interesse collettivo » dei lavoratori direttamente toccati dalla vicenda; sia, per le ragioni sopra esplicitate, della più alta « compatibilità » rispetto all'assetto costituzionale (art. 39 Cost.).

Il discorso sull'agente sindacale va però ulteriormente approfondito, anche con riferimento a quanto poc'anzi osservato in relazione alla (presunta) efficacia *erga omnes* della contrattazione collettiva sui criteri di scelta.

Infatti, pur volendo accogliere le soluzioni prospettate al precedente paragrafo al fine di assicurare l'endiadi « efficacia generale dei contratti collettivi — compatibilità con l'art. 39 Cost. », non si può comunque eludere il nucleo centrale della tutela democratica della norma costituzionale (art. 39): cioè il problema della rappresentanza, « ...del *fondamento del potere* di negoziare degli agenti negoziali; della capacità di *vincolare* terzi e dei limiti di esercizio legittimo di tali poteri; della opportunità di strumenti di *regolazione* del mandato e del connesso problema delle tecniche giuridiche di tutela dei singoli o dei gruppi in dissenso o in minoranza in relazione ad una eventuale *responsabilità* dell'agente; tutto ciò in ipotesi in cui viene meno la presunzione di consenso e/o l'unità dello agente » ⁷⁴.

Anche in questo caso, come in precedenza per l'efficacia soggettiva, il discorso rischia di disperdersi, decentrandosi su tematiche di rilievo ed ambito assai ampio e « generale ». Per evitare ciò si tenterà, per quanto possibile, di ancorare il

⁷⁰ Ma v. Gagnoli, *op. cit.*, che esclude il livello interconfederale.

⁷¹ In questo senso si concorda con l'orientamento assolutamente prevalente che tende a minimizzare le ragioni semantiche — cioè la selezione legislativa dei soggetti sindacali chiamati a stipulare i contratti sui criteri di scelta — che potrebbero far propendere in altra direzione (l'art. 5 L. n. 223/91, infatti, prevede che i contratti collettivi sui criteri di scelta siano stipulati « ...con i sindacati di cui all'art. 4, comma secondo », il che potrebbe far ritenere escluse le r. s. a.). Su punto V. Gottardi, *op. cit.*, 226 ss.; Zoli, *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, intervento alle giornate di studio Aidlass su « *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro* », Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, *dat.*, 83.

In tal senso depono espressamente anche il documento congiunto Inps-Ministero del Lavoro del 1996 (Circolare Ministero Lav. e Prev. Soc. n. 62 del 2 maggio 1996).

⁷² Protocollo del 3-23 luglio 1993 e accordo interconfederale del 20 dicembre 1993, su cui, per tutti, Bellardi, *Concertazione e contrattazione. Soggetti, poteri e dinamiche regolative*, Cacucci, Bari, 1999.

⁷³ Per tutti, v. Mariucci, *Poteri dell'imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*, in *DLRI*, 1995, 203 ss.; Campanella, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Giuffrè, Milano, 2000, 301 ss.

⁷⁴ Caruso, *Rappresentanza sindacale*, *cit.*, 184.

ragionamento agli specifici aspetti problematici sollevati in relazione alla disciplina dei licenziamenti collettivi.

Rimanendo pertanto in questo ambito, è evidente che nella fattispecie il problema dell'agente sindacale chiamato dalla L. n. 223/1991 a partecipare alla gestione dell'eccedenza ed a negoziare criteri di scelta alternativi a quelli legali si prospetta di assoluta rilevanza, in considerazione, da un lato, della più volte rilevata frammentazione dell'interesse collettivo dei lavoratori nel corso dell'evolversi della vicenda aziendale e dello svolgersi delle procedure di mobilità; dall'altro lato, della incisività dei poteri che dal legislatore sono attribuiti all'autonomia collettiva (e dunque alle rappresentanze sindacali).

Per questi motivi, era logico attendersi che la scorrevolezza tecnico-giuridica delle procedure previste dalla L. n. 223/1991 incontrasse un altro ostacolo, in sede di valutazione dei requisiti degli accordi e contratti collettivi stipulati ai sensi degli artt. 4 e 5 della legge, nel punto specifico della legittimità di accordi stipulati in assenza del consenso di tutti i soggetti sindacali previsti dalla legge. Il problema è risultato in realtà più di rilevanza teorica che pratica, dal momento che in giurisprudenza la questione risulta di scarso rilievo⁷⁵; nondimeno di essa va tenuto conto, per la sua incidenza nel discorso più generale. Sul punto, di fronte a posizioni volte a privilegiare la regola del consenso unanime — o almeno delle componenti che hanno aperto la procedura⁷⁶ — sembrano prevalere in dottrina gli orientamenti propensi a ritenere sufficiente anche l'accordo sottoscritto solo da alcuni degli organismi sindacali legittimati, purché rappresentino la maggioranza dei lavoratori interessati⁷⁷.

Su tale soluzione si può anche concordare, per diverse ragioni: di ordine logico-pratico, perché l'alternativa renderebbe di fatto difficilmente gestibili le procedure⁷⁸; ma ancor più di ordine tecnico-giuridico, giacché deve ritenersi (anche guardando al nucleo duro del principio costituzionale dell'art. 39 Cost.) che è al principio di maggioranza che necessariamente si deve guardare per la soluzione dei conflitti interni alla delegazione di parte sindacale.

La questione segnala comunque, anche da questo versante, le debolezze di un sistema in cui i meccanismi della rappresentanza sindacale e della efficacia del contratto collettivo costituiscono un edificio privo di saldi pilastri normativi⁷⁹.

⁷⁵ V. Cass. 2 marzo 1999, n. 1760, in *LG.*, 1999, 9, 885, che interviene solo incidentalmente sulla questione, affermando la legittimità di accordi sottoscritti solo dalla maggioranza e non dalla unanimità dei sindacati.

⁷⁶ Cfr. D'Antona, *I licenziamenti per riduzione di personale nella l. 223/1991*, in *D&L*, 1992, 317, che motiva nel senso di impedire in tal modo prassi collusive; Miscione, *I licenziamenti per riduzione di personale e la mobilità*, in Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti*, Napoli, 1991, vol. I, 354.

⁷⁷ Tra gli altri, Zoli, *op. cit.*, 83; Persiani, *Commento all'art. 4*, in Persiani (a cura di), *Commentario alla legge*, cit., 921; Topo, *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni di personale*, Cedam, Padova, 1996, 159 ss.; Focareta, *I criteri di scelta*, cit., 328. In giurisprudenza, v. Cass. 2 marzo 1999, n. 1760, cit.

