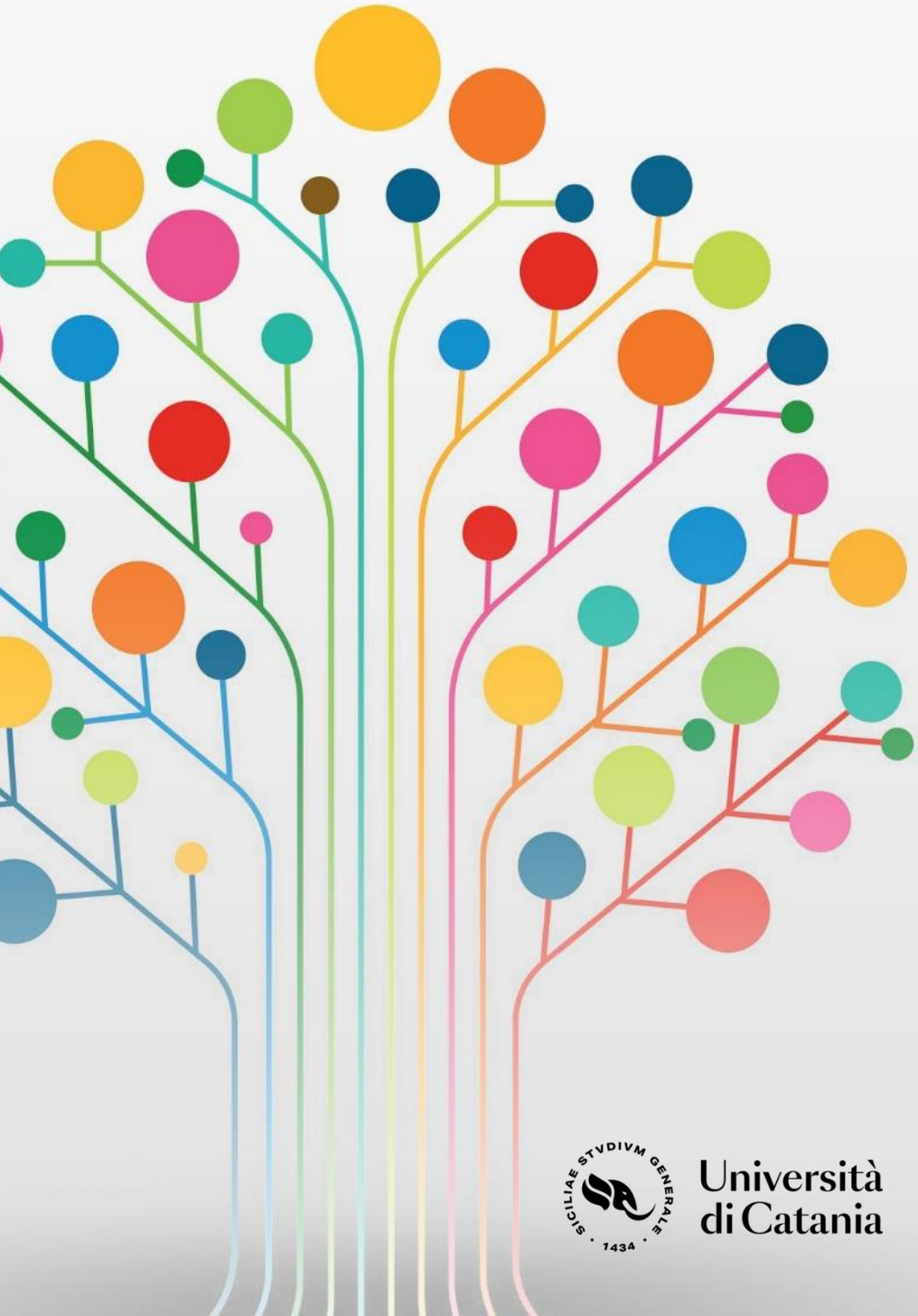
2/2004

Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"Massimo D'Antona"



Università di Catania

Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA"

Con contributi di

UMBERTO CARABELLI, Università di Bari

VITO LECCESE, Università di Bari

FRANCO SCARPELLI, Università di Milano-Bicocca

VALERIO SPEZIALE, Università "G. D'Annunzio" di Chieti-Pescara

ROSSELLA SCIOTTI, Università "G. D'Annunzio" di Chieti a Pescara

BRUNO CARUSO, Università di Catania

DOMENICO MEZZACAPO, Università di Roma “La Sapienza”

UMBERTO GARGIULO, Università "Magna Graecia" di Catanzaro

MASSIMO ROCCELLA, Università di Torino

LUIGI DE ANGELIS, Consigliere della Sezione Lavoro della Corte d'Appello di Milano

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it
© 2004 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it
ISBN 9791280569349

Venti Maggio
BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"MASSIMO D'ANTONA"

n. 2/2004

SOMMARIO

Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro
Umberto Carabelli - Vito Leccese 1

Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi
Franco Scarpelli 76

Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro
Valerio Speziale 112

L'attuazione delle direttive sull'orario di lavoro tra vincoli comunitari e costituzionali
Umberto Carabelli - Vito Leccese 162

Considerazioni sulla rilevanza qualificatoria della certificazione dei contratti di lavoro
Rossella Sciotti 196

The Concept of Flexibility in Labour Law. The Italian case in the European context
Bruno Caruso 231

La fattispecie "lavoro a progetto"
Domenico Mezzacapo 259

Il recesso nel lavoro a progetto Tra volontà delle parti e diritto dei contratti
Umberto Gargiulo 282

Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro
Massimo Roccella 299

La tutela del lavoratore ceduto
Luigi de Angelis 322

Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*

Umberto Carabelli- Vito Leccese

1. Legge e autonomia collettiva: il d.lgs. n. 66/2003 e il quadro di riferimento preesistente 3

2. I rinvii legali all'autonomia collettiva contenuti nel d.lgs. n. 66 ed i problemi di incostituzionalità per contrasto con l'art. 39 Cost. Profili generali 7

3. La selezione dei livelli negoziali competenti a stipulare nelle materie oggetto di rinvio 9

4. La selezione dei soggetti competenti a stipulare nelle materie oggetto di rinvio 12

4.1. Segue. L'indissolubile legame tra efficacia *erga omnes* e principio di maggioranza: l'essenza dell'art. 39, co 4°, Cost 14

4.2. Segue. Efficacia *inter partes* e funzione intrinseca della selezione legale dei soggetti. Il problema della ragionevolezza della scelta selettiva 17

5. Le diverse tipologie di rinvio contenute nel d.lgs. n. 66. In particolare, l'intervento negoziale in funzione derogatoria migliorativa e peggiorativa dei trattamenti legali 21

6. I rinvii in funzione *migliorativa* (deroghe *migliorative*) 23

7. I rinvii in funzione *peggiorativa* (deroghe *peggiorative*) 29

7.1. Segue. Il problema dell'efficacia soggettiva: le tesi che poggiano l'*erga omnes* dei contratti collettivi di diritto comune su modelli 'alternativi' a quello dell'art. 39, seconda parte, Cost. 32

7.2. Segue. Le tesi che poggiano l'*erga omnes* dei contratti collettivi di diritto comune sull'interpretazione 'riduttiva' dell'art. 39, seconda parte, Cost. 36

7.3. Segue. Il ritorno all'efficacia *inter partes* dei contratti collettivi di diritto comune e la funzione promozionale dell'effetto legale derogatorio. Gli *escamotages* per l'estensione *erga omnes*. Indivisibilità e pretesa 'giuridica necessità' dell'efficacia generale 40

8. I rinvii del d.lgs. n. 66 alla contrattazione collettiva in funzione di limitazione dei poteri datoriali. Procedimentalizzazione ed efficacia soggettiva del contratto collettivo 44

9. I rinvii del d.lgs. n. 66 alla contrattazione collettiva in funzione di integrazione o specificazione di norme legali 49

9.1. Il problema delle funzionalizzazione della contrattazione collettiva da parte della legge 51

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 22/2004

9.2. Il problema dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi con funzione integrativa o specificativa della norma legale 53

9.3. Il problema degli effetti legali dei contratti collettivi con funzione integrativa o specificativa della norma legale 56

10. Le specificità dei rinvii del legislatore alla contrattazione collettiva in funzione di attuazione delle direttive comunitarie 59

11. Conclusioni: diritto privato, principio volontaristico e garanzia di democratica rappresentazione della volontà dei lavoratori 61

12. Riferimenti bibliografici 64

1. Legge e autonomia collettiva: il d.lgs. n. 66/2003 e il quadro di riferimento preesistente

Il d.lgs. n. 66 del 2003, attuativo della delega conferita con la l. n. 39 del 2002 (*Legge comunitaria 2001*) - nonché, per effetto di essa, della direttiva n. 93/104/Ce (come modificata dalla direttiva n. 2000/34/Ce) in materia di orario di lavoro[1] - costituisce senza dubbio un importante tassello del processo, in atto ormai da alcuni anni, di ridefinizione ed articolazione delle 'relazioni pericolose' tra legge ed autonomia collettiva nel nostro ordinamento.

Questo contributo si ripropone di ripercorrere - traendo spunto dalle norme del predetto provvedimento - le più delicate questioni giuridiche sollevate dalla tecnica del rinvio legale alla contrattazione collettiva svolta da soggetti selezionati dalla legge, cercando di fornire ad esse risposte fondate rigorosamente sul diritto positivo. È però necessario avvertire sin d'ora che tali risposte, in ragione della loro intrinseca inadeguatezza alla definitiva soluzione dei problemi aperti (o forse, più precisamente, fatti esplodere) dalle più recenti vicende che hanno interessato il sistema delle relazioni sindacali e politiche, si profilano come soluzioni interlocutorie, volte piuttosto a stimolare la – nonché contribuire alla – riapertura di un dibattito giuridico e politico circa l'esigenza di una legge sindacale per la regolazione di alcuni aspetti del sistema di relazioni sindacali: quelli attinenti all'efficacia soggettiva dei contratti collettivi e alla rappresentanza democratica degli interessi dei lavoratori.

Preliminarmente, è tuttavia opportuno segnalare che il decreto legislativo attuativo della direttiva sull'orario di lavoro porta dentro di sé tutte le contraddizioni derivanti dalla nota vicenda progettuale intersindacale che aveva condotto all'*Avviso comune* del 12 novembre 1997 e dallo strano, successivo incrociarsi di quest'ultima con il più recente *trend* politico e legislativo. Di tali aspetti del provvedimento ci si è già interessati in altre sedi[2]. Qui, invece, ci si intende soffermare, appunto, sulle significative peculiarità riscontrabili nel decreto, in relazione al ruolo riconosciuto alla contrattazione collettiva nonché alla selezione dei soggetti investiti dal rinvio legale, in particolare rilevando che, come emergerà con evidenza nel corso di questo contributo, la filosofia ad esso sottesa non è affatto sintonica con quella che aveva ispirato la legislazione della flessibilità nel corso degli anni '80 e '90; e che, a ben vedere, differenze (con riferimento alla selezione dei soggetti destinatari del rinvio legale: *infra*, par. 4 ss.) si possono riscontrare pure nei confronti della filosofia ispiratrice del d.lgs. n. 368/2001 (attuativo della direttiva n. 70/1999/Ce in materia di lavoro a tempo determinato), il quale a sua volta ha rappresentato un vero e proprio spartiacque rispetto all'esperienza pregressa.

A questo riguardo, al fine di inquadrare la successiva indagine all'interno di un più preciso quadro di riferimento di politica del diritto, val la pena di ricordare, anche a costo di ritornare su temi ormai ben approfonditi dal dibattito scientifico, la caratteristica dominante della flessibilità tanto *tipologica* che *gestionale* introdotta nel nostro ordinamento fino al 2001.

In proposito, va rammentato che il sindacato si è visto attribuire la possibilità di controllarne, o se si preferisce di dosarne, l'espansione concreta nel mondo produttivo, attraverso una serie di

---

[1] La citata direttiva è stata ora «codificata» con la direttiva n. 2003/88/Ce del 4 novembre 2003, che entrerà in vigore il 2 agosto 2004 (per un primo commento, v. Ricci G. 2003).

[2] Carabelli, Leccese 2002 e 2004; Leccese 2004.

disposizioni di legge, normalmente frutto della negoziazione triangolare con le parti sociali. Ciò risultava evidente in materia di lavoro a termine (art. 23, l. n. 56/1987) e di lavoro interinale (art. 1, l. n. 196/1997); ma era egualmente riscontrabile, sia pure in misura minore e con caratteristiche in parte differenti, in tema di apprendistato, di contratto di formazione e lavoro e di part-time[3].

Questo modello di flessibilità, consolidatosi nel corso degli anni '80 e '90, è stato utilizzato nel 1997 e nel 1998 anche in materia di orario di lavoro. Ed infatti, anzitutto l'art. 13 della l. n. 196/1997, riprendendo quel modello, dopo aver fissato l'orario normale di lavoro settimanale in 40 ore, aveva stabilito che «i contratti collettivi nazionali possono stabilire una durata minore e riferire l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno» (in tal senso il contratto collettivo poteva consentire il passaggio da un'organizzazione rigida dell'orario di lavoro ad una flessibile: c.d. orario multiperiodale). Successivamente, per le imprese del settore industriale, la l. n. 409/1998, oltre ad ampliare, rispetto alla precedente disciplina, il novero delle ipotesi in cui era possibile il ricorso allo straordinario, aveva altresì consentito ai contratti collettivi di prevedere «altri eventi particolari» nei quali esso era ammesso; inoltre, pur introducendo per queste imprese specifici limiti quantitativi trimestrali ed annuali, la medesima legge aveva attribuito alla contrattazione collettiva il potere di innalzarli e di abbassarli[4]. Infine, nel 1999, il legislatore era intervenuto con il d.lgs. n. 532 a disciplinare il lavoro notturno (un'anticipata, ma parziale, attuazione delle disposizioni della direttiva comunitaria riguardanti tale istituto, poi riassorbita dal d.lgs. n. 66), affidando sempre ai contratti collettivi importanti compiti di controllo (e modulazione) della adibizione dei lavoratori, da parte delle imprese, a tale fascia temporale di lavoro[5].