⁷⁸ Liso, *Il ruolo dei poteri pubblici e privati nella nuova legge di riforma del mercato del lavoro*, in Cinelli (a cura di), *Il fattore occupazionale nelle crisi di impresa*, Giappichelli, Torino, 1993, 49-50.

⁷⁹ Se si esclude, per certi versi, il settore pubblico, dopo la disciplina del D.Lgs. 29/93. Da ultimo, sul tema v. per tutti Campanella, *op. cit.*, *passim*; Lunardon, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Giappichelli, Torino, 1999; Luciani-Santagata, *Legittimazione dei soggetti sindacali ed efficacia del contratto collettivo*, in Santucci-Zoppoli, *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, cit., 72 e 79-80.

Nel caso dei licenziamenti collettivi, in particolare, il legislatore delega all'autonomia collettiva ed al sindacato la delicata funzione di intervenire nelle procedure di mobilità a tutela dei lavoratori, anche con il compito di qualificare e selezionare, nell'ambito di un indistinto interesse « collettivo », gli interessi prioritariamente tutelabili: conferendo per legge alla contrattazione collettiva poteri dispositivi dei diritti individuali (si pensi ai contratti di solidarietà ed alla attribuzione a mansioni inferiori) e poteri di modificazione di assetti legislativi altrimenti « dati » (nel caso della determinazione negoziale dei criteri di scelta). Tutto ciò, restando irrisolti gli snodi essenziali della selezione di soggetti sindacali assistiti da effettiva, verificata e pertanto legittima capacità rappresentativa e della definizione di modalità di formazione ed espressione democratiche della volontà degli stessi, in particolare funzionali alla definizione di atti di autonomia collettiva dotati di efficacia oggettiva e soggettiva superiori a quelle degli atti di autonomia privata.

In questa ottica, anche con riferimento alla specifica vicenda delle procedure di licenziamento collettivo non può dunque non condividersi l'affermazione che, sul piano generale dell'efficacia del contratto collettivo, porta a riconoscere « ...la conformità costituzionale — e pertanto la giuridica legittimità — dell'attribuzione di efficacia generale al contratto collettivo aziendale... [solo a condizione che]...il regolamento contenuto sia in grado di aggregare consenso, in termini adeguati, da parte dei singoli prestatori, ovvero sia di provocare forme di dissenso in misura definita « tollerabile »⁸⁰. Purché evidentemente ciò si intenda nel senso che i soggetti sindacali che (chiamati a tutelare l'« interesse collettivo ») danno vita alle « regole » convenzionali sulla gestione dell'eccedenza e sui criteri di scelta dei lavoratori, siano capaci di aggregare quel consenso. Il che, inevitabilmente, riconduce al discorso della effettiva « rappresentatività » di quei soggetti in funzione della partecipazione al negoziato e della stipulazione del contratto.

A tale proposito, fermo restando l'ineludibile ed ormai « classico » auspicio di un intervento legislativo che, anche in rapporto all'art. 39 Cost., dia finalmente delle coordinate certe e trasparenti in materia di rappresentanza e rappresentatività sindacale, va rilevato che negli ultimi anni il tema, ed il relativo dibattito, si è arricchito dell'importante riforma che, nel settore delle amministrazioni pubbliche, ha formalizzato e quantificato i criteri di valutazione della rappresentatività sindacale ai fini della legittimazione a partecipare alle trattative per i contratti collettivi nazionali (ma anche ai fini della stipulazione degli stessi)⁸¹.

Era logico attendersi che il modello del settore pubblico alimentasse i tentativi di rinvenire nuovi e più tranquillizzanti rimedi al perdurante astensionismo legislativo: e difatti da più parti, ed in modi diversi, è giunto il richiamo ai criteri del D. Lgs. n. 29/1993 (ora D.Lgs. n. 165/2001)⁸², in grado di offrire appigli più sicuri nel mare procelloso della rappresentanza e rappresentatività sindacale, ricavandone

⁸⁰ Lassandari, cit., 340.

⁸¹ Per tutti e da ultimo v. Santucci, *Commento all'art. 47-bis*, in Corpaci, Rusciano, Zoppoli (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*. Commentario al d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni, in *NLCC*, 1999, 1-2, 1330 ss.; Caruso, *Rappresentanza e rappresentatività nel D. Lgs. 396/97*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Dal d.lgs. n. 29/1993 ai D. Lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 287/1998*, diretto da F. Carinci e D'Antona, Giuffrè, Milano, 2000.

⁸² In chiave generale D'Antona, *ult. cit.*, 690 ss; Zoppoli, *op. cit.*; Santucci, *op. cit.*, 425; con riferimento alla contrattazione aziendale ed alla contrattazione nelle procedure di mobilità, rispettivamente, Lassandari, *op. cit.*, Zoli, *op. cit.*

« un precetto applicabile analogicamente a tutti i casi in cui si voglia attribuire o si debba riconoscere al contratto collettivo...il massimo grado di vincolatività e non vi sia una soddisfacente disciplina degli agenti contrattuali »⁸³.

Anche nel caso degli accordi di mobilità e dei contratti sui criteri di scelta, dunque, i principi normativamente formalizzati nel settore pubblico possono fornire un valido supporto per la valutazione della « rappresentatività » sindacale ai fini della legittimità dei contratti sottoscritti. Nel nostro caso, però, il discorso va integrato tenendo conto della peculiare rilevanza che, per le ragioni più volte evidenziate, assume l'ambito aziendale.

A quel livello, infatti — se si condivide la preferenza per il nuovo « assetto » della rappresentanza sindacale sui luoghi di lavoro, rispetto a quello originariamente previsto dalla disciplina della L. n. 223/1991 — la delegazione sindacale sarà composta dalla rappresentanza sindacale unitaria congiuntamente alle strutture territoriali delle associazioni di categoria firmatarie del contratto collettivo nazionale. Tale composizione, nel settore privato come nel settore pubblico, apre l'ulteriore problema delle regole da applicare ai fini della determinazione della « volontà » della delegazione sindacale per la stipula dei contratti collettivi.

In tal caso, infatti, in mancanza di diversa previsione⁸⁴, anche il ricorso al principio di « maggioranza » può non essere facilmente risolutore, dal momento che non è in partenza chiaro quali sono i soggetti, o per meglio dire, le « volontà », ai fini di una verifica nel rispetto dei criteri di proporzionalità e maggioranza⁸⁵. Sembra però preferibile, in assenza di soluzioni (negoziali) date, privilegiare il dato della partecipazione e sottoscrizione da parte della r.s.u (come soggetto unitario) che, in virtù del mandato elettivo di origine, certamente rappresenta un essenziale momento di coagulo degli interessi e delle volontà dei dipendenti dell'azienda. Se ciò non fosse, nel caso dei criteri di scelta la presenza del « salvagente » dei criteri legali consente in ogni caso di evitare il vuoto di disciplina che conseguirebbe alla mancata sottoscrizione dell'accordo.