Ebbene, siffatto modello è stato completamente superato con l'approvazione del d.lgs. n. 368/2001, il primo provvedimento in materia di flessibilità del lavoro approvato dal Governo in carica. La detipizzazione delle cause che legittimano il ricorso da parte delle imprese al contratto di lavoro a tempo determinato, introdotta dal decreto tramite la nota e discussa formula generale di cui all'art. 1 («ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo»), ha determinato anche l'eliminazione del potere della contrattazione collettiva - riconosciuto dall'art. 23, l. n. 56/1987 - di determinare le ipotesi di lavoro a termine aggiuntive rispetto a quelle legali (limitando oltretutto la possibilità della stessa di introdurre eventuali limiti quantitativi: art. 10, co. 7° e 8°), ed ha così aperto la strada ad un sostanziale libero accesso delle imprese a tale forma di lavoro flessibile[6]. E tale modificazione radicale dell'assetto regolativo precedente – nel senso che essa ha implicato una drastica restrizione del ruolo della contrattazione collettiva sul piano del controllo dell'espansione della flessibilità - è stata sostanzialmente confermata, ed anzi

---

[3] Rispetto al part-time, il d.lgs. n. 61/2000, come modificato dal d.lgs. n. 100/2001, aveva esaltato il ruolo condizionante della contrattazione collettiva in tema di clausole elastiche (cfr., per tutti, anche per ulteriori rinvii, v. Bellomo 2002; Lo Faro 2000a, spec. 623 ss.) e, almeno secondo alcune letture, di lavoro supplementare (Pinto 2002, anche per riferimenti alle tesi contrarie; Zoli 2004, par. 2).

[4] Cfr. art. 5-*bis*, r.d.l. n. 692/1923, come sostituito dalla l. n. 409/1998, su cui v., anche per ulteriori riff., Leccese 2001, 356 ss.; Allamprese 2003, 120 ss.

[5] Su questa disciplina, per tutti, Ferrante 2000.

[6] Tra gli altri, Speziale 2001; Menghini 2001; Montuschi 2001, 41 ss.; Tiraboschi 2002, 87 ss.; Giubboni 2002, spec. 508 ss.; Mazziotti 2003, 33 ss.

affinata ed approfondita, dalla legge delega n. 30/2003 e dal successivo decreto legislativo attuativo n. 276/2003[7], con cui, com'è noto, è stata realizzata una profonda riforma del mercato del lavoro, largamente ispirata dal *Libro bianco* governativo dell'ottobre 2001, con l'introduzione di numerose nuove forme contrattuali di utilizzo flessibile della forza lavoro e con la modificazione o sostituzione di precedenti[8].

Il nuovo *trend* non ha risparmiato neppure gli aspetti della flessibilità relativi al tempo di lavoro: il d.lgs. n. 66/2003, pur con la peculiare radice sindacale che ne ha caratterizzato l'origine[9], ha ridotto la funzione di 'governo' della flessibilità temporale delle prestazioni di lavoro riconosciuta sin dall'origine dalla legge alla contrattazione collettiva, e confermata, in fin dei conti, dalla normativa del 1997-98, cui si è sopra accennato.

A questo riguardo non si può che dissentire da chi, con un certo ottimismo, ha esaltato il ruolo centrale e determinante che sarebbe stato ancora una volta riconosciuto in materia di orario di lavoro (ed ancor più in generale, di tempo di lavoro) alla contrattazione collettiva, cui il legislatore delegato si rivolge con una gran quantità di rinvii[10]. La questione ricorda quanto già da lungo

---

[7] Sul punto v., con chiarezza, anche Zoli 2004, secondo il quale «le riforme dell'attuale legislatura […] hanno abbandonato il modello della legislazione neo-istituzionale che affidava alla contrattazione collettiva e in minor misura a provvedimenti amministrativi l'autorizzazione ad accedere alle principali forme contrattuali diverse da quella standard (specialmente contratto a termine e di formazione e lavoro) o a fruirne nelle versioni più flessibili (*part-time* con clausole elastiche). In altre parole, al contratto collettivo cessa di essere attribuita una funzione di tipo organizzativo nel, e regolativo del, mercato del lavoro, che il legislatore ha avocato a sé in modo pressoché esclusivo». V. anche Liso 2004, par. 4.

[8] Ripercorrendo sinteticamente soltanto gli aspetti di questo intervento più rilevanti ai fini del discorso qui condotto, può rilevarsi, sul piano della flessibilità tipologica, che, ai sensi del d.lgs. n. 276:
- in tema di somministrazione a tempo determinato è stata riprodotta sostanzialmente la medesima struttura normativa del d.lgs. n. 368/2001 in materia di contratto a termine (sul piano tanto della causale generale che dei limiti quantitativi) (art. 20, co. 4°, d.lgs. n. 276, nel richiamare l'art. 10, d.lgs. n. 368);
- in tema di somministrazione a tempo indeterminato è stata prevista una lunghissima serie di causali legali predeterminate, riconoscendosi altresì alla contrattazione collettiva la possibilità di introdurne altre (art. 20, co. 3);
- in tema di lavoro intermittente si è stabilito che esso può essere concluso per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente, secondo le esigenze individuate dalla contrattazione collettiva; tuttavia, *in via sperimentale*, si è consentita la stipulazione *acausale* del contratto con giovani disoccupati con meno di 25 anni di età ovvero da lavoratori anziani con più di 45 anni di età espulsi dai processi produttivi (art. 34, co. 1° e 2°);
- i contratti collettivi possono intervenire a definire «la regolamentazione del lavoro ripartito» (dalla genericità della formula non è chiaro se possono anche limitarne l'accesso: art. 43, co. 1°);
- in tema di apprendistato si è previsto, solo in rapporto all'apprendistato professionalizzante, che la contrattazione collettiva debba determinare la durata massima del rapporto (che in ogni caso va ricompresa tra i due e i sei anni);
- in tema di contratto di inserimento (cui si applicano, salvo diversa previsione dei contratti collettivi, le norme del d.lgs. n. 368/2001), i contratti possono stabilire percentuali massime di lavoratori assunti con esso.
Merita inoltre di essere segnalato che, in tema di part-time, ai contratti collettivi è stato sostanzialmente sottratto il potere originario – precedentemente loro riconosciuto, come si è accennato, dal d.lgs. n. 61/2000 – di condizionare l'accesso delle parti individuali al lavoro supplementare o di impedire la stipula di clausole (flessibili ed) elastiche (pur se non si è escluso un loro intervento limitativo della – ormai libera – autonomia individuale) (art. 46).

[9] V., ancora, Carabelli, Leccese 2004.

[10] Secondo Tiraboschi, Russo 2003, 11, «la nuova disciplina valorizza […] ampiamente la contrattazione collettiva», che rimane assoluta *domina* della materia, potendo scegliere se limitarsi a conservare l'esistente ovvero, come auspicato dagli aa., spingersi a concludere con più convinzione accordi di modernizzazione degli orari (tanto sollecitati dalle istituzioni comunitarie), che sarebbero gli unici in grado di «garantire un equo contemperamento tra istanze di giustizia sociale ed esigenze di competitività delle imprese» (non è ben chiaro, peraltro, se tra quelle istanze rientrino o meno gli obiettivi di tutela della salute che la nostra Costituzione riconduce alla disciplina sui tempi di lavoro, fissando, tra l'altro, una riserva di legge in materia di durata massima della prestazione lavorativa: v. art. 36, co. 2°, e, su questi aspetti, Leccese 2001 e Carabelli, Leccese 2004). Secondo gli autori, l'autonomia collettiva - se mai - sarebbe forse stata eccessivamente rispettata dal decreto, in virtù dell'eliminazione dal suo testo definitivo della previsione, contenuta nello

tempo è emerso con evidenza in relazione ai processi di giuridificazione ed alla loro incidenza sulle funzioni della contrattazione collettiva, e cioè che il vero problema non è la quantità ma la qualità dell'intervento legale[11]. E se si analizza attentamente la nuova regolazione dell'orario di lavoro, il ridimensionamento qualitativo del ruolo dell'autonomia collettiva (rispetto, da un lato, alla legge e, dall'altro, all'autonomia individuale) traspare con evidenza sotto almeno tre profili.

Anzitutto, i richiami alla contrattazione collettiva sono frequentemente effettuati per 'legittimare' il suo intervento non più, come in passato, in funzione 'liberatoria' da vincoli legali, ma piuttosto 'definitoria', in capo al datore di lavoro, di specifici vincoli contrattuali rispetto a *standards* legali meno protettivi rispetto al passato: il che (a parte le perplessità intrinsecamente sollevate sul piano giuridico da questo tipo di rinvii, di cui si dirà più avanti: *infra*, parr. 6 e 8) lascia intendere come il ruolo dell'autonomia collettiva non sia più quello di amministrare o aumentare il flusso della flessibilità attraverso le 'chiuse' create dal legislatore, bensì quello, assai più difficile (ed anzi improbo, in questa fase delle relazioni sindacali) di costruire tali 'chiuse' in un regime di flusso ormai liberalizzato per l'autonomia individuale (si pensi alla fissazione della durata massima endo-settimanale della prestazione di lavoro, prevista dall'art. 4, co. 1°, d.lgs. n. 66, in un quadro legale in cui non vigono più i precedenti limiti complessivi alla singola settimana di lavoro).

In secondo luogo, anche quando alla contrattazione collettiva viene riconosciuto un potere 'liberatorio', ciò avviene normalmente in relazione a vincoli legali che, rispetto alla pregressa legislazione, sono diventati nella nuova disciplina assai meno rigidi[12]; di modo che il rinvio alla contrattazione collettiva si prospetta piuttosto come un 'invito' ad aggiungere flessibilità contrattuale alla nuova flessibilità legale (si pensi alle deroghe di cui agli artt. 16 e 17).

In terzo luogo, siffatto invito appare tutt'altro che 'cordiale', dato che ad esso si accompagna di solito l'esplicita 'minaccia' di un intervento governativo sostitutivo, la cui previsione legale ha l'effetto, evidentemente, di sviluppare una pressione a dir poco anomala sul normale esercizio dell'autonomia collettiva[13], nonché della stessa libertà sindacale.

D'altronde, la presenza di queste nuove caratteristiche del rapporto legge/contrattazione collettiva è stata ben percepita con riferimento alla normativa introdotta dal citato d.lgs. n. 276/2003, nei cui confronti è stato altresì giustamente evidenziato come le radici del nuovo assetto vadano ricercate nell'ideologia del lavoro flessibile raffigurata con chiarezza, come accennato, nel *Libro bianco* sul mercato del lavoro[14]. Ma allora, non ci si può nascondere che la medesima filosofia va

---

schema presentato alle Camere, alla cui stregua le clausole dei contratti collettivi vigenti avrebbero mantenuto la loro efficacia, in via transitoria e salvo diverse intese, fino alla data di scadenza degli stessi e, in caso di contratti scaduti o di specifici accordi tra le parti, fino al 31 dicembre 2004.

[11] Giugni 1986, spec. 328 ss.; Simitis 1986; Wedderburn 1995, 20 ss.

[12] Val la pena peraltro di segnalare l'assoluta inderogabilità *in pejus* della disposizione in materia di ferie (art. 10, co. 1°) che consente alla contrattazione collettiva soltanto l'introduzione di clausole migliorative rispetto al limite delle quattro settimane annuali. Ma, del resto, una diversa previsione sarebbe stata improponibile, poiché incompatibile con la dir. n. 93/104.

[13] Per un approccio fortemente critico a questa tecnica normativa (peraltro già utilizzata, per l'individuazione delle causali ammesse nel lavoro interinale, nell'art. 11, co. 4°, l. n. 196/1997) v., con riferimento al d.lgs. n. 276/2003, Roccella 2004, par. 4; Bellardi 2004, par. 3.3 (ove ulteriori riff.).

[14] Cfr. Bellardi 2004; Pinto 2004, 166 s.; Carinci F. 2004a; Treu 2004, 111 s.; Ricci M. 2004, *passim*; Roccella 2004; Zoli 2004. Cfr. inoltre già, sul disegno di legge delega n. 848 del novembre 2001, Pinto, Voza 2002, 493 ss. (ed ivi riff.), nonché, sulla legge delega, Carinci M.T. 2003, 17 ss. (ed ivi riff.).

con chiarezza riscontrata anche nel provvedimento attuativo della direttiva n. 93/104[15]; del che, d'altronde, può aversi piena conferma ove si leggano i pochi capoversi del *Libro bianco* dedicati alla normativa interna di trasposizione della disciplina comunitaria dell'orario di lavoro, poi riversati nella relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 848 del novembre 2001 (sul cui tronco è stata approvata la l. n. 30/2003 e, quindi, il d.lgs. n. 276/2003[16])[17].

2. I rinvii legali all'autonomia collettiva contenuti nel d.lgs. n. 66 ed i problemi di incostituzionalità per contrasto con l'art. 39 Cost. Profili generali

Ciò detto, e spostandoci dal piano della riflessione sulle linee di politica del diritto sviluppatesi nella legislazione della flessibilità, dal punto di vista del rapporto legge/contrattazione collettiva, a quello delle concrete tecniche di rinvio rilevabili nella normativa che ne costituisce il prodotto, affiorano con forza due aspetti problematici che a tutt'oggi sviluppano le massime tensioni sui delicati equilibri dell'ordinamento giuridico del lavoro: la questione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi oggetto di rinvio e quella della selezione dei soggetti sindacali individuati dalla norma di rinvio. Si tratta, invero, di questioni rilevanti sul piano delle politiche sindacali, ma che ovviamente assumono rilievo cruciale nella riflessione del giurista che si accinga ad esaminare in termini critico-ricostruttivi una qualsivoglia normativa, in particolare se di tipo flessibilizzante.