⁸³ Zoppoli, *op. cit.*

⁸⁴ Gli accordi che disciplinano le rsu, sia nel settore pubblico che nel settore privato, rinviano infatti le modalità di adozione delle decisioni ai contratti nazionali (così l'accordo quadro nel settore pubblico) o ad intese definite dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori firmatarie dell'accordo rsu (così L'A.I. 20 dicembre 1993, art. 8, per il settore privato).

⁸⁵ Sono infatti per un verso compresenti soggetti dalla natura e composizione elettiva (le rsu), con soggetti di natura associativa (le OO. Sindacali, di per sé e come terminali associativi dei componenti le rsu); per altro verso la rsu dovrebbe, « ontologicamente », portare all'esterno una volta « unitaria » e unica, di fronte alla pluralità dei rappresentanti territoriali delle OO. SS. firmatarie dei contratti nazionali. Sulla questione da ultimo v. Campanella, *Rappresentatività...*, cit., 308 ss., spec. 336 ss..

Un case study sull'esperienza delle intese locali per l'occupazione in Italia: il Patto Modenese sull'assistenza domiciliare agli anziani

Carlotta Serra

Sommario: **1.** Quadro comunitario di riferimento. — **2.** I patti locali nel mercato del lavoro italiano: posizione del problema. — **3.** Il servizio di assistenza domiciliare agli anziani e il progetto pilota Serdom. — **4.** Il « patto modenese ». — **5.** Le prime rilevazioni empiriche e i risultati della prima fase attuativa. — **6.** I limiti del patto modenese: proposte per il rinnovo.

1. È a partire dal Libro Bianco della Commissione su *Crescita, Competitività e Occupazione* del 1993 che è stato efficacemente evidenziato come la promozione dell'occupazione e dell'inclusione sociale richiedano il sostegno della società e la partecipazione democratica a livello locale ¹.

È tuttavia solo nell'ambito della c.d. *Strategia europea per l'occupazione*, avviata a partire dal Consiglio europeo straordinario di Lussemburgo del novembre 1997 ², che le stesse autorità comunitarie hanno definito i contorni di un'azione incentrata anche sul livello locale ³. Come si legge negli orientamenti annuali del Consiglio, tutti gli obiettivi volti alla promozione dell'occupazione e allo sviluppo del mercato del lavoro devono infatti essere raggiunti tenendo conto della dimensione e dello sviluppo territoriale, incoraggiando gli enti regionali e locali a elaborare strategie occupazionali per sfruttare appieno le opportunità di creazione di posti di lavoro a livello locale e promuovere, in particolare, misure volte ad accrescere lo sviluppo competitivo e la capacità di creare posti di lavoro nell'economia sociale ⁴.

* Carlotta Serra è collaboratrice del Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi » dell'Università di Modena e Reggio Emilia.

¹ COM/93 700 def. del 5 dicembre 1993. Vedi inoltre la Comunicazione della Commissione su *Agire a livello locale in materia di occupazione - Dare una dimensione locale alla Strategia europea per l'occupazione*, COM (2000) 196 def. del 7 aprile 2000, in particolare 3-6.

² Le conclusioni del Consiglio europeo straordinario di Lussemburgo sono pubblicate in *q. riv.*, 1998, n. 1, 122. In dottrina cfr., per tutti, Biagi, *L'applicazione del Trattato di Amsterdam in materia di occupazione: coordinamento o convergenza?*, in questa *Rivista*, 1998, n. 4, 437; Barbera, *A che punto è l'integrazione delle politiche dell'occupazione nell'Unione europea*, Promodis, Brescia, 2000; La Macchia, *La pretesa al lavoro*, Giappichelli, Torino, 2000.

³ Già nel 1995 la Commissione UE e il Consiglio delle Regioni, nell'ambito dell'applicazione del Libro Bianco suddetto e di quello su *Politica Sociale e del Mercato del Lavoro europea*, hanno ritenuto necessario un coinvolgimento diretto dei soggetti operanti a livello locale e regionale nell'individuazione e nella promozione di prassi e misure efficaci, nello stimolo all'innovazione e allo scambio di esperienze tra i vari Stati Membri dell'Unione.

⁴ Cfr., La linea guida 11, contenuta negli « Orientamenti per l'Occupazione 2001 » in *GUCE* 24 gennaio 2001, L. 22. Cfr. altresì la Comunicazione della Commissione su *Rafforzare la dimensione locale della Strategia europea per l'occupazione*, COM (2001) 629 def. del 6 novembre 2001, qui

In linea con gli orientamenti delle autorità comunitarie, in molti Paesi dell'Unione europea sono state recentemente raggiunte intese sullo sviluppo economico e sociale che, con crescente intensità, hanno poi dato l'avvio a veri e propri patti sociali decentrati⁵. In differenti contesti locali, associazioni imprenditoriali e sindacali hanno stipulato accordi in materia di mercato del lavoro, non necessariamente con la partecipazione delle autorità governative, assumendosi in tal modo un ruolo che in passato era di esclusiva competenza dei poteri pubblici⁶.

2. L'importanza della dimensione locale per favorire lo sviluppo e la crescita dell'occupazione è ribadita in Italia nel recente Piano d'Azione Nazionale per l'Occupazione. Nell'ambito del pilastro sulla *Imprenditorialità*, seguendo le proposte contenute nella linea guida 11 *Azione regionale e locale per l'occupazione*, il Governo evidenzia come « le politiche di investimento pubblico specificatamente destinate al territorio e allo sviluppo locale ed urbano, si realizzano in primo luogo tramite la stipula di accordi multilaterali ove viene stabilito l'utilizzo di dettaglio delle risorse CIPE del fondo per le aree depresse, congiuntamente a quelle ordinarie stanziare dalle amministrazioni centrali tramite i piani programmatici triennali ».

È proprio in linea con questa prospettiva che diversi attori locali si sono proposti, non solo nel nostro paese⁷, finalità più o meno ambiziose che spaziano dalle politiche per l'occupazione, allo sviluppo economico, al sistema di *Welfare*. L'ambito locale, in altri termini, è stato dunque spesso inteso, anche nel nostro Paese, come il livello più adeguato per superare le rigidità, presunte o reali, del quadro normativo nonché per trovare quel consenso sociale, necessario per intraprendere complessi processi di riforma del mercato del lavoro, che difficilmente si può realizzare a livello nazionale. Del resto il rafforzamento della dimensione locale appare tanto più necessario tenuto conto dei nuovi poteri riconosciuti alle Regioni dalla recente riforma del titolo V della Costituzione, che spingono ad assumere una visione regionalista delle politiche del lavoro che coinvolga le parti sociali a questo livello⁸.

3, e anche la Comunicazione della Commissione su *Agire a livello locale in materia di occupazione - Dare una dimensione locale alla Strategia europea per l'occupazione*, COM (2000) 196 def. del 7 aprile 2000. Sulle politiche locali per l'occupazione indicate a livello comunitario cfr., Biagi, *Job Creation and Labour Law from Protection towards Pro-Action*, in Blanpain, Engels, *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, 2001; nonché Id., *Job Creation Policies at Local Level and the Role of Social Parties in Europe*, ottobre 2001 - studio commissionato dalla Organizzazione Internazionale del Lavoro, pubblicato anche sul sito Internet del Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi », <http://www.economia.unimo.it/Centro-Studi-Intern/home.htm>.

⁵ Per una rassegna delle migliori pratiche a livello europeo cfr. Commissione, DG for Employment, *Action research in employment, evaluation of selected projects (1997-1998). Development of local employment*, Gennaio 2000; OECD, *Best practices in local development*, paper, 1998. Cfr. altresì il sito della *Fondazione europea di Dublino per il Miglioramento delle condizioni di vita e lavoro*: <http://www.eurofound.eu.int/>.

⁶ Cfr. Caruso, *Patti sociali decentrati, sindacato e contrattazione collettiva: un osservatorio sui cambiamenti del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2000, 4, 429-452, cui adde, Biagi, *Il lavoro nella riforma costituzionale*, in *DRI*, 2002, 2, 157-164.

⁷ Cfr. Caruso, *Patti sociali decentrati, sindacato e contrattazione collettiva: un osservatorio sui cambiamenti del diritto del lavoro*, in *DRI*, cit.

⁸ Cfr., per questa impostazione, Biagi, *Competitività, risorse umane: modernizzare la regolazione*

All'enfasi posta sulle potenzialità del livello locale nell'ambito delle strategie europee e nazionali per l'occupazione non ha tuttavia ancora fatto seguito un'adeguata riflessione scientifica volta a misurare il reale impatto dei numerosi patti/accordi locali oramai sottoscritti rispetto agli obiettivi programmatici di volta in volta delineati.

Nel nostro paese in particolare, se si eccettuano alcuni studi pionieristici volti a tratteggiare una mappatura dei « patti sociali decentrati »⁹, mancano adeguate informazioni quantitative e qualitative sul fenomeno, mentre solo recentemente sono state condotte alcune rilevazioni sistematiche¹⁰, quantunque di carattere prevalentemente descrittivo, in relazione alle esperienze più strutturate di governo locale delle politiche per l'impiego: contratti di riallineamento retributivo¹¹, contratti d'area, patti territoriali e accordi di programma¹².

Vero è che la dimensione locale ha sin qui destato l'attenzione degli osservatori solo in ragione di problematiche e prospettive di rilevanza nazionale, soprattutto se anticipatrici di situazioni replicate e/o replicabili a livello nazionale. Questo è quanto è accaduto con riferimento al noto caso del Patto Milano Lavoro¹³, salito alla ribalta delle cronache nazionali quasi esclusivamente in virtù della rottura del fronte sindacale e rinnovato nel maggio 2002¹⁴, laddove ancora oggi mancano dati precisi e convincenti sul suo impatto nel tessuto economico milanese e segnatamente sul numero di posti di lavoro effettivamente creati.

Altrettanto vero è tuttavia che la recente riforma in senso federale della Costitu-

dei rapporti di lavoro, in *RIDL*, 2001, n. 3, qui spec. 266-267, ove si rileva come tali intese, definite su scala territoriale, si dovranno muovere in un contesto dinamico costituito da utili deroghe concordate nei confronti della legislazione e contrattazione a livello nazionale. Cfr., altresì, Id., *Il lavoro nella riforma costituzionale*, in *DRI*, 2002, 2, 158-164.

⁹ Cfr. Caruso, *Patti sociali decentrati, sindacato e contrattazione collettiva: un osservatorio sui cambiamenti del diritto del lavoro*, cit., e anche Lassandari, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, Milano, 2001, in particolare parte terza, capitolo 2. Per un quadro d'insieme dei patti per l'occupazione e la competitività in Europa cfr. Keith Sisson, *Pacts for employment and competitiveness - an opportunity to reflect on the role and practice of collective bargaining*, in *Transfer*, 2001, 4.

¹⁰ Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato, *Indagine sui patti territoriali*, Roma giugno 2000; Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato, *Indagine sulle imprese aderenti ai contratti d'area*, Roma giugno 2000; Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato, *Relazione sulle leggi e provvedimenti di sostegno alle attività economiche e produttive. Valutazione incentivi anno 1999*, Roma, 1999.

¹¹ Per un approfondimento sul tema vedi: Bellavista, *I contratti di riallineamento retributivo e l'emersione del lavoro sommerso*, in *RGL*, 1998, 1, 100; Ricci, *Interventi legislativi e contratti collettivi di riallineamento nelle piccole e medie imprese* e Pietropaoli, *Gli accordi di riallineamento retributivo nel Mezzogiorno*, in AA.VV., *La piccola impresa*, a cura di Regione Emilia Romagna e CNEL, Jovene, Napoli, 1991.

¹² La disciplina legale di riferimento è per il « patto territoriale » nonché per il « contratto d'area » data dall'art. 2, comma 203 ss, L. 662/1996 e dalla successiva delibera CIPE 21 marzo 1997. Molto più complessa ed articolata si mostra la regolamentazione del contratto di riallineamento il cui nucleo principale è comunque contenuto nell'art. 5, L. n. 608/19996.

¹³ Per il dibattito sul Patto Milano Lavoro cfr., Biagi, *Il Patto Milano Lavoro: un'intesa pilota*, in *DRI*, 2000, 2, 127-133; Scarpelli, *Il Patto Milano Lavoro: le ragioni del dissenso*, in *DRI*, 2000, 2, 135-140; Treu, *Il Patto sul lavoro di Milano: un modello di concertazione in stile europeo*, in *DRI*, 2, 123-133.

¹⁴ Sul nuovo « Patto Milano lavoro » vedi Tiraboschi, *Milano: nuova intesa « pilota » per l'occupazione e lo sviluppo economico*, in *GL*, 2002,

zione impone di indirizzare con maggiore convinzione gli sforzi in materia di promozione dell'occupazione sul piano locale « al fine di cogliere le peculiarità del mercato del lavoro all'interno di ciascun contesto territoriale »¹⁵. In questa prospettiva la riflessione scientifica dovrebbe compiere un salto qualitativo a sostegno delle strategie locali per l'occupazione offrendo valutazioni qualitative e/o quantitative dei patti sin qui sottoscritti in modo da porre le basi per un vero e proprio *benchmarking*.