In effetti, alla stregua di una lettura largamente presente nella dottrina giuslavoristica (che, peraltro, come si vedrà nel seguito del lavoro, assume configurazioni tecniche assai differenti),

---

[15] In senso analogo, Roccella 2004, par. 3.

[16] Come noto, il Governo ha poi ritenuto opportuno stralciare, dal d.d.l. n. 848, l'art. 6 (relativo, appunto, alla trasposizione della regolamentazione comunitaria in materia d'orario) e di inserire la delega da esso prevista nella legge comunitaria (l. n. 39/2002), in modo da accelerare i tempi del recepimento e di sottrarli al più generale (e, per certi aspetti, aspro) confronto che, nel frattempo, si era aperto sui temi ed i contenuti della complessiva riforma prefigurata dal *Libro bianco*.

[17] Piuttosto vi sarebbe da chiedersi come mai nei confronti di tale disciplina si sia determinata, dal lato dei sindacati, una unitarietà di posizioni (almeno al momento della sottoscrizione dell'*Avviso comune*) che, al contrario, non si è riprodotta affatto in relazione agli interventi in materia di lavoro a termine e di riforma del mercato del lavoro: riguardo a tali interventi è, infatti, nota l'opposizione della CGIL, la più grande delle Confederazioni sindacali, e reciprocamente l'accondiscendenza delle altre due grandi Confederazioni, CISL e UIL, manifestatasi rispettivamente nella conclusione, da un lato, di un accordo con la parte datoriale propedeutico alla recezione della direttiva n. 70/1999 sul lavoro a tempo determinato (cfr. Carabelli 2003, 382) e, dall'altro lato, del *Patto per l'Italia*, un patto triangolare concluso nel 2002 che assicurava il consenso delle parti sociali firmatarie ad un intervento riformatore del legislatore, (solo) in parte tradottosi poi nei richiamati provvedimenti del 2003 (l. n. 30 e d.lgs. n. 276).
A parte la ricordata, contorta vicenda sindacale e politica che ha accompagnato l'attuazione della direttiva comunitaria sull'orario di lavoro, dovrebbe forse ipotizzarsi una maggiore sensibilità della CGIL per i problemi della flessibilità tipologica rispetto a quelli della flessibilità gestionale e, specificamente, di quella temporale? Ovvero, guardando da un diversa prospettiva, dovrebbe forse riconoscersi che a fronte di un'*unanime* disponibilità dal lato sindacale ad accettare una riduzione delle garanzie e tutele sul piano della flessibilità temporale, si contrappone l'esistenza, nelle politiche del lavoro delle tre Confederazioni, di una *frattura* che ne differenzia profondamente le posizioni rispetto alle tematiche della flessibilità tipologica (nonché più in generale – ricordando i contrasti prodottisi, dopo una fase di riflessione comune, tra le stesse Confederazioni nei confronti dell'intenzione del Governo di intervenire in materia di tutela reale contro il licenziamento individuale ingiustificato – rispetto al dilemma *stabilità versus precarietà*). Su questo aspetto è probabilmente ancora troppo presto per discernere con chiarezza le linee conduttrici dell'azione delle tre Confederazioni: strategie di corto, medio e lungo periodo si confondono, in realtà, facilmente di fronte al tumultuoso procedere degli eventi politici ed economici non solo interni, ma anche comunitari. Pur tuttavia – tralasciando ogni valutazione in materia di flessibilità tipologica – sia consentito riscontrare che anche in tema di flessibilità temporale della prestazione occorrerebbe che, dal lato sindacale, si ponderassero attentamente le scelte di politica del diritto da sviluppare, dato che, oltre ad incidere indirettamente sui livelli occupazionali, esse toccano direttamente il lavoratore, non solo come produttore, ma come essere umano portatore di precise esigenze di tutela dei propri diritti fondamentali, tra cui in particolare quello alla salute (v., con specifico riferimento alla costituzionalizzazione dei limiti alla durata della prestazione, intesi come strumenti idonei a perseguire tali finalità di tutela, Leccese 2001, cap. I).

attraverso le disposizioni di rinvio il legislatore perseguirebbe non soltanto l'obiettivo di consentire alla contrattazione collettiva di svolgere la funzione specifica cui viene chiamata dalle norme legali, ma altresì di assicurare che le concrete regole da essa poste nell'assolvere a tale funzione abbiano un'efficacia generale, nonostante la persistente presenza, nel nostro ordinamento, dell'art. 39, co. 2° ss., Cost.[18]. Ed in questa prospettiva si può ben comprendere come la selezione legale dei soggetti sindacali che, secondo siffatta lettura, sarebbero chiamati dalle singole disposizioni legali a svolgere le predette funzioni attraverso la stipulazione di contratti collettivi, risulti indissolubilmente intrecciata con quella dell'efficacia *erga omnes* di tali contratti: essa pone infatti con forza il problema della ammissibilità – in mancanza, appunto, di attuazione della seconda parte della norma costituzionale – non solo politica, ma anche giuridica, di un'attività contrattuale, in grado di produrre anche effetti legali ad efficacia generale, svolta da alcuni sindacati selezionati dal legislatore. Un problema, questo, divenuto tanto più grave e complesso - nei termini che si chiariranno nel prosieguo - mano a mano che, al fine di evitare possibili complicazioni derivanti dal conflitto tra i soggetti sindacali designati dalle norme di rinvio, si è fatta sempre più ristretta la cerchia di quelli che sono considerati dalla legge come *idonei* e *sufficienti* per svolgere le predetti funzioni (il che - come meglio si dirà - pone altresì il problema della determinazione della volontà maggioritaria sul fronte sindacale).

Proprio l'analisi dei vari richiami alla contrattazione collettiva contenuti nel d.lgs. n. 66/2003 è in grado di far emergere con grande evidenza le implicazioni generali appena descritte: partendo dunque da essa, potranno essere affrontate con maggiore concretezza le questioni teoriche, appena richiamate, sottese alla tecnica dei rinvii legali ai contratti collettivi.

A questo riguardo va subito segnalato che - come si è già avuto occasione di accennare - il legislatore delegato, seguendo una prassi ormai ampiamente praticata dalla legislazione lavoristica dell'ultimo periodo, ha largheggiato, nel d.lgs. n. 66, nell'effettuare rinvii alla contrattazione collettiva; ma anche che questi ultimi - come avvenuto d'altronde, in epoca recente, in tema di part-time[19] e di mercato del lavoro[20] - manifestano differenti caratteristiche strutturali e funzionali, oltre che di contenuto.

In effetti, nonostante la suggestione *unificante* indotta dall'art. 1, co. 2°, lett. *m)*, il quale fornisce una definizione generale di «contratti collettivi di lavoro» (si tratta dei «contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative») da valere - salvo la presenza di alcuni rinvii a contratti collettivi stipulati da soggetti differenti e/o a specifici livelli[21] - in tutti i casi in cui il decreto rinvii ad essi, ci si trova in realtà di fronte a tipologie differenziate del rapporto tra fonte legale e contratto collettivo, che incidono in modo determinante anche sul rapporto tra le singole norme del decreto contenenti il rinvio e la predetta disposizione costituzionale, tanto nella parte fondante la libertà sindacale (co. 1°), quanto in quella disciplinante la contrattazione collettiva *erga omnes* (co. 4°).

---

[18] Per i necessari riferimenti si rinvia alla successiva trattazione.

[19] Si v., con riferimento alla disciplina del 2000-2001, l'analisi di Pinto 2002, 275 ss.

[20] V., in proposito, la schematizzazione di Carinci F. 2004a, L ss., nonché Pinto 2004, 166 s.

[21] Cfr. spec. art. 17, co. 1°, e art. 18, co. 2°.

3. La selezione dei livelli negoziali competenti a stipulare nelle materie oggetto di rinvio

Prima di addentrarci nell'esame dei rinvii alla contrattazione collettiva contenuti nel d.lgs. n. 66, occorre, peraltro, interrogarsi preliminarmente sul preciso significato da attribuire proprio alla definizione contemplata dall'art. 1, co. 2°, lett. *m)*, e specificamente su due questioni che affiorano dalla lettura della norma: in primo luogo quella relativa ai livelli contrattuali che devono ritenersi compresi nella definizione in esame; ed in secondo luogo quella relativa alla puntuale individuazione dei soggetti cui essa si riferisce. Non va trascurato, peraltro, che talune disposizioni del decreto legislativo, prescindendo dalla definizione generale di cui all'art. 1, co. 2°, lett. *m)*, individuano esse stesse livelli dei contratti collettivi e/o caratteristiche soggettive dei contraenti che sono oggetto dello specifico rinvio.

Orbene, per quanto attiene alla prima questione, la formulazione generica adottata dalla lett. *m)* ha creato immediatamente nella dottrina il convincimento circa l'intento del legislatore delegato di ricomprendere tutti i livelli contrattuali[22], da quello interconfederale a quello aziendale, passando per quello nazionale e per quello territoriale.

A tale lettura se ne è, peraltro, ben presto contrapposta un'altra, più restrittiva, secondo la quale il rinvio generico ai «contratti collettivi» dovrebbe essere inteso come riguardante il solo livello nazionale (tanto interconfederale che di categoria). E a sostegno di questa posizione sono state sviluppate varie argomentazioni, incentrate soprattutto sulle contraddizioni che un'interpretazione estensiva della norma innesterebbe, anche sul piano sistematico, nel tessuto normativo del decreto.

È stata così segnalata, anzitutto, l'incompatibilità di una contrattazione decentrata in materia - in grado di differenziare geograficamente e/o aziendalmente la regolamentazione contrattuale - con l'obiettivo dichiarato all'art. 1, co. 1°, ai cui sensi «le disposizioni contenute nel presente decreto [...] sono dirette a regolamentare in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, e nel pieno rispetto del ruolo dell'autonomia negoziale collettiva, i profili di disciplina del rapporto di lavoro connessi all'organizzazione dell'orario di lavoro»[23]. Sennonché, il menzionato obiettivo non incide direttamente sulla selezione dei livelli negoziali: la sua enunciazione, infatti, ha la funzione di determinare l'ambito di applicazione delle disposizioni generali contenute nel decreto, mostrando, evidentemente, come il legislatore delegato abbia ritenuto che i profili in esse

---

[22] Cfr., tra gli altri, Del Punta 2003, IX s.; Garofalo D. 2003, 998; Mazzotta 2003, par. 2; Maresca 2003b, 2999; Simonato 2003, 78-81 (il quale, peraltro, ipotizza che, qualora si verifichino conflitti di regolazione tra contratti di diverso livello, il contratto nazionale possa prevalere su quello di secondo livello, se quest'ultimo prevede «condizioni di peggior favore per i lavoratori»; su quest'ultimo aspetto v. altresì Tremolada 2003, 19 s.); Bolego 2004, par. XI. V. anche la circ. Confindustria 22 aprile 2003, n. 17490, in GL, 2003, n. 22, 13.

[23] Franci 2003, 788 s. Uno specifico, benché diverso, rilievo alla finalità enunciata in questa disposizione è attribuito anche da Tremolada, il quale, nel peculiare presupposto che l'art. 1, co. 2°, lett. *m)*, abbia la sola funzione di operare una selezione di *soggetti*, senza incidere sul *livello* negoziale competente, ritiene che l'individuazione di quest'ultimo debba avvenire sulla scorta dell'interpretazione delle singole norme di rinvio e, in caso di incertezza, utilizzando un criterio interpretativo residuale (desumibile, appunto, dalla menzionata finalità) «in base al quale dovrà ritenersi autorizzato a eseguire il rinvio l'atto di autonomia collettiva capace di realizzare l'uniformità di regolamentazione sul piano nazionale» (Tremolada 2003, 11 e 18 ss.): una tesi, questa, che, da un lato, finisce per svuotare completamente di contenuto precettivo l'art. 1, co. 2, lett. *m)*, attribuendo all'interprete una funzione selettiva che invece il legislatore ha chiaramente dimostrato di voler esercitare in proprio (cfr. anche le altre disposizioni contenute nel d.lgs. n. 66, quale l'art. 17, co. 1°, che svolgono direttamente tale funzione); dall'altro, utilizza - quale fonte di un criterio residuale, ma in verità volto a temperare l'arbitrio dell'interprete - una disposizione che, come subito si dirà in testo, è destinata a tutt'altro fine.

disciplinati non appartengono alla competenza regionale concorrente ai sensi dell'art. 117 Cost., nuovo testo[24]. Insomma, è nello stesso d.lgs. n. 66 che si rinviene una disciplina generale da valere come normativa di base uniforme per tutto il territorio nazionale, laddove alla contrattazione collettiva viene riconosciuto un ruolo integrativo, modificativo, derogatorio, specificativo etc. che non altera lo schema regolativo di base[25].

Una seconda, più robusta, obiezione nei confronti dell'interpretazione estensiva della norma è fondata sul fatto che, poiché per «contratti collettivi» si devono intendere quelli stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori *comparativamente più rappresentative*, sarebbero da escludere i contratti collettivi di secondo livello, ai cui soggetti stipulanti non si potrebbe riferire siffatta valutazione, in quanto normalmente intesa dalla legge come riguardante organizzazioni di livello nazionale[26]. Anche questa argomentazione, per quanto penetrante, non appare tuttavia decisiva, posto che la valutazione comparativa richiesta dalla disposizione potrebbe in teoria essere effettuata, sia pure con qualche difficoltà, al livello decentrato, tanto territoriale che aziendale (la norma parla di organizzazioni e non di associazioni)[27]. A ben vedere, inoltre, non si potrebbe escludere - pur se con una certa forzatura della norma, che riferisce la rappresentatività, appunto, alle organizzazioni stipulanti - che la valutazione comparativa possa essere effettuata con riferimento alle confederazioni o alle federazioni cui aderiscono i soggetti che stipulano il contratto decentrato.