Come si cercherà di dimostrare, con riferimento al *Patto Modenese per l'assistenza domiciliare agli anziani* del dicembre 2000, proprio questo tipo di analisi consente di sollevare talune perplessità in merito al ruolo degli attori locali nell'ambito delle politiche per l'occupazione in assenza di un quadro nazionale di riferimento favorevole. Non sempre, in altri termini, il consenso maturato sul piano locale consente di raggiungere risultati concreti sul piano dei posti di lavoro creati e comunque del raggiungimento degli obiettivi politici di volta in volta delineati.

3. Il Patto Modenese per l'assistenza domiciliare agli anziani, (d'ora in poi patto modenese), siglato nel dicembre 2000 tra Comune di Modena, OO.SS confederali dei pensionati e di categoria (CGIL, CISL, UIL, CUPLA), Lega provinciale delle cooperative e confcooperative - Unione di Modena, costituisce da questo punto di vista un caso emblematico, solo se si pensa che all'enorme sforzo propositivo e progettuale delle parti sociali non ha sin qui fatto seguito nessun risultato tangibile rispetto ai due obiettivi fissati nel patto stesso: introduzione di tipologie contrattuali flessibili e innovative per l'adempimento di bisogni non ancora soddisfatti dal mercato (assistenza agli anziani), da un lato; creazione di una sistema di convenienze per l'emersione del « lavoro irregolare », dall'altro.

Le motivazioni che hanno spinto alla stesura di un accordo locale in materia di assistenza domiciliare agli anziani discendono non solo dalla consapevolezza della forte espansione del settore, ma soprattutto dagli orientamenti dettati dalle autorità comunitarie nell'ambito della *Strategia europea per l'occupazione* ¹⁶. Il comparto dei servizi di cura alla persona appare, a seguito dei numerosi e complessi cambiamenti demografici, sociali e culturali che hanno determinato una forte crescita delle esigenze assistenziali, completamente deregolato ¹⁷. La mancanza di una normativa specifica, soprattutto per ciò che riguarda la disciplina dei rapporti di lavoro che si instaurano tra famiglia e operatore assistenziale, ovvero tra quest'ultimo e un intermediario privato, rappresenta un forte vincolo rispetto alle potenzialità di tale settore in termini sia di creazione di nuova occupazione sia di emersione di « lavoro nero ».

Il patto, inserito nell'ambito del progetto transnazionale Serdom promosso dal Comune di Modena, trova le sue premesse nel 1998 grazie a un finanziamento

¹⁵ Biagi, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, cit., qui 267.

¹⁶ Per una ricostruzione degli orientamenti comunitari con specifico riferimento ai servizi alla persona cfr. Biagi-Tiraboschi, *Servizi di cura alla persona, assistenza domiciliare agli anziani e politiche locali per l'occupazione: l'esperienza modenese nel contesto comunitario*, in *Rapporto sulla situazione economica della provincia di Modena 2000*, Associazione Mario del Monte, Università di Modena e Reggio Emilia, 2000, 65-86.

¹⁷ Cfr. Biagi-Tiraboschi, *Servizi di cura alla persona, assistenza domiciliare agli anziani e politiche locali per l'occupazione: l'esperienza modenese nel contesto comunitario*, in *Rapporto sulla situazione economica della provincia di Modena 2000*, cit.

dell'Unione europea volto ad affrontare i problemi connessi al forte aumento della popolazione anziana, a valorizzare le risorse pubbliche e private che operano nel settore dell'assistenza domiciliare a persone anziane, ad arricchire la rete dei servizi offerti ai cittadini, a garantire a ognuno il diritto di accesso a prestazioni correlate all'intensità del bisogno oltre che a ridurre i rischi e le distorsioni determinate da una forte domanda cui risponde in misura consistente una offerta di prestazioni non qualificata e prestata da soggetti non regolarizzati.

Il patto ha come principali obiettivi lo sviluppo, la diversificazione e la qualificazione dei servizi domiciliari a favore delle persone anziane, e in particolare la costituzione di una struttura operativa volta alla facilitazione dell'incontro tra domanda e offerta di tali servizi, nonché all'emersione e alla regolarizzazione del « lavoro nero ».

Il progetto è stato elaborato sviluppando azioni volte alla soluzione di diversi bisogni tenendo sempre come riferimento la persona anziana. Le principali novità del progetto Serdom sono:

a) la creazione di nuove figure professionali attraverso l'attuazione di appositi corsi di formazione ed attività obbligatorie per favorire la crescita professionale degli operatori e attività di riconoscimento di qualifiche specifiche da parte dei Centri per l'Impiego; b) l'istituzione di uno sportello informativo e di orientamento; c) la creazione di un catalogo prodotti contenente l'elenco delle attività socio-assistenziali che possono essere prestate a domicilio; d) l'attivazione di concrete misure di sostegno economico a favore delle famiglie; e) la definizione di precise modalità per l'accREDITAMENTO dei vari soggetti fornitori di servizi¹⁸.

Punto centrale di Serdom si è rivelata l'individuazione di adeguati strumenti lavoristici che consentissero di contemperare le contrapposte esigenze degli operatori coinvolti. A questo proposito, in base ad un accordo del 21 luglio 2000 finalizzato alla costituzione di un patto locale tra i diversi attori istituzionali, sociali e economici, è stato siglato nel dicembre 2000 il « patto modenese », per sciogliere i nodi giuridici direttamente connessi alla tipologia contrattuale più idonea da utilizzare.

4. Obiettivi del patto sono: emersione del « lavoro nero », regolarizzazione dei rapporti di lavoro irregolari e dei percorsi di inserimento nel mercato del lavoro di manodopera extracomunitaria, creazione di nuova occupazione mediante l'ottimizzazione delle fasi di incontro tra domanda e offerta, innalzamento della qualità della forza lavoro.

Le parti firmatarie del patto hanno individuato le linee di orientamento da seguire nello sviluppo e nella concretizzazione di Serdom e a questo proposito hanno definito le seguenti linee di azione da seguire:

- la definizione dei regimi contrattuali ammessi nei rapporti di lavoro diretti tra le famiglie e gli operatori singoli con esplicitazione delle tariffe minime e massime,
- la definizione del modello e delle procedure di accREDITAMENTO dei fornitori di servizi domiciliari, siano essi organizzazioni od operatori singoli;
- l'attivazione di una struttura operativa, lo sportello informativo *Informanziani*, per favorire e monitorare l'incontro tra domanda ed offerta di servizi domiciliari;
- la realizzazione di adeguate attività di orientamento professionale, di valuta-

¹⁸ Per la documentazione relativa al progetto Serdom si veda il sito: <http://www.comune.modena.it/serdom/sito/home.htm>.

zione delle competenze professionali e linguistiche degli operatori domiciliari; di certificazione delle competenze possedute, di promozione dei percorsi formativi professionali di completamento, di sostegno linguistico e di miglioramento;

— l'attivazione dei « buoni sociali » a sostegno delle famiglie che necessitano di aiuto domiciliare per l'assistenza a persone anziane che non dispongano di risorse economiche sufficienti a farvi fronte.

In particolare il patto prevede l'istituzione di una « Commissione permanente di concertazione quale organo di indirizzo e di verifica delle attività promosse dal patto stesso, compito della Commissione sarà quello di valutare le modalità di utilizzo delle risorse a disposizione di Serdom; di monitorare le attività di assistenza domiciliare anche sulla base dei resoconti forniti trimestralmente dal SAA e di concorrere alla definizione delle linee-guida per l'accreditamento; di definire le tariffe del catalogo prodotti. La Commissione individua altresì i criteri di accreditamento dei singoli operatori, definendo con precisione: professionalità certificata, disponibilità a partecipare ai percorsi formativi predisposti annualmente dal SAA, rispetto delle norme di sicurezza, prezzi praticati minimi e massimi, coperture assicurative e previdenziali, sistemi di garanzia per l'utenza ».

Il Comune di Modena rimane titolare del processo di accreditamento nelle sue varie forme (concessione, verifica ordinaria e straordinaria, revoca), mentre è la Commissione che individua il soggetto terzo deputato a istruire i percorsi di accreditamento.

Per ciò che concerne le modalità contrattuali le parti convengono sull'esigenza di promuovere la regolarizzazione dei rapporti di lavoro originati dalla domanda di assistenza domiciliare e ritengono che tale regolarizzazione possa avvalersi di diverse tipologie contrattuali, ma soprattutto dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa.

Grazie al patto modenese e al progetto Serdom è stato messo a punto un sistema di qualità in relazione al quale le organizzazioni interessate ad operare nella città di Modena nell'assistenza domiciliare alle persone anziane possono richiedere di essere accreditate dal Comune. I soggetti accreditati entrano a far parte di un elenco fornitori a disposizione dello sportello *Informanziani* per le famiglie che lo richiedono.

5. Nel dicembre 2001 è terminato il periodo di sperimentazione del patto modenese come previsto nell'art. 15 dell'accordo stesso. Appare quindi naturale sviluppare una riflessione sui risultati conseguiti nel corso della sperimentazione stessa, al fine di valutare gli esiti operativi rispetto agli obiettivi concordati tra Comune di Modena e parti sociali, tenendo in considerazione che, di fatto, la fase attuativa ha preso avvio soltanto nel novembre 2001.

A questo riguardo, occorre subito rilevare che, secondo i dati resi noti dal Comune di Modena e riprodotti nella tabella che segue, nel corso della sperimentazione avviata non è stato attivato alcun contratto di collaborazione coordinata e continuativa, laddove il patto individuava in questa specifica tipologia contrattuale lo strumento prioritario attraverso cui perseguire gli obiettivi di regolarizzazione dei rapporti di lavoro irregolari e dei percorsi di inserimento di manodopera extracomunitaria, di emersione dal « lavoro nero », di creazione di nuova occupazione e di innalzamento della qualità della forza lavoro ecc.

<input type="checkbox"/> Tipologia di prestazioni richieste:	Assistenza generale
<input type="checkbox"/> Tipologia contratti usati dai privati:	Colf: 100%; Co.Co.Co. n. 0
<input type="checkbox"/> Durata dei contratti:	12 mesi (99%)

Con riferimento invece al numero di operatori emersi dal « nero » i dati forniti dal Comune ipotizzano dodici unità.

Risultati migliori si hanno sul versante del meccanismo di accreditamento e di sostegno economico alle famiglie. Il 19 novembre 2001 infatti ha preso concretamente vita il progetto di contribuzione economica alle famiglie che si avvalgono delle prestazioni assistenziali a favore degli anziani, attraverso un regolare contratto di lavoro stipulato con un operatore accreditato dal Servizio Assistenza Anziani (S.A.A.). Tale progetto è stato avviato mediante la raccolta delle domande di accreditamento degli operatori qualificati nonché delle famiglie interessate a richiedere il beneficio economico.

Il contributo è stato stanziato dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Modena (FCDRM), in seguito ad una convenzione stipulata con il Comune di Modena il 5 giugno 2001 sempre nell'ambito del progetto. Tramite questo accordo, nel comune tentativo di valorizzare e sostenere le responsabilità familiari nel lavoro di cura rivolto ai propri componenti anziani, le due parti hanno previsto l'attivazione di un fondo per concedere alle famiglie che lo richiedano e ne abbiano i requisiti¹⁹, contributi per l'acquisto di servizi domiciliari e/o di cura della persona a rischio di non autosufficienza, da soggetti accreditati. Per il concreto funzionamento di questo fondo, la Fondazione Cassa di Risparmio di Modena mette a disposizione, per tre anni, la somma di un miliardo di Lire, pari a 516.456,90 euro.

Anche in questo caso, tuttavia, l'analisi dei dati raccolti dal Comune di Modena e riportati nella tabella che segue evidenzia come il numero di domande per il contributo da parte delle famiglie e le erogazioni dello stesso siano al di sotto delle disponibilità reali. Ciò probabilmente a causa di un difetto di « informazione », come rilevato dallo stesso Servizio Assistenza Anziani del Comune: un significativo afflusso allo sportello informativo si verifica in concomitanza sostanzialmente « con il passaggio delle notizie sugli organi di stampa ».

Progressione contributi erogati

	Contributi richiesti	Concessi	Erogati nel mese	
1° mese (Dic 2001)	n. 29	26	26	per una spesa mensile di € 12.673,52
2° mese (Gen. 2002)	n. 09	8	33	per una spesa mensile di € 13.437,05
3° mese (Feb. 2002)	n. 26	17	46	per una spesa mensile di € 19.930,04
4° mese (Mar. 2002)	n. 19	16	61	per una spesa mensile di € 25.448,01
Totale	n. 83	67	166	per una spesa complessiva di € 71.490,47

Fonte: *Report semestrale attività Serdom al marzo 2002*

¹⁹ Per i requisiti specifici richiesti per l'erogazione del contributo si rimanda alla convenzione tra Comune di Modena e Fondazione Cassa di Risparmio di Modena pubblicata sul sito <http://www.comune.modena.it/serdom/sito/home.htm>.