Una terza obiezione, apparentemente assai forte nella sua semplicità, è che l'art. 13, co. 1°, in tema di orario di lavoro notturno, richiama esplicitamente i «contratti collettivi, anche aziendali», così legittimando l'osservazione che, ove essi fossero già inclusi nella definizione dell'art. 1, co. 1°, lett. *m)*, tale richiamo sarebbe ultroneo[28]. In realtà, a questa obiezione si potrebbe controbattere che attribuire rilievo dirimente al dato letterale sopra riportato, per giunta tralatizio[29], vorrebbe dire riconoscere, per converso, l'ultroneità delle limitazioni contenute in altri rinvii (v. art. 17, co. 1°, e art. 18, co. 2°)[30], le quali, al contrario, trovano adeguata spiegazione proprio (e solo)

---

[24] V. anche Tiraboschi, Russo A. 2003, 14; Garofalo D. 2003, 1000; Tremolada 2003, 10; Lai 2004, 67.

[25] D'altra parte, all'argomentazione qui criticata si potrebbe altresì obiettare che anche il pluralismo contrattuale settoriale o di categoria produrrebbe in realtà una significativa differenziazione di disciplina (anche se non di carattere geografico).

[26] Franci 2003, 789 ss. V. anche Maresca 2003a, par. 4.2, il quale si limita ad escludere la possibilità che la materia possa essere regolata da un accordo raggiunto con la sola r.s.u., «per l'evidente ragione per cui un contratto concluso con tale soggetto sindacale non può essere considerato come un contratto» stipulato da un'organizzazione sindacale comparativamente più rappresentativa.

[27] V. anche Simonato 2003, 79 s. Cfr., d'altronde, Carinci F. 2004a, LXVII, il quale, con riferimento ai rinvii contenuti nel d.lgs. n. 276/2003, rileva che, «se il livello è 'aziendale', il responso più corrispondente alla lettera sarebbe stato di ritenere accreditate a negoziare le rsa facenti capo ad associazioni "comparativamente più rappresentative" in ambito aziendale (?)».

[28] Franci 2003, 791 s.; *contra* Fortunato 2003, 403.

[29] V., infatti, l'art. 4, co. 1°, d.lgs. n. 532/1999, che costituisce la base su cui è stato redatto, con talune variazioni, l'art. 13, co. 1°, d.lgs. n. 66.

[30] La prima disposizione, nel consentire deroghe negoziali agli artt. 7 (riposo giornaliero), 8 (pause), 12 e 13 (modalità organizzative e durata del lavoro notturno), prevede che esse possano essere introdotte «mediante contratti o accordi collettivi conclusi a livello nazionale tra le organizzazioni sindacali nazionali comparativamente più rappresentative e le associazioni nazionali dei datori di lavoro firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro o, conformemente alle regole fissate nelle medesime intese, mediante contratti collettivi o accordi conclusi al secondo livello di contrattazione» (in tal modo, la norma esclude che l'intervento di questi ultimi possa avere luogo in assenza di, o in contrasto con, una preventiva scelta derogatoria compiuta nel ccnl); la seconda disposizione, relativa ai lavoratori a bordo di navi da pesca marittima, richiama esplicitamente solo i «contratti collettivi nazionali di categoria» (e ciò vale ad escludere, nel caso di specie, la competenza di altri livelli di contrattazione).

se si ammette che la norma generale di cui all'art. 1, co. 1°, lett. *m)* ha portata estensiva[31]. Insomma, la precisazione di cui si tratta non fa altro che testimoniare la scarsa attenzione prestata dal legislatore nell'opera di redazione di un testo legislativo che raccoglie, con rilevanti modifiche anche in merito alla selezione dei livelli competenti, norme in passato sparse in diversi provvedimenti legislativi[32].

Un ultimo gruppo di obiezioni attiene, infine, alla opportunità di interpretare in senso restrittivo la disposizione in questione, e cioè come relativa al solo livello nazionale di contrattazione. Si è così constatata, ad esempio, «l'assurdità» di una definizione a livello aziendale delle modalità per adempiere all'obbligo di comunicazione alla Direzione provinciale del lavoro del superamento tramite lavoro straordinario delle 48 ore settimanali (art. 4, co. 5°). E si è altresì fatto notare che l'intervento ministeriale contemplato dall'art. 17, co. 2° («in mancanza di disciplina collettiva»), con specifico riferimento alla semestralizzazione dell'arco di tempo entro cui calcolare le 48 ore settimanali di media stabilite dall'art. 4, co. 2°, sarebbe inconcepibile ove si ipotizzasse che l'alternativa competenza in materia fosse affidata dall'art. 4, co. 4°, ai contratti collettivi di qualsivoglia livello, ivi compreso quello decentrato territoriale o aziendale[33]. Anche a questo riguardo si potrebbe però rispondere che si è in presenza di situazioni nelle quali l'interpretazione restrittiva viene fatta discendere da ragioni di mera opportunità, che non paiono in grado di incidere in senso limitativo sul dettato legislativo: per quanto disdicevole, nulla impedirebbe, nel primo esempio, che le modalità di comunicazione siano fissate dal contratto aziendale; così come, con riferimento al secondo esempio, il decreto ministeriale potrebbe senza alcun dubbio essere emanato anche in presenza di una pluralità di contratti aziendali, e ciò per soddisfare le esigenze regolative relative a tutti gli altri datori di lavoro e lavoratori estranei a quei contratti, per i quali si verificherebbe comunque quella «mancanza di disciplina collettiva» configurata dall'art. 17, co. 2°.

La verità è che il legislatore delegato ha trascurato l'elementare esigenza di evitare confusioni in una materia così delicata come la determinazione del livello negoziale investito delle funzioni implicate dal rinvio, ma l'interprete non ha grandi possibilità a questo riguardo, se non quella di lamentare la scarsa coerenza del testo ed auspicare un intervento chiarificatore dello stesso legislatore. Deve dunque dedursi che - fermi restando i casi in cui il decreto prevede un rinvio specifico - nei casi in cui si fa riferimento ai «contratti collettivi» o ai «contratti collettivi di lavoro», dovrà invece valere la definizione - ambigua quanto si vuole, ma 'onnicomprensiva' - di cui all'art. 1, co. 1°, lett. *m)*[34].

---

[31] Cfr. anche Bolego 2004, par. XI e Ricci G. 2004, par. II.

[32] Se mai, va detto che l'art. 13, co. 1°, nell'autorizzare inequivocabilmente anche i contratti «aziendali» ad individuare un periodo di riferimento più ampio (rispetto alle 24 ore), entro il quale calcolare come media il limite complessivo di durata del lavoro notturno (8 ore), si pone in contrasto con l'art. 16, n. 3, della dir. n. 93/104, il quale si riferisce espressamente ai soli «contratti collettivi o accordi conclusi a livello nazionale o regionale» (in senso analogo Fortunato 2003, 403 s., che da questo fatto trae ulteriore argomento a sostegno dell'interpretazione estensiva dell'art. 1, co. 1°, lett. *m)*).

[33] Entrambe le osservazioni sono in Franci 2003, 792.

[34] Cfr. da ultimo anche Zoli 2004, par. 5.1.

4. La selezione dei soggetti competenti a stipulare nelle materie oggetto di rinvio

La seconda questione sollevata dalla definizione in esame riguarda, come si è accennato più sopra, l'individuazione dei soggetti.

A questo riguardo va segnalato che, proseguendo nella scelta di politica del diritto praticata per la prima volta dalla legge delega n. 30 del 2003, in materia di occupazione e mercato del lavoro (e successivamente ribadita nel d.lgs. n. 276 del 2003, attuativo della delega, il quale ha modificato nel senso di cui si dirà tra breve anche il d.lgs. n. 61 del 2001), il d.lgs. n. 66 ha abbandonato la strada seguita dal legislatore a partire dal 1997 ai fini della selezione dei soggetti stipulanti i contratti collettivi oggetto del rinvio e, invece di ripetere la formula del contratto collettivo sottoscritto «*dai* sindacati comparativamente più rappresentativi»[35], di per sé già ambigua e controversa[36], è passato, come si è visto, a quella del contratto collettivo stipulato «*da* organizzazioni sindacali [...] comparativamente più rappresentative»[37].

Un mutamento che, evidentemente, non è soltanto terminologico, poiché quella 'piccola' trasformazione della preposizione articolata *dai* nella preposizione semplice *da* implica in realtà la volontà politica di sciogliere il 'vincolo' costituito - almeno secondo una lettura della formula pregressa, invero di valenza più politica che rigorosamente giuridica - dalla necessaria confluenza nell'accordo delle volontà di *tutti* (o quasi…) i sindacati comparativamente più rappresentativi (tali rispetto ad altri soggetti sindacali comunque 'comparativamente meno rappresentativi' di loro[38]), così ovviando a quella sorta di «unanimismo» che nel *Libro bianco* sul mercato del lavoro in Italia è stato additato come fattore di rigidità del sistema di relazioni sindacali[39]. L'obiettivo precipuo di siffatta scelta - come ben desumibile da quanto esplicitamente dichiarato nella relazione di accompagnamento all'originario testo del disegno di legge n. 848[40], nel quale, peraltro, si adottava un'espressione priva anche della particella 'più'[41] - consiste insomma proprio nello 'sterilizzare'[42] o, meglio ancora, 'neutralizzare' l'eventuale dissenso di un sindacato comparativamente più rappresentativo (anche se, in teoria, quest'ultimo fosse, per caso, il più forte ed il più numeroso *in termini assoluti* del sistema di relazioni sindacali di riferimento) rispetto ad una

---

[35] Questa formula è stata utilizzata a più riprese nella l. n. 196 del 1997, specie in tema di lavoro interinale (v. art. 1, co. 2°, lett. *a)*, co. 3, co. 4, lett. *a)*, co. 8), ed è stata successivamente ripresa dal d.l. n. 335 del 1998, convertito dalla l. n. 409 del 1998 (che ha sostituito l'art. 5-*bis* del r.d.l. n. 692 del 1923, in materia di lavoro straordinario nelle imprese industriali), dal d.lgs. n. 532 del 1999 (lavoro notturno), dal d.lgs. n. 61 del 2000 (part-time) e dal d.lgs. n. 368 del 2001 (lavoro a tempo determinato); cfr. in precedenza anche il co. 25° dell'art. 2, l. n. 549 del 1995, sulla determinazione della retribuzione imponibile a fini contributivi e l'originario co. 6-*bis* dell'art. 5, d.l. n. 510 del 1996, conv. con modif. nella l. n. 608 del 1996, sui contratti di riallineamento; v. anche art. 6, co. 3°, d.lgs. n. 469 del 1997, come modif. dall'art. 6, co. 2°, l. n. 68 del 1999.

[36] V. in dottrina, anche per ulteriori riferimenti, D'Antona 1999, 314; Campanella 2000, 155 ss.; Pinto 2002, 295 ss.; Rusciano 2003, 224 ss.; Luciani, Santagata 2004, 86 s.

[37] La formula non è peraltro utilizzata nell'art. 17, co. 1°, il quale parla invece di «contratti collettivi o accordi conclusi *tra le* organizzazioni sindacali nazionali comparativamente più rappresentative e *le* associazioni nazionali dei datori di lavoro firmatarie di contratti collettivi nazionali di lavoro [...]» (corsivi nostri).

[38] Cfr. Campanella 2000, 164 ss.

[39] Cfr., da ultimo, Ricci M. 2004, 15 ss.

[40] Il d.d.l., approvato dal Consiglio dei ministri il 15 novembre 2001, ha dato poi origine alla legge delega n. 30. Da esso, come già ricordato, era stato stralciato l'art. 6 (relativo alla delega in materia di orario), che è confluito nella legge comunitaria n. 39/2002.

[41] Su questi aspetti v. Bellavista 2003, par. 2; v. anche Pinto 2002, 302.

[42] Pinto 2004, 196.

decisione condivisa da altri sindacati che pure, a loro volta, possono essere considerati comparativamente più rappresentativi, così riconoscendo, ai fini del rinvio legale, il rilievo giuridico di accordi stipulati solo da questi ultimi.

Si dirà tra breve se la preoccupazione del Governo fosse giustificata e se la scelta di mutamento terminologico che ne è scaturita sia in grado di produrre gli effetti voluti e con quali conseguenze. Al momento preme piuttosto osservare come un obiettivo similare a quello appena descritto è immanente anche al complessivo progetto del Governo in carica, affiorante nel *Libro bianco*, di accantonare le onnipresenti prassi concertative che hanno caratterizzato l'ultimo ventennio del secolo scorso, in favore di un metodo differenziato, in base al quale, mentre nelle materie che comportino impegni di spesa pubblica il Governo si riserva competenza piena ed esclusiva, nelle altre viene ipotizzato un confronto ispirato al modello comunitario del 'dialogo sociale' (cfr. artt. 138 e 139 del Trattato), in cui restano comunque ben differenziate - anche dal punto di vista procedurale - funzioni e responsabilità della fonte legale e della contrattazione collettiva[43]. Tale confronto dovrebbe dunque fondarsi su di un percorso così caratterizzato: fase di consultazione delle parti sociali su di un'iniziativa governativa di intervento regolativo; eventuale fase di autonoma negoziazione delle parti sociali; fase del concreto intervento regolativo legale, il quale dovrebbe eventualmente costituire la «traduzione legislativa dell'intesa» tra le parti sociali, ove intervenuta. Come precisa poi lo stesso documento, «l'adozione di tale metodologia [...] non può compromettere la rapidità del procedimento decisionale. In caso di disaccordo tra gli stessi attori sociali sarà necessario [...] ricorrere alla regola della maggioranza, senza pretendere unanimismi che pregiudicherebbero il buon funzionamento dello stesso dialogo sociale»[44].