Media Contributi

	Media contributi pro-capite	Var.	Media pro-capite nuovi contributi	Valore max.	Valore min.
Dicembre	€ 425,11		€ 425,11	€ 852,15	€ 122,71
Gennaio	€ 407,43	-18	€ 443,86	€ 852,15	€ 122,71
Febbraio	€ 433,24	26	€ 452,68	€ 1.014,28	€ 56,80
Marzo	€ 417,19	-16	€ 334,23	€ 1.405,27	€ 6,54
Aprile	€ 426,20	9	€ 298,42	€ 1.405,27	€ 63,00
Maggio	€ 418,62	-8	€ 397,10	€ 1311,58	€ 63,00
Media Totale	€ 421,30				

Fonte: *Report semestrale attività Serdom al 1 luglio 2002*

Progressione dei contributi erogati

	Numero erogazioni mensili	Var.	Nuove erogazioni	Interruzioni	%
Dicembre	26	26	26	0	
Gennaio	33	7	8	1	
Febbraio	46	13	16	3	
Marzo	61	15	17	2	
Aprile	65	4	7	3	
Maggio	72	7	11	4	
Media Totale	303		85	13	21,1%

Fonte: *Report semestrale attività Serdom al 1 luglio 2002*

Per rendere noto ad una più vasta platea di persone il servizio, il Comune propone di disporre la distribuzione di materiale in luoghi come gli ospedali, le sale di attesa dei medici di famiglia, le case di cura ecc.

6. La rilevazione empirica sviluppata sinteticamente nelle pagine che precedono mostra come il patto abbia avuto effetti positivi per quanto concerne le implicazioni di politica del diritto e di relazioni industriali che sviluppa, mentre sul piano della praticabilità concreta gli strumenti contrattuali e le regole scaturite si dimostrano troppo rigide, e, per certi aspetti, tuttora ancorate alla logica protettiva tradizionale del lavoro dipendente vero e proprio, e non perfettamente adeguate alle caratteristiche delle prestazioni in esame.

Come si rileva dall'art. 10 dell'accordo, i firmatari hanno riconosciuto « l'opportunità di regolamentare le prestazioni ed il rapporto contrattuale attraverso lo schema negoziale delle collaborazioni coordinate e continuative ». È proprio la scelta di questa tipologia contrattuale, che è parsa obbligata alla luce del quadro normativo e contrattuale previgente, ad avere ostacolato il raggiungimento dei risultati attesi (come già evidenziato, nel corso dell'anno di sperimentazione non è stato firmato nessun contratto di collaborazione coordinata e continuativa). In

effetti detta tipologia contrattuale è risultata agli occhi delle famiglie e degli operatori stessi troppo gravosa.

L'inadeguatezza di fondo delle collaborazioni coordinate e continuative al conseguimento degli obiettivi prefissati non pare peraltro imputabile in sé e per sé alla struttura tipologica del modello contrattuale prescelto, quanto piuttosto al meccanismo di parametrizzazione del costo del lavoro ancorato attorno al secondo livello del CCNL delle cooperative sociali.

A questo proposito, e con specifico riferimento allo schema delle collaborazioni coordinate e continuative, occorre infatti precisare che tali perplessità attengono a considerazioni generali di politica del lavoro e politica occupazionale, e non invece a dubbi circa l'applicabilità di detto schema contrattuale ai rapporti *de quibus*.

Allo stato attuale l'attivazione di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa non pare lo strumento più adatto per incentivare la razionalizzazione/regolarizzazione del mercato dei servizi alla persona, attratti inevitabilmente nell'area del « lavoro nero » e « irregolare », a causa dei costi e degli adempimenti burocratici connessi. A ciò si aggiunga che ai numerosi adempimenti fiscali e previdenziali legati alla gestione di tale tipologia contrattuale si accompagnano ulteriori oneri amministrativi nel caso, tutt'altro che infrequente, di rapporti instaurati con lavoratori extracomunitari. In molti di questi casi, peraltro, il perseguimento dei fini del patto risulta ostacolato dall'impossibilità di regolarizzare la posizione del lavoratore extracomunitario entrato irregolarmente nel nostro Paese.

L'inadeguatezza dello strumento delle collaborazioni coordinate e continuative va tuttavia probabilmente individuata in una sorta di contraddizione concettuale presente nel patto stesso. Se infatti il modello prescelto è stato quello del rapporto diretto famiglia-anziano, ai fini della determinazione del costo del lavoro è stato invece stabilito l'utilizzo di un parametro economico caratterizzato dalla presenza di un intermediario (*id est* la cooperativa sociale) fra l'erogatore della prestazione lavorativa e il beneficiario del servizio.

A questo riguardo è sufficiente comparare il costo del lavoro di un secondo livello delle cooperative sociali con quello di contratto utilizzato nel settore, come per esempio quello colf. La scelta del contratto di collaborazione coordinata e continuativa si spiega in realtà alla luce della strumentazione giuridica presente al momento della definizione dei contenuti del patto, rispetto al quale l'unico ulteriore strumento contrattuale di riferimento era rappresentato dal contratto colf. In effetti anche lo schema del lavoro dipendente può, naturalmente, essere adottato direttamente dalle famiglie che, anche senza l'apporto di un intermediario-mediatore abilitato alla individuazione del prestatore di lavoro, si avvalgono della attività di un collaboratore familiare. In questo caso trova applicazione la disciplina sul lavoro domestico. È chiaro tuttavia che finora si è trattato di uno schema contrattuale che solo in parte si prestava a soddisfare le molteplici esigenze legate alla cura e alla assistenza domiciliare degli anziani, in quanto pensato per attività di bassa professionalità e di carattere non specialistico, laddove invece, almeno in un numero rilevante di casi, l'assistenza agli anziani non si limita a una mera attività di « badantato » ma richiede anche prestazioni infermieristiche o comunque prestazioni specialistiche che possono essere fornite da professionisti adeguatamente formati.

Novità importanti in questo senso sono state introdotte dal nuovo contratto nazionale per le colf siglato l'8 marzo 2001 e valido sino al 7 marzo 2005 dove la figura dell'addetto ai servizi di cura alla persona sembra aver trovato una defini-

zione precisa e una disciplina uniforme. Tra le principali novità si evidenziano: la modifica dell'orario di lavoro che passa per le colf conviventi da 55 a 54 ore settimanali e per le colf a ore, gradualmente, da 48 a 44, aumenti della retribuzione nell'ordine del 2,5% per le colf a ore e del 7,5% per le collaboratrici conviventi e l'introduzione all'art. 10 di due categorie di lavoratori che sembrano rispecchiare perfettamente le esigenze degli operatori del servizio di cura alla persona.