Il fatto è, peraltro, che il mezzo con cui si intende perseguire l'obiettivo di 'efficienza' del processo decisionale (costituito, appunto, da siffatto passaggio dalla concertazione al 'dialogo sociale'), se risulta sicuramente legittimo sul piano giuridico[45], si rivela assai meno convincente sul piano politico, proprio in relazione alle *modalità* che caratterizzano, rispettivamente, il processo concertativo e quello del 'dialogo sociale'[46].

Ed infatti, allorquando, in passato, si sono definite le politiche sociali ed economiche tramite il metodo concertativo, il contenuto della regolazione legale è stato stabilito all'interno di un vero e proprio 'negoziato trilaterale' di cui è stato parte lo stesso Governo. Quest'ultimo, poi, ha assunto alla fine le proprie autonome decisioni, sul piano dell'intervento regolativo, sulla base del consenso raccolto in sede negoziale, in modo più o meno formale, da tutte le parti sociali. Ciò, almeno, nella normalità dei casi, salvo occasioni di storica rottura del fronte sindacale[47].

---

[43] V. al riguardo, tra gli altri, Bellardi 2004, spec. par. 1; Perulli 2004, 30 ss.; Giugni 2003, 110 ss.; Pinto, Voza 2002, 493 ss.

[44] Cfr. p. 30 ss. del *Libro bianco*.

[45] La concertazione non costituisce, infatti, nel nostro ordinamento, nulla di più di una risorsa, di un'opportunità rimessa alle libere determinazioni tanto dell'esecutivo che delle parti sociali, e non esistono certamente vincoli giuridici in materia; così come, del resto, non ne derivano - almeno per Governo e Parlamento - dai suoi prodotti pattizi (cfr. Corte cost. 34/1985 e in dottrina, per tutti, Maresca 2000, 206; Giugni 2001, 204 s.; Bellardi 2001, 104 ss.; Perulli 2004, 34 s.).

[46] Cfr. anche Ricci M. 2004, 14 ss.

[47] Cfr. Perulli 2004, 367.

Diverso è, invece, il caso del metodo del 'dialogo sociale', quale prospettato nel *Libro bianco*, in base al quale il Governo ha assunto il formale impegno politico di dare attuazione agli accordi conclusi *autonomamente* dalle parti sociali secondo un principio di sussidiarietà orizzontale (in assenza, dunque, di un negoziato triangolare), con l'avvertenza che, in nome del principio di efficienza da cui si è partiti, ciò potrà avvenire anche qualora tali accordi risultino conclusi solo da talune delle parti sociali, secondo la predetta 'regola di maggioranza'[48]. In questa differente prospettiva diviene infatti essenziale precisare cosa debba intendersi per 'regola di maggioranza', dato che pare evidente come, in assenza di una siffatta specificazione (come appunto avviene nel *Libro bianco*), la stessa regola possa essere riferita ad una maggioranza calcolata in base al mero numero dei soggetti (collettivi) attori e non in base al loro effettivo peso rappresentativo[49], avuto riguardo ai lavoratori presenti nell'ambito di riferimento dato. Questo significa che, nella prospettiva del documento governativo, la legge potrebbe eventualmente intervenire a dare attuazione ad un accordo concluso da un 'manipolo' di parti sociali di insufficiente rappresentatività[50]; e ciò - per quanto certamente legittimo, come già accennato, sul piano giuridico - appare deleterio sul piano politico, in quanto si presenta come una sorta di *passiva* ottemperanza del Governo stesso - e quindi del legislatore (o meglio ancora dalla maggioranza parlamentare) che ne attua le scelte politiche - alle decisioni un gruppo di forze sociali minoritarie[51].

Ma soprattutto, ed è questo che rileva maggiormente in questa sede, il predetto obiettivo di efficienza, una volta che si pretenda di trasportarlo dal piano del 'dialogo' tra Governo e parti sociali a quello della selezione dei soggetti collettivi destinatari dei rinvii legali, parrebbe risultare non solo politicamente, ma, questa volta, anche *giuridicamente* in conflitto con l'obiettivo - che larga parte della dottrina ritiene di leggere nei rinvii legali[52] - di riconoscere al contratto collettivo di diritto comune stipulato da tali soggetti funzioni regolative *erga omnes*[53] (un obiettivo, questo, che – è bene sottolinearlo sin d'ora – chi scrive ritiene comunque non perseguibile allo stato, in mancanza di attuazione dell'art. 39, seconda parte, Cost.; ma su tali aspetti si tornerà tra breve).

4.1. Segue. L'indissolubile legame tra efficacia *erga omnes* e principio di maggioranza: l'essenza dell'art. 39, co 4°, Cost

In effetti, già da un punto di vista di *politica del diritto*, gli aulici auspici, che solitamente abbondano nel dibattito politico e sindacale, di un funzionamento democratico del sistema contrattuale - il quale si rispecchia, evidentemente, anche, se non soprattutto, nella ricerca di meccanismi in grado di assicurare la massima estensione possibile del consenso sindacale sul piano

---

[48] V. p. 32 s. del *Libro bianco*.

[49] In tal senso, Pinto, Voza, 2002, p. 493 ss.

[50] Cfr. Bellardi 2004, par. 1; Carinci F. 2003, 204.

[51] Cfr., ancora, Perulli 2004, 37.

[52] Per tutti v., con chiarezza, Liso 1998, 258 s.

[53] Con specifico riferimento al d.lgs. n. 66, si è infatti ritenuto che il legislatore delegato «sembra presupporre [...] il riconoscimento ai contratti collettivi oggetto di rinvio da parte dell'atto normativo di un'efficacia soggettiva generale»: Tremolada 2003, 23, ad avviso del quale indicazioni in tal senso sarebbero rinvenibili nell'art. 1, co. 1° (alla cui stregua, come s'è detto, le disposizioni del decreto sono volte a disciplinare l'orario di lavoro in modo uniforme su tutto il territorio nazionale) e co. 2°, lett. *m)* (il cui criterio selettivo avrebbe proprio la funzione di individuare i contratti cui è riconosciuta efficacia *erga omnes*). In proposito - rinviando alla successiva trattazione in merito agli specifici problemi di costituzionalità che, se così fosse, deriverebbero dall'utilizzo della preposizione «*da*» nella citata lett. *m)*, nonché sul diverso significato che, a seconda dei casi, è attribuibile alla selezione operata dalla stessa lettera - va comunque ribadito, con riferimento alla finalità espressa nell'art. 1, co. 1°, che essa è riferita alle disposizioni generali contenute nel decreto e non alla disciplina collettiva cui le medesime rinviano.

dell'assunzione delle decisioni inerenti l'attività negoziale - confliggono con una scelta 'riduttivista' quale quella emergente dalla normativa risultante dall'evoluzione cui si è fatto cenno nel precedente paragrafo.

A ben vedere, tuttavia, il rinvio legislativo ad accordi siffatti, stipulabili (anche) da parte *solo* di alcuni sindacati che, per quanto comparativamente più rappresentativi rispetto ad altri soggetti sindacali, non siano in grado di assicurare la proiezione di un consenso maggioritario dei lavoratori, potrebbe anche sollevare dubbi di *legittimità costituzionale*, su cui si dovrebbero invero interrogare coloro che affermano l'efficacia *erga omnes* dei contratti oggetto di rinvio. Va notato a questo riguardo che, pure in mancanza di attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost., dal suo co. 4° pare potersi ricavare un principio generale, il quale dovrebbe necessariamente valere anche nelle ipotesi di rinvio legale, nella misura in cui si volesse, appunto, seguire la dottrina che sostiene l'efficacia generale dei contratti attuativi dello stesso. Questa disposizione costituzionale, infatti, nel definire le modalità democratiche di composizione della rappresentanza negoziale *a latere* dei lavoratori, stabilisce che essa dovrebbe essere istituita unitariamente su base proporzionale; e ciò, evidentemente, al fine di poter esprimere, almeno tendenzialmente, la volontà generale dei lavoratori rappresentati. E da questo punto di vista ha, tra l'altro, ragione chi sostiene che, indirettamente, dalla predetta composizione, derivano conseguenze anche sul piano del funzionamento di quell'organismo di rappresentanza unitaria, dovendosi ritenere, per l'efficienza dell'azione, necessaria l'adozione, da parte di esso, del principio maggioritario[54] (non si dimentichi, d'altro canto - quale referente di non scarso rilievo - che l'art. 43 del d.lgs. n. 165, in tema di contrattazione collettiva per il settore del lavoro pubblico, stabilisce che alla stipula del contratto nazionale di comparto o area l'ARAN può pervenire solo in presenza del consenso di organizzazioni sindacali che «rappresentino nel loro complesso almeno il 51 per cento come media tra dato associativo e dato elettorale nel comparto o nell'area contrattuale, o almeno il 60 per cento del dato elettorale del medesimo ambito»; dal che, indipendentemente da ogni giudizio sulla coerenza costituzionale della riforma della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico[55], emerge comunque una significativa attenzione del legislatore nel valorizzare il suddetto principio).

Orbene, trattandosi di un principio giustificabile proprio alla luce del fatto che la rappresentanza unitaria dovrebbe stipulare contratti collettivi ad efficacia generale[56], sembra corretto presumere l'esigenza che un corrispondente processo virtuoso dal punto di vista della democratica rappresentanza degli interessi dei lavoratori debba essere rispettato anche nei casi in cui, con le grandi acrobazie interpretative di cui si discuterà più avanti, si pretenda di riconoscere applicazione generale ad un contratto collettivo oggetto di rinvio legale, sul sostanziale presupposto dell'esercizio, da parte di soggetti selezionati, di funzioni di rappresentanza generale[57].

---

[54] Cfr. Fiorai 1991, 49 ss.; D'Antona 1999, 329; Lunardon 1999, 310; Monaco 2003, 58.

[55] V., in particolare, Barbieri 2000.

[56] V. Bellocchi 1998, 389 ss.; D'Antona 1999, 328 s.

[57] Cfr. ancora D'Antona 1999, 328 s. Ad analoghe conclusioni giunge anche Lunardon 1999, 310 ss., ma sulla base della premessa che la «costituzione delle r.s.u. e [l'introduzione] del 'nuovo' soggetto collettivo definito in chiave comparativa» lascerebbero presumere che tale principio «risulta oggi 'incorporato' nei soggetti, o, meglio, valorizzato ed applicabile attraverso la mediazione che gli garantiscono le strutture: la r.s.u. in azienda; il sindacato comparativamente più rappresentativo a livello nazionale» (p. 320).

Da questo punto di vista, si deve anzitutto rilevare che l'evoluzione legislativa sopra descritta ha comportato il passaggio dalle prime forme di rinvio generico ai contratti collettivi non qualificati dal punto di vista dei soggetti, alle successive ipotesi di rinvio ai contratti stipulati dai sindacati dapprima meramente 'rappresentativi', successivamente 'più rappresentativi' o 'maggiormente rappresentativi', fino a ridiscendere poi verso le più recenti forme di rinvio fondato su una valutazione comparativa di rappresentatività, dapprima nel senso estensivo di cui alla l. n. 196 del 1997 e del d.lgs. n. 368 del 2001 (in cui si rinviene la formula del contratto collettivo sottoscritto «*dai* sindacati comparativamente più rappresentativi»), e poi nel senso limitativo di cui alla l. n. 30 e ai decreti legislativi nn. 66 e 276 del 2003 (in cui la formula del contratto collettivo sottoscritto «*dai* sindacati comparativamente più rappresentativi» è stata - anche se non univocamente - sostituita da quella del contratto collettivo stipulato «*da* organizzazioni sindacali [...] comparativamente più rappresentative»).

Ebbene, come rammentato, appare innegabile che in questa evoluzione si possa riscontrare quantomeno l'*intento* del legislatore di addivenire ad una progressiva restrizione dei soggetti qualificati come *idonei e sufficienti* alla stipula dei contratti collettivi oggetto dei rinvii legislativi[58]; e che tale graduale impoverimento del fronte soggettivo comporti, in realtà, il rischio di un graduale impoverimento della garanzia, richiesta dal sopra richiamato principio costituzionale, del massimo coinvolgimento sindacale possibile nella stipulazione del contratto, ai fini della presunzione di esistenza di un consenso maggioritario dei lavoratori.

Se questo è vero, e rimanendo ancora nella prospettiva data (ma non condivisa da chi scrive) della pretesa attribuzione di effetti generali ai contratti collettivi oggetto di rinvio, si può dunque passare a verificare se - ed a che condizioni - le diverse formule (tuttora) utilizzate dal legislatore possano essere comunque lette in modo compatibile con il predetto principio.

Partendo dalla formula fondata sulla preposizione articolata «*dai*» (la quale continua ad operare in alcune delle disposizioni di rinvio), merita anzitutto di essere chiarito che l'idea secondo cui essa imponga l'intervento di *tutti* i sindacati comparativamente più rappresentativi - preoccupazione da cui, come si è visto, è stato afflitto il Governo in carica - è derivata, in realtà, da una sorta di presunzione legata alle vicende politico-sindacali degli ultimi mesi, più che da un rigoroso ragionamento giuridico: un'attenta analisi esegetica dell'espressione non potrebbe escludere affatto la possibilità di un contratto stipulato solo da alcuni sindacati comparativamente più rappresentativi[59], i quali, per di più, rappresentino, nell'ambito del sistema sindacale preso a riferimento dal legislatore, una minoranza dei lavoratori. Ai fini che più qui interessano, peraltro, è da ritenere che la predetta formula, qualora si intendesse attribuire efficacia *erga omnes* ai contratti

---

[58] In senso analogo, Carinci F. 2004a, LXIII ss. Cfr. anche, con specifico riferimento al mutamento rappresentato dall'utilizzo della preposizione *da* nel d.lgs. n. 276, Serra 2003, 16 ss.; Curzio 2004, 25; Chieco 2004, 99; Ferraro 2004, 171; Confindustria, *Nota illustrativa al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, ottobre 2003.

[59] Roccella 2000, 355 s.; Pinto 2002, 302, nt. 67, ove si osserva che le norme di rinvio contenenti la formula in questione «non regolano ma valorizzano il sistema di relazioni negoziali, riconoscendo effetti legali agli accordi liberamente conclusi in quel sistema (ossia attribuiscono rilevanza legale all'*ordine* e all'*equilibrio*, ma eventualmente anche al *disordine* ed agli *squilibri*, spontaneamente raggiunti dagli attori di quel sistema)». V. anche, ma con specifico riferimento alla formula utilizzata nell'art. 23, l. n. 56/1987, Biagi 2000, 132 s., nonché, dopo il d.lgs. n. 276/2003, Speziale 2004, parr. 8 e 9; Napoli 2004, 15 s.

oggetto di rinvii, potrebbe *comunque* essere oggetto di un'interpretazione adeguatrice all'art. 39, co. 4°, Cost., considerando vincolante il rispetto del principio maggioritario.

L'esito non sembra invero diverso se si osserva la nuova formula. È pur vero, infatti, che essa è proprio il frutto annunciato dell'intento del Governo (il quale, nel caso di specie, ha assunto altresì - non lo si può certo trascurare - la veste di legislatore delegato) di garantire comunque la funzionalità del rinvio, anche *in assenza di consenso unanime* degli agenti negoziali. Ma è altrettanto vero che, ove si intendesse sostenere che i contratti in tal caso conclusi siano idonei a produrre la predetta efficacia, sarebbe pur sempre necessario ammettere che essi dovrebbero essere sottoscritti, se non da tutte le organizzazioni comparativamente più rappresentative, quantomeno da quelle organizzazioni che assicurano la rappresentanza maggioritaria dei lavoratori[60].

Per converso, ove si intendesse enfatizzare il rilievo del (più recente mutamento del) dato letterale, nonché il dato sistematico derivante dalla complessiva evoluzione della normativa, in larga misura tuttora vigente, in materia di selezione soggettiva contenuta nei rinvii legali, oltre che le ricordate dichiarazioni esplicite (contenute nel d.d.l. n. 848) del Governo, fino al punto da ritenere che il legislatore abbia inteso assicurare la produzione di effetti *erga omnes* anche da parte di un contratto sottoscritto solo *da* uno dei sindacati comparativamente più rappresentativi (o comunque *da* sindacati che, nel complesso, non assicurino la rappresentanza maggioritaria dei lavoratori), bisognerebbe allora inevitabilmente affermare il contrasto con l'art. 39, co. 4°, Cost., delle norme che rinviano ai contratti collettivi stipulati «*da*» organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

Insomma, coloro che intendessero sostenere che tali rinvii investono i contratti collettivi di funzioni regolative ad efficacia generale o, se si preferisce, ne determinano l'applicazione generale, oltre i confini della loro portata di contratti di diritto comune, non potrebbero pretendere di perseguire tale obiettivo in violazione, non solo del procedimento costituzionale previsto dalla seconda parte dell'art. 39, ma addirittura del principio maggioritario in essa contenuto[61].

4.2. Segue. Efficacia *inter partes* e funzione intrinseca della selezione legale dei soggetti. Il problema della ragionevolezza della scelta selettiva

Il fatto è che, peraltro, il problema di costituzionalità appena individuato può essere, a ben vedere, superato ed anzi accantonato ove si ritenga che, come si argomenterà più analiticamente

---

[60] In senso analogo si è pronunciato, proprio con riferimento alla più recente formula fondata sulla preposizione «*da*», un altro autore, il quale, partendo da analoghe considerazioni sul dato costituzionale e fondandosi sul presupposto che la nuova formula adottata dal legislatore vada interpretata nel senso «che il contratto collettivo, oggetto del rinvio legale, debba essere necessariamente stipulato da agenti negoziali che, nell'ambito della cerchia potenziale dei destinatari della regolazione, abbiano una soglia minima di rappresentatività che raggiunga almeno la maggioranza dei lavoratori appartenenti all'area di applicazione del medesimo contratto», ha ritenuto che, in caso contrario, il contratto collettivo stesso non potrebbe «produrre gli effetti legali»: Bellavista 2004, par. 2 (ma cfr. anche Scarponi 2004, 30). L'a., peraltro, non esplicita se tra gli 'effetti legali' vada ricompreso l'*erga omnes*, profilo che invece, a nostro avviso, è dirimente ai fini del discorso qui condotto, poiché, come si è ampiamente argomentato in testo, solo in tal caso si porrebbe un problema di compatibilità di *entrambe* le formule selettive con il principio maggioritario e si imporrebbe una scelta interpretativa che tentasse di far salvo, quanto meno, il principio maggioritario di cui all'art. 39, co. 4°, Cost.

[61] Emblematica, da questo punto di vista, è la posizione di Pera che, collocandosi nella prospettiva dell'efficacia generale dei contratti collettivi oggetto di rinvio legale, l'ammette e giustifica a condizione che «*il contratto collettivo* [...] *risulti stipulato da sindacati di cui si possa comprovare la maggioranza nel complesso delle forze sindacalmente organizzate*» (corsivo dell'a.): v. ora Pera, Papaleoni 2003, 158.

nel prosieguo della trattazione, in mancanza di attuazione della normativa costituzionale di cui all'art. 39, seconda parte, al legislatore è da quest'ultima precluso adottare soluzioni differenti per assicurare l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi. Si tratta di un limite che deriva direttamente da una chiara e rigorosa pronuncia della Corte Costituzionale del 1962, la cui vincolatività per l'interprete è tuttora assolutamente stringente, come dimostrano d'altronde le successive pronunce della Consulta che hanno esplicitamente o implicitamente confermato la perdurante validità dei principi in essa contenuti[62]. Ed ogni soluzione alternativa è destinata ad infrangersi anche - come meglio si dirà tra breve - contro il '*muro*' della libertà sindacale (a seconda dei casi positiva e/o negativa) di cui all'art. 39, co. 1°, Cost.[63] Di conseguenza, si deve ritenere che l'ordinamento consente oggi esclusivamente l'efficacia civilistica *inter partes* del contratto collettivo[64], quali che ne siano i soggetti stipulanti e quali che siano i tipi di rinvio che il legislatore abbia adottato (salvo, eventualmente, le ipotesi eccezionali connesse alla contrattazione collettiva per il lavoro pubblico e allo sciopero nei servizi essenziali, per le quali, secondo alcune letture, potrebbe essere proposto un discorso differente: ma sul punto, che richiede maggiori approfondimenti, v. *infra*, par. 9.2).

Quali siano poi, e di che tipo, le varie norme di rinvio alla contrattazione collettiva nel caso del d.lgs. n. 66 lo si vedrà tra breve. Ciò che preme, peraltro, sottolineare sin da questa fase dell'indagine è che - proprio alla luce della 'elementare' constatazione della necessaria efficacia soggettiva meramente privatistica di qualsivoglia contratto collettivo di diritto comune - i rinvii ai contratti collettivi stipulati da soggetti selezionati contenuti nel d.lgs. n. 66, potranno volta a volta risultare:

1) o del tutto privi di valore precettivo, c.d. rinvii 'impropri'[65], qualora siano relativi ad un intervento contrattuale in funzione migliorativa della norma legale, ovvero in funzione di delimitazione dei poteri datoriali[66]: in forza della libertà sindacale (positiva) costituzionalmente garantita (art. 39, co. 1°), a qualsivoglia sindacato, indipendentemente dalla sua 'rappresentatività', è infatti

---

[62] V. Corte cost. n. 106/1962; tra le decisioni che assumono il contenuto di questa sentenza come imprescindibile presupposto, salvo poi a ricercare *escamotages* con i quali ovviare alla pretesa esigenza di estensione generale dell'efficacia del contratto collettivo di diritto comune, v. inoltre Corte cost. nn. 268/1994, 344/1996, 309/1997. Su tali sentenze si avrà modo di tornare criticamente nel prosieguo, ma è opportuno segnalare sin d'ora che chi scrive non condivide le numerose posizioni 'sottrattive', efficacemente sintetizzate da Rusciano 2004, 11, il quale sostiene che l'ostacolo dell'art. 39, seconda parte Cost., sussisterebbe per il lavoro privato e per «la sola stipulazione del contratto di categoria con funzione normativa», mentre resterebbero «fuori dalle strette maglie dei commi inattuati del dettato costituzionale 'tipi' di contratto collettivo o di accordo sindacale aventi funzione diversa da quella normativa (ad esempio la contrattazione c.d. 'gestionale'), diverso ambito territoriale (contratti aziendali, provinciali, di area etc.) e settoriale (impiego pubblico)»; sulle diverse questioni toccate da queste affermazioni si tornerà più avanti, argomentando l'insussistenza delle ragioni addotte per sostenere l'esclusione di questi 'tipi' di contratto dalla portata della citata norma costituzionale.

[63] V. anche Mariucci 1985, 412; cfr. altresì Garofalo M.G. 1985, 418.

[64] Si segnala che il problema potrebbe forse assumere configurazione in parte differente ove si ritenesse - come ormai da più parti sostenuto (Santoro Passarelli G. 1976, 170 ss.; Giugni 1979, 270 ss.; Carabelli 1986, 133 s., nt. 79; da ultimo, Voza 2004b, 243 ss.; per ulteriori riferimenti, anche alla dottrina di segno contrario, v. altresì, oltre a quest'ultimo contributo, Balducci 1984, 146 ss.), ma comunque non riconosciuto dalla Corte costituzionale (come desumibile sin dalle pronunce in materia di serrata: cfr. Corte cost. n. 29/1960 e n. 141/1967) - che la libertà organizzativa dei datori di lavoro vada ricondotta non all'art. 39, co. 1°, Cost., bensì agli artt. 18, co. 1°, e 41, co. 1°, Cost.: il che parrebbe consentire interventi legislativi che, senza ledere la libertà sindacale (negativa) dei lavoratori, contemplassero meccanismi di estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi *a latere datoris*. Ma, evidentemente, la questione richiederebbe adeguati approfondimenti, che non è possibile effettuare in questa sede.

[65] V. sin d'ora, per l'utilizzazione della distinzione tra rinvii propri ed impropri, Pinto 2002, 278 e 281 s.

[66] Cfr. le tipologie di rinvio di cui ai successivi parr. 6 e 8.

riconosciuta (e non può essere sottratta da una legge ordinaria) la prerogativa di contrattare condizioni di lavoro più vantaggiose per i propri affiliati rispetto a quelle previste dalla legge; ove si ritenga, viceversa, che anche le norme che contengano simili rinvii svolgano appieno il loro ruolo selettivo e precludano quindi il pieno esercizio della libertà contrattuale da parte di soggetti collettivi che non rivestano le caratteristiche in esse indicate, bisognerebbe altresì ammettere che le medesime norme si pongono certamente in contrasto con l'art. 39, co. 1°, Cost. (sulla questione v., più ampiamente, *infra*, par. 6);

2) oppure finalizzati a riconoscere ai contratti collettivi una funzione derogatoria, c.d. rinvii 'propri'[67]: in questa prospettiva la selezione dei soggetti stipulanti è, evidentemente, espressione di una scelta politica del legislatore sul piano dell'affidabilità dei contraenti cui vengono riconosciute tali specifiche prerogative in rapporto alla disciplina legale; ma ciò, sia ben chiaro, sempre senza alcuna incidenza sul piano dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo[68].

Un discorso *ad hoc* andrà poi effettuato nei confronti di un'ulteriore tipologia di rinvii, comunemente designati come svolgenti una funzione integrativa o specificativa della norma legale, di cui, come si preciserà, è ipotizzabile la sostanziale riconducibilità alle due figure dei rinvii propri o impropri (cfr. *infra*, par. 9.3).

Ciò detto, non si può trascurare uno specifico problema di costituzionalità sollevato dalla tipologia di rinvio di cui al precedente n. 2: quello della legittimità della selezione soggettiva, finalizzata alla stipulazione del contratto collettivo produttivo di determinati effetti legali, dal punto di vista del principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, co. 1° (nella misura in cui la selezione esclude che altri sindacati possano concludere contratti che producano quegli effetti), letto in connessione con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. (nella misura in cui l'interprete deve misurare con attenzione il grado di corrispondenza dei criteri selettivi adottati dal legislatore con il principio di ragionevolezza sancito dall'elaborazione della Corte costituzionale[69]).

Da questo punto di vista va subito detto che non è certo in questione l'astratta possibilità per il legislatore di adottare oggettivi criteri selettivi al fine di attribuire queste peculiari funzioni contrattuali, ma piuttosto la *ragione* della selezione ed il *quomodo* della stessa. Si tenga presente, peraltro, che la questione, una volta che si sia escluso che i rinvii di cui si discute possano produrre l'efficacia generale dei contratti che si fondano su di essi, si specifica nel senso di imporre all'interprete una valutazione di legittimità costituzionale che tenga conto *solo* della funzione derogatoria inclusa nel rinvio: di modo che ciò che balza in evidenza è la ragionevolezza del riconoscimento in capo (solo) a quei soggetti del potere di incidere, tramite il contratto collettivo (ovvero

---

[67] Cfr. i successivi parr. 7-7.3.