Appartengono alla prima categoria « coloro che con piena autonomia e responsabilità presiedono all'andamento della casa per esplicito incarico delegato dal datore di lavoro, o comunque svolgono mansioni per le quali occorra una specifica elevata competenza professionale (ad esempio: addetto alla compagnia, istitutore, puericultrice, governante, direttore di casa, maggiordomo, capo cuoco o chef, infermiere diplomato generico, assistente geriatrico) », mentre rientrano nella prima categoria super « coloro che attestino professionalità specifica sul piano pratico operativo e che, svolgendone le mansioni, siano in possesso di un diploma specifico o attestato professionale riconosciuto dallo Stato o enti pubblici ».

È evidente come le suddette definizioni si prestino *in toto* a soddisfare le molteplici esigenze legate alla cura e all'assistenza domiciliare, fornendo un quadro normativo soddisfacente e chiaro che potrebbe essere utilizzato quale parametro contrattuale di riferimento ai fini del rinnovo del Patto modenese, fermo restando che il contratto collettivo delle cooperative sociali potrebbe pur sempre rappresentare un ulteriore parametro di riferimento, ma solo per quelle situazioni che ipotizzano la presenza di un operatore inserito in un contesto organizzativo di tipo « imprenditoriale ». Anche in questo caso tuttavia l'evoluzione del quadro normativo potrebbe condurre ad ulteriori sviluppi soprattutto laddove si consideri che per le cooperative è ora possibile attivare rapporti contrattuali di diversa natura. E precisamente rapporti di lavoro in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma, ivi compresi proprio i rapporti di collaborazione coordinata non occasionale (art.1, comma 3, L. n. 142/2001).

Un ulteriore limite del patto scaturisce dalla stessa impostazione su cui si regge, per lo più individualista, che applica modelli contrattuali innovativi e flessibili su schemi tradizionali incapaci di valorizzarli. Nel quadro adottato nel patto del 2000, il Comune di Modena rimane il titolare del processo di accreditamento nelle sue varie forme (concessione, verifica ordinaria e straordinaria, revoca) mentre è la Commissione di cui all'art. 6 del patto che individua l'organismo terzo deputato a istruire i percorsi di accreditamento dei soggetti collettivi che lo richiedono. Questi soggetti, una volta accreditati, sono iscritti in un elenco di fornitori a disposizione dello sportello *Informanziani* per le famiglie che lo richiedono.

La promozione di schemi contrattuali collettivi, tipicamente aziendali, potrebbe favorire risultati migliori per gli operatori, le famiglie, le amministrazioni comunali e le imprese che operano nel settore solo se applicati in un contesto aperto alla flessibilità e quindi in grado di sfruttarne le potenzialità.

Un elemento certamente determinante per lo sviluppo di questo settore è allora la valorizzazione del ruolo dell'intermediario. A tal proposito s'intende sottolineare come non si presti all'attuale evoluzione del mercato del lavoro una lettura tradizionale di questa figura che lo qualifichi (sia nella forma di mero mediatore sia nella più complessa forma dell'interposto cioè di fornitore di prestazioni di lavoro) come un fattore di speculazione sul lavoro altrui e come fattore che determina l'innalzamento dei costi a carico delle famiglie.

Come è stato evidenziato da altri ²⁰ in questo settore l'intermediario può, laddove operi con metodi imprenditoriali senza fini di lucro, razionalizzare la gestione dei rapporti di lavoro e favorire la regolarizzazione di quelli che intercorrono tra prestatore di lavoro e famiglia, contribuendo alla creazione di economie di scala e di *know how* immateriale che aiutano a innalzare la qualità del servizio.

Solo apparentemente, e sulla base di una falsa rappresentazione delle logiche che governano il mercato dei servizi alla persona, la mancanza dell'intermediario risulta essere la soluzione più economica. Se è vero infatti che con un rapporto prevalentemente individualista viene meno un livello di intermediazione, ciò non toglie che proprio nel rapporto diretto tra famiglia e operatore assistenziale si determinano il più delle volte quei presupposti economici, giuridici e sociali che alimentano il mercato del « lavoro nero », la scarsa qualità del servizio e in definitiva la distorsione della concorrenza ²¹.

La presenza dell'intermediario allo scopo di diversificare e modernizzare i contratti di lavoro a disposizione delle entità collettive disposte a operare nel mercato dei servizi alla persona su base imprenditoriale, sarebbe conforme alla disciplina legale. Va peraltro rilevato che l'attuale normativa in tema di intermediazione di rapporti di lavoro (L. n. 1369/1960) è in via di definitiva abrogazione alla luce dell'art. 1 del D. D. L. n. 848/2001 che prospetta ora una riconsiderazione complessiva della materia.

²⁰ Si vedano in proposito i dati relativi al « Progetto Anziani » promosso dalla Fondazione del Monte di Bologna e Ravenna.

²¹ Cfr. Biagi-Tiraboschi, *Servizi di cura alla persona, assistenza domiciliare agli anziani e politiche locali per l'occupazione: l'esperienza modenese nel contesto comunitario*, in *Rapporto sulla situazione economica e sociale della provincia di Modena 2000*, cit.

ERRATA CORRIGE

Per un inconveniente tipografico, l'articolo di Fabrizio Amato, *La tutela economica prevista per il socio-lavoratore dalla legge n. 142/2001*, pubblicato sul numero 2/2002, pp. 189-205, contiene alcuni errori relativamente alle note a piè di pagina (pp. 199-205, note 29-45). Ce ne scusiamo con i lettori e con l'Autore. La nota 29 di pag. 198 deve essere riferita alle parole "...esigenze di flessibilità retributiva" sesta riga del secondo capoverso e non alle parole ".....garanzia per il TFR", undicesima riga del secondo capoverso, come invece nel testo pubblicato.

Tutte le note successive (da 30 a 45) risultano di conseguenza sfalsate.

La nota 46 è risultata invece del tutto omessa dal testo pubblicato. A pag. 205 con riferimento alle parole "...ricevuto univoca risposta" (terza riga dal basso), deve aggiungersi, nel rinvio a piè di pagina: "Su cui cfr. Colonna, *Soci lavoratori, retribuzione minima e imponible previdenziale*, in *DRI*, 2001, 397 ss."

È errata inoltre l'indicazione relativa alla qualifica dell'Autore. Fabrizio Amato non è giudice del lavoro presso il Tribunale a Pisa, bensì **Consigliere della Sezione Lavoro presso la Corte d'Appello di Firenze**.