[68] Da questo punto di vista, come si potrà meglio constatare nel prosieguo della trattazione, una volta estrapolata dalla tematica dei rinvii la questione dell'*erga omnes* (con ciò negando che l'odierno contratto collettivo possa assumere altra natura che non sia quella di diritto comune), la distinzione tra rinvii propri e impropri assume comunque un rilievo significativo sul piano non soltanto euristico, ma anche rigorosamente tecnico-giuridico. Non pare dunque condivisibile, quanto meno in relazione alla classificazione qui adottata, la critica di «scarso significato» rivolta da Napoli (2004, 14) nei confronti degli sforzi di diversificazione tipologica degli ormai numerosi e variegati rinvii presenti nell'esperienza italiana.

[69] Per una rassegna ragionata della giurisprudenza costituzionale sul criterio di ragionevolezza, v. Donnarumma 2000, 239 ss. Sulle diverse accezioni del criterio v., tra i tanti, Anzon 1991; Tosi R. 1994, 277 ss.; Cheli 1996, spec. 71 ss.; Scaccia 2000; da ultimo, Ghera Fed. 2003, 29 ss. Tra i lavoristi, per tutti, Persiani 1995 e Ricci M. 1999, spec. 71 ss. (anche per ulteriori rinvii).

i contratti collettivi eventualmente stipulati separatamente da ciascuno di essi), sulle posizioni soggettive dei propri iscritti[70], anche nella prospettiva – come si avrà occasione di precisare più avanti – dell'idoneità di tale potere (o se si preferisce del prodotto negoziale derivante dal suo esercizio) a sviluppare una *vis* attrattiva di tipo promozionale nei confronti dei datori di lavoro non direttamente soggetti al contratto[71].

Va inoltre ancora chiarito che il dibattito dottrinale sulla materia ha fatto emergere come il profilo della selezione soggettiva ai fini appena indicati è differente da quello della selezione dei soggetti ai fini del riconoscimento di diritti o prerogative (come avveniva ad es. nell'originario testo dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori[72]): benché anche in questo secondo caso sia evidente la funzione promozionale della selezione, non pare negabile che la ragionevolezza dei criteri selettivi adottati deve essere misurata nella specifica prospettiva funzionale[73].

Ciò detto, non può che rilevarsi come il dibattito dottrinale e la giurisprudenza di merito e di legittimità, nonché quella costituzionale[74], abbiano ormai ampiamente argomentato come la scelta del legislatore di assumere il criterio della rappresentatività, accompagnata dai suoi vari aggettivi qualificativi, ai fini selettivi, trovi fondamento (e dunque la sua *ragione* giustificativa) nell'esigenza di individuare soggetti collettivi 'affidabili', dal momento che ad essi appunto devono essere riconosciuti talora diritti e prerogative da cui altri soggetti sindacali vengono esclusi, talaltra – aspetto di maggiore interesse, ai fini che più qui rilevano – le specifiche funzioni contrattuali di cui qui si tratta[75]. E, dunque, da questo punto di vista chi scrive non ritiene che le norme del d. lgs. n. 66 di cui ci si occupa possano porre problemi di legittimità costituzionale[76].

In parte diverso è, invece, il problema della concreta scelta selettiva compiuta dal legislatore (cioè del *quomodo* della medesima), la quale attiene, in genere, al livello organizzativo del sindacato[77],

---

[70] Per il vero, non v'è dubbio che effetto analogo si può realizzare anche nei confronti dei non iscritti, sia pure in virtù di *escamotages*, quali quello dell'inscindibilità dei trattamenti contrattuali o dell'accettazione tacita della regolamentazione collettiva. Ma sul punto v., più approfonditamente *infra*, par. 7.3.

[71] In effetti, in presenza di una pluralità di contratti stipulati dai sindacati legittimati dal rinvio legale, cosa più probabile in quelle categorie dove vi sia un pluralismo associativo da parte datoriale, il datore di lavoro non iscritto potrà anche scegliere il contratto da applicare (nella sua *interezza*) e, conseguentemente, godere dei vantaggi 'derogatori' in esso previsti. Resta invece certamente esclusa la possibilità di uno *shopping* di clausole derogatorie, prelevate dai diversi contratti astrattamente applicabili, come invece erroneamente - in termini di vincolatività contrattuale - finisce per ammettere circ. Min. lav. n. 9 del 18 marzo 2004, in materia di part-time.

[72] Cfr., per tutti, Mariucci 1985, 410 s. In generale, sulle diverse finalità della selezione, per tutti, Rusciano 1987; Santoro Passarelli G. 1989; Veneziani 1989, nonché, più di recente, Campanella 2000, spec. 206 ss.

[73] Cfr. anche D'Antona 1990, 560 ss. V. anche *infra*, par. 7.3.

[74] Sulle pertinenti pronunce della Consulta v., per tutti, Ricci M. 1999.

[75] V. ancora di recente, tra i tanti, Persiani 1999, 806; Giugni 2001, 76; Bellomo 2002, 64; Pinto 2002, 294 s.; Scarponi 2004, 29.

[76] In senso analogo, con riferimento al co. 4° dell'art. 4, Bellomo 2004b, par. VI. Sempre con riferimento alla scelta selettiva, Del Punta 2003, V, parla di un «argine meritoriamente posto» dal legislatore delegato.

[77] Sotto questo aspetto non possono essere sottovalutati i potenziali effetti delle scelte selettive, in particolare di quelle consacrate nei rinvii in funzione derogatoria (di cui si parlerà più approfonditamente nel par. 7 ss.). Esse, da un lato, svolgono una funzione promozionale o, meglio, di rafforzamento dei soggetti sindacali beneficiari del rinvio, poiché incentivano la parte datoriale a (continuare a) contrattare con chi, già parte del 'sistema' negoziale, è in grado - grazie alla scelta selettiva del legislatore - di offrire, tra le diverse partite dello scambio, anche quella che consente una maggiore flessibilità (tipologica e/o gestionale). Dall'altro lato, a seconda del criterio selettivo privilegiato, quelle scelte rischiano anche di produrre un effetto inverso nei confronti di altri soggetti collettivi, che, pur anch'essi parte del predetto 'sistema', non rispondono però ai requisiti di volta in volta individuati dal legislatore: si pensi, ad esempio, alle norme che, in passato, hanno utilizzato il dato *confederale* al fine di limitare il novero dei soggetti autorizzati a derogare alla legge o ad integrarla (cfr., ad es., l'art. 23, l. n. 56 del 1997), le quali possono ridimensionare la 'appetibilità', come controparti

ovvero a quello del contratto collettivo investito della funzione. Come dimostrato dalle modalità attraverso le quali la Corte ha proceduto alla verifica della legittimità costituzionale di tali scelte in altri casi essa comporta una valutazione 'caso e caso'. Anche con riferimento a questo profilo, però, i criteri selettivi individuati dal d.lgs. n. 66 non paiono porre dubbi di costituzionalità, in virtù della loro ampiezza[78] e/o della loro derivazione comunitaria[79].

5. Le diverse tipologie di rinvio contenute nel d.lgs. n. 66. In particolare, l'intervento negoziale in funzione derogatoria migliorativa e peggiorativa dei trattamenti legali

Si è accennato alla spada di Damocle rappresentata dal potenziale contrasto con l'art. 39 Cost., incombente su tutte le norme che, nell'ambito del d.lgs. n. 66, rinviano a contratti collettivi, sia sotto il profilo della violazione della libertà sindacale positiva e/o negativa, sia sotto quello della violazione del principio di esclusività dell'efficacia *erga omnes* assicurata ai contratti stipulati *ex* art. 39, co. 4° (come elaborato dalla stessa Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 106 del 1962); ciò, evidentemente, laddove si presuma che tali norme possano implicare l'efficacia generale di un contratto collettivo di diritto comune. Il problema non è nuovo e, più in generale, riguarda, com'è noto, quell'ormai assai variegato insieme di disposizioni che, a partire dalla seconda metà degli anni '70, hanno rinviato alla contrattazione collettiva al fine di introdurre deroghe agli *standards* legali di disciplina del rapporto di lavoro o anche al fine di liberalizzare, totalmente o parzialmente, l'accesso da parte delle imprese a risorse normative (specialmente in tema di flessibilità) in generale vincolate per legge o, ancora, al fine di condizionare o legittimare l'esercizio dei poteri datoriali altrimenti non vincolati[80].

Si è accennato, altresì, al fatto che i vari rinvii alla contrattazione collettiva contenuti nel decreto legislativo sull'orario presentano differenti caratteristiche dal punto di vista non soltanto dei soggetti contrattuali, ma anche della struttura e della funzione - oltre che del contenuto - del contratto collettivo destinatario del rinvio; di modo che è indispensabile svolgere una trattazione differenziata, raggruppando i rinvii a seconda delle relative uniformità.

---

negoziali, dei sindacati che non posseggono il requisito, ma che, ciò nondimeno, sino presenti e rappresentativi nella singola categoria, tanto da essersi imposti, magari da lungo tempo, al tavolo negoziale per la stipula del contratto nazionale (e, per tale via, si sono garantiti anche la presenza in azienda con proprie r.s.a.).

[78] Così è, in particolare, per tutti i rinvii cui è riferibile il criterio selettivo di cui all'art. 1, co. 2, lett. *m)*, il quale, da un lato, non stabilisce l'ambito entro cui effettuare la comparazione ai fini della verifica della maggiore rappresentatività dei soggetti collettivi e, come sopra interpretato, non introduce limiti rispetto al livello negoziale competente.

[79] Si veda l'art. 17, co. 1°, il cui specifico (e comunque più restrittivo) criterio selettivo, da un lato, limita la produzione dell'effetto derogatorio ai casi in cui le deroghe siano stabilite in sede nazionale ovvero in accordi di secondo livello, purché stipulati «conformemente alle regole fissate» in tale sede (da questo punto di vista la disposizione riproduce il criterio imposto dall'art. 17, par. 3, dir. n. 104, la quale avrebbe però consentito anche la diretta attribuzione dei poteri derogatori alla contrattazione «regionale»); dall'altro, non determina l'ambito entro cui effettuare la comparazione al fine di valutare la maggiore rappresentatività di parte sindacale, limitandosi ad imporre, in coerenza peraltro con la scelta operata in merito al livello negoziale, la dimensione nazionale dell'organizzazione sindacale stipulante.
Peculiare è, infine, la scelta compiuta nell'art. 18, co. 2, il quale si riferisce ai soli «contratti collettivi nazionali» (evidentemente quelli stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative, in virtù della definizione generale contenuta nella citata lett. *m)*, la quale - per questo aspetto - si applica anche in questo caso).

[80] Sulla questione v., da ultimo, anche per i necessari rinvii, Lunardon 1999, 71 ss.; Rusciano 2003, 191 ss.; Natullo 2004; Luciani, Santagata 2004, 88 ss.

In tale prospettiva appare utile prendere le mosse da una disposizione, l'art. 3, co. 2°, che, al suo interno, racchiude in modo paradigmatico due differenti tipologie di rinvio - cospicuamente presenti nel d.lgs. n. 66 e destinate a rivestire un ruolo essenziale nell'architettura di quest'ultimo - le quali prevedono una produzione negoziale in funzione derogatoria, rispettivamente migliorativa e peggiorativa, rispetto alla disciplina legale.

In base alla menzionata disposizione, «i contratti collettivi di lavoro possono stabilire, ai fini contrattuali, una durata minore e riferire l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno». La norma ripropone in larga misura, come da più parti osservato, la medesima previsione contenuta nell'art. 13, co. 1°, parte prima, della l. n. 196 del 1997, conservando i due rinvii alla contrattazione collettiva, rispettivamente per la riduzione dell'orario normale settimanale e per la redistribuzione multiperiodale di esso su base, al massimo, annua. Le uniche differenze sono costituite dall'eliminazione del riferimento alla competenza esclusiva dei contratti collettivi nazionali e dall'introduzione dell'espressione: «ai fini contrattuali».

Quanto alla prima innovazione - la quale incide evidentemente su entrambi i rinvii di cui si è appena detto - si è subito sostenuto che essa implica un'estensione di competenza in favore dei contratti collettivi di qualsivoglia livello[81]. L'affermazione non è condivisibile, ma solo per come è stata formulata: il rinvio del co. 2° dell'art. 3 ai contratti collettivi va letto, infatti, non da solo, ma in collegamento, come si è detto, con l'art. 1, co. 2°, lett. *m)*; dunque il significato di quella norma dipende, in realtà, dall'interpretazione che si intende dare a quest'ultima, che è di per sé controversa; anche se poi si può ritenere più corretta l'interpretazione estensiva, come ritenuto in questa sede (v., *supra*, par. 3).

Per quanto attiene, invece, all'introduzione nella norma della menzionata espressione («ai fini contrattuali»), appare evidente a chi scrive che, in base alla costruzione letterale dell'art. 3, co. 2°, essa vada riferita esclusivamente al rinvio relativo alla fissazione di un orario settimanale di durata inferiore a 40 ore, e non anche a quello riguardante la possibilità di introdurre contrattualmente un'organizzazione dell'orario di lavoro di tipo multiperiodale, posto che essa è collocata dopo il verbo «stabilire», e non prima di esso o alla fine del periodo[82]. Ciò, inoltre, fornisce conferma della necessità di considerare in modo separato i due rinvii e cioè come autonomi ed indipendenti l'uno dall'altro (a conferma, d'altronde, di quanto già affermato dalla dottrina maggioritaria in relazione alla formulazione dell'art. 13, co. 1°, l. n. 196)[83].

Operate queste precisazioni è dunque possibile procedere alla verifica di conformità al dettato costituzionale dei due differenti modelli di rinvio enucleabili dalla disposizione in esame.

---

[81] Mazzotta 2003, par. 2; Del Punta 2003, IX s.

[82] Ma sul significato dell'espressione v. comunque, *infra*, nt. 101.

[83] V., anche per ulteriori rinvii, Leccese 2001, 394; Allamprese 2003, 86 s.; *contra* v., sin d'ora, Bellomo 2004a, parr. II e II.2 (ma sulla tesi di questo autore ci si soffermerà più avanti).

6. I rinvii in funzione *migliorativa* (deroghe *migliorative*)

Prendendo dunque le mosse dal primo rinvio, si deve preliminarmente sottolineare che la formale attribuzione ai contratti collettivi del potere di ridurre la durata dell'orario normale di lavoro risulta, a ben vedere, superflua (o al massimo indicativa di una sollecitazione del legislatore)[84]. Non si è mai dubitato, infatti, che la previsione contrattuale di clausole migliorative (nel senso che apprestino una maggior tutela al lavoratore) rispetto ai trattamenti legali rientri tra le competenze 'geneticamente' spettanti, in forza dell'art. 39, co. 1°, Cost., alla contrattazione collettiva[85], eccezion fatta per i casi in cui la norma legale risulti inderogabile *in melius* dalla stessa contrattazione (ipotesi della cui legittimità costituzionale per contrasto con la citata disposizione si è

---

[84] Per un simile giudizio su clausole di tal fatta in materia di part-time (con riferimento alla disciplina del 2000-2001), v. già Pinto 2002, 278 e 281 s., ove tali rinvii, come accennato, vengono definiti 'impropri' (in senso adesivo, Voza 2004a, 238 s.); cfr. anche, con riferimento ad alcuni rinvii contenuti nel d.lgs. n. 276/1993, Carinci F. 2004a, LIII; Treu 2004, 117.
In questa sede si deve però osservare che non può essere esclusa l'eventualità che da alcuni rinvii ad una contrattazione collettiva in funzione, *latu senso*, migliorativa possano derivare anche specifici effetti legali (esclusa ovviamente, per quanto si dirà *infra*, l'efficacia *erga omnes*), come accade, ad esempio, nel caso dei rinvii contenuti negli artt. 53, co. 2°, e 59, co. 2°, d.lgs. n. 276/2003, dove si stabilisce che il contratto collettivo possa prevedere il computo degli apprendisti o dei lavoratori assunti con contratto di inserimento ai fini «dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti». Orbene, mentre per l'incidenza di un siffatto intervento negoziale sull'applicazione di discipline contrattuali vale quanto precisato nel presente paragrafo (superfluità del rinvio), per quando riguarda invece la sua incidenza sull'applicazione di normative di legge, varrà quanto si preciserà nei successivi paragrafi in relazione all'*effetto legale* che il contratto collettivo è talora autorizzato a produrre in virtù del rinvio legale.

[85] Infatti, è senz'altro vero che l'art. 39 Cost. non contiene alcuna «riserva, normativa o contrattuale, in favore dei sindacati, per il regolamento dei rapporti di lavoro» (così, già Corte cost. n. 106/1962, nella quale si afferma che, al contrario, proprio numerose previsioni costituzionali volte alla tutela del prestatore non solo consentono, ma anzi «impongono al legislatore di emanare norme che, direttamente o mediatamente, incidono nel campo dei rapporti di lavoro»; ma cfr., per l'affermazione di principio, anche Corte cost. n. 120/1963; 101/1968) e, pertanto, pur a fronte di un generale regime di libertà contrattuale garantito dalla predetta disposizione, non è certo precluso al legislatore di intervenire a regolamentare specifici aspetti del rapporto di lavoro. Peraltro, è altrettanto vero che tale intervento - essendo generalmente volto a fissare *standards* di tutela minimale - pone limiti che la contrattazione collettiva può liberamente derogare *in melius* (la tesi di fondo risulta ormai assolutamente prevalente nel dibattito giussindacale: per i necessari rinvii, anche alle tesi minoritarie che hanno in passato affermato la sussistenza di una riserva assoluta di competenza della contrattazione collettiva, v. la ricostruzione critica di Rusciano 2003, 78 ss.), ma non può violare *in pejus*.

peraltro discusso in passato[86])[87]. E ciò vale, senza dubbio, indipendentemente dai soggetti sindacali che la pongano in essere, a nessuno dei quali tali poteri possono essere sottratti dalla legge.

---

[86] Si tratta di una questione invero diversa o, meglio, ulteriore rispetto a quella cui si è appena fatto cenno, relativa alla sussistenza o meno di una riserva normativa in favore dei sindacati (cfr. Ghera E. 1990, 100). Com'è noto, il dibattito su di essa (caratterizzato da una pluralità di posizioni) e gli interventi della Corte costituzionale si sono sviluppati soprattutto a partire dalla seconda metà degli anni '70, a seguito dagli interventi legislativi volti al contenimento del costo del lavoro, con i quali furono anche posti '*tetti*' alla contrattazione collettiva in materia di automatismi retributivi. Per i necessari rinvii, anche ai commenti, spesso critici, alle pronunce della Consulta, v. - da ultimi - Ricci M. 1999, 337 ss., 372 ss., 420 ss. e 427 ss. e Rusciano 2003, 163 ss. Tra le molte tesi prospettate vale comunque la pena di ricordare quelle di Giugni 1979, 282 (limiti all'autonomia collettiva sarebbero ammissibili ove siano il risultato finale di un procedimento di contrattazione collettiva e, in sostanza, si fondino sul previo consenso sindacale); De Luca Tamajo 1979, spec. 161 ss. (sarebbe sostenibile la coerenza costituzionale degli interventi legislativi volti a perseguire finalità di perequazione salariale, poiché attuativi dei valori di uguaglianza formale e sostanziale di cui all'art. 3 Cost.); Mengoni 1979, 328 ss., nonché Id. 1980, 694 s. (limiti legislativi alla contrattazione collettiva migliorativa sarebbero ammissibili in un contesto di complessiva programmazione economica, secondo la previsione dell'art. 41, co. 3°, Cost., o, in mancanza, solo in casi eccezionali e con carattere di temporaneità, al fine di soddisfare interessi vitali della comunità); Ferraro 1981, 335 ss., spec. 347-360 (in argomentato sviluppo delle tesi di Mengoni); Dell'Olio 1981, 22 ss. (non porrebbero problemi di costituzionalità le disposizioni che, senza limitare l'attività contrattuale collettiva in quanto tale, risultino restrittive solo di determinati atti o comportamenti, consentendo così comunque alla contrattazione collettiva di negoziare trattamenti complessivamente più vantaggiosi per i lavoratori).
In proposito è ancora il caso di rammentare come la Corte (chiamata a pronunciarsi con riferimento alla legittimità di quegli interventi rispetto ad una pluralità di previsioni costituzionali) abbia a lungo perseguito un obiettivo di '*conservazione*' degli equilibri consacrati in sede legislativa. A tal fine, con specifico riferimento alla questione del contrasto con l'art. 39, in alcuni casi ha sbrigativamente affermato che, fino all'attuazione della sua seconda parte, non è da ipotizzare un «conflitto tra attività normativa dei sindacati e attività legislativa [...] e chiamare questa Corte ad arbitrarlo» (Corte cost. n. 141/1980, la quale - in tal modo - rinuncia ad affrontare il problema con riferimento al principio di libertà sindacale di cui al co. 1° del medesimo art. 39). In altri casi, dopo aver ribadito la sua contrarietà rispetto alle tesi secondo cui l'art. 39 Cost. conterrebbe una riserva a favore della contrattazione collettiva (v. nt. che precede), la Corte ha nondimeno escluso che la legge possa «cancellare o [...] contraddire ad arbitrio la libertà delle scelte sindacali e gli esiti contrattuali di esse», chiarendo però, al contempo, che questo principio non impedisce interventi legislativi che limitino l'autonomia collettiva attraverso la fissazione di norme inderogabili (anche *in melius*), purché ciò sia funzionale al perseguimento di «finalità di carattere pubblicistico, trascendenti l'ambito nel quale si colloca - per Costituzione - la libertà di organizzazione sindacale e la corrispondente autonomia negoziale» garantite dall'art. 39, co. 1° (Corte cost. n. 34/1985, nel richiamare la propria precedente pronuncia n. 60/1968; cfr. anche Corte cost. n. 697/1988). Ed infine, la stessa Corte è giunta ad affermare che, pur essendo esclusa l'immunità dell'autonomia collettiva rispetto all'intervento legale che fissi «criteri direttivi [...] o vincoli di compatibilità con obiettivi generali di politica economica» (cfr. art. 41, co. 3° cost.), all'interno di queste linee-guida le parti sociali devono poter svolgere liberamente la loro azione negoziale, la cui compressione, attuata mediante l'individuazione di tetti massimi, «sono giustificabili solo in situazioni eccezionali, a salvaguardia di superiori interessi generali, e quindi con caratteri di transitorietà» (Corte cost. n. 124/1991, ove si dichiara l'incostituzionalità sopravvenuta dell'art. 2, co. 1°, d.l. n. 12/1977; cfr. anche, per il richiamo ai principi enunciati in questa pronuncia, Corte cost. n. 143/1998 e n. 393/2000).

[87] In questa sede si può altresì notare come, proprio alla luce dell'esito cui è pervenuta la Corte costituzionale nella pronuncia n. 124/1991, citata alla nt. che precede, possono essere tratti argomenti per contestare la legittimità costituzionale (per contrasto con l'art. 39, co. 1°) di *tetti* di nuova generazione, come quello introdotto dall'art. 10, d.lgs. n. 368/2001, il quale, nell'affidare ai ccnl stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi il compito di individuare limiti quantitativi di ricorso al contratto a tempo determinato, esclude che tali limiti possano riguardare numerose ipotesi, elencate nel citato articolo ed esplicitamente qualificate come «in ogni caso esenti da limitazioni quantitative» (art. 10, co. 7°, ma v. anche co. 8°); ciò, almeno se si ritiene che al rinvio in questione *non sia attribuibile alcun effetto legale*. La questione, che a noi sembra relativa a tutte le predette 'esenzioni' (in tal senso anche Speziale 2001, 375, nt. 52), è posta pure da Giubboni 2002, 510, ma con riferimento a quelle che non 'coincidono' con le ipotesi di lavoro a termine ammesse e tipizzate dalla previgente disciplina. Una diversa posizione è invece ricavabile dalla ricostruzione di Vallebona, Pisani 2001, 41 ss., i quali, nel presupposto secondo cui la nuova disciplina del contratto a termine avrebbe completamente liberalizzato il ricorso all'istituto (c.d. tesi della *acausalità*), ritengono che dall'art. 10 derivi un preciso effetto legale: la mancata determinazione di limiti quantitativi, ad opera dei soggetti collettivi selezionati, impedirebbe infatti la stipulazione di contratti a termine, salvo, appunto, che nelle ipotesi oggetto di 'esenzione' (in senso analogo, Angelini 2003, 102 ss.; cfr. anche Passalacqua 2002, 128 ss., Napoli 2003, 93). In senso opposto si è però pronunciata altra parte della dottrina: v. Lambertucci 2001, 533; Giubboni 2002, 509; Speziale 2001, spec. 384 ss.; Carabelli 2003, 381 s. Va detto, infine, che le medesime esenzioni previste per il contratto a tempo determinato si applicano oggi alla somministrazione a tempo determinato, in virtù del richiamo integrale all'art. 10 cit., operato dall'art. 20, co. 4°, d.lgs. n. 276/2003.

La riduzione dell'orario settimanale di lavoro a parità di retribuzione si presenta, insomma, come tipica manifestazione dei miglioramenti salariali e normativi perseguiti dall'autonomia collettiva, nell'esercizio della tradizionale funzione normativa del contratto collettivo di diritto comune[88]. Il rinvio di legge, in altre parole, non toglie né aggiunge alcunché a quanto quest'ultimo già potrebbe fare (e, tradizionalmente, già *ha fatto*) in quanto atto di autonomia privata.

Né, per altro verso, si può sostenere che il 'rinvio' legale - che in questo caso è, dunque, nulla più di un mero 'richiamo' - trasformi il contratto di diritto comune (e quindi le clausole normative in esso contenute) in qualcosa di diverso da ciò che giuridicamente è. Su questa problematica, che in verità è stata affrontata con soluzioni dalle molteplici sfaccettature soprattutto con riferimento ai rinvii legali in funzione derogatoria, ci si soffermerà analiticamente tra breve. Qui sia consentito solo anticipare che, ad avviso di chi scrive, indipendentemente da qualsivoglia rinvio legale il contratto collettivo non può che continuare ad esprimere la sua efficacia soggettiva *soltanto* nei confronti dei datori di lavoro (e lavoratori) che risultino giuridicamente vincolati ad esso[89], essendo comunque preclusa una sua efficacia generale dall'art. 39 (come la stessa Corte costituzionale ha ormai più volte affermato[90]).

Non v'è dubbio, insomma, che solo i datori di lavoro aderenti all'associazione stipulante un contratto *extra-aziendale* (o che abbiano stipulato un contratto aziendale), ovvero quelli che abbiano volontariamente 'recepito' la contrattazione collettiva quale fonte regolativa del contratto e del rapporto di lavoro - secondo gli *escamotages*[91] ormai da lungo tempo evidenziati da dottrina e giurisprudenza al fine di ovviare in qualche modo alla mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost.[92], tra i quali può annoverarsi anche quello che, attraverso un rovesciamento logico, pretende, sulla base di una presunzione di applicazione, di rimettere al datore di lavoro la prova negativa della stessa[93] - sarebbero tenuti a rispettare l'eventuale riduzione di orario settimanale definita dal contratto collettivo *superveniens*. Un obbligo, questo, che, alla luce delle varie tesi emerse al riguardo, dovrebbe essere ritenuto operante non solo nei confronti dei lavoratori aderenti alle organizzazioni sindacali stipulanti, ma - tenuto comunque conto anche della normale assenza di un interesse datoriale ad una differenziazione di trattamento[94] - pure degli altri, secondo le letture fondate sull'obbligo assunto dal datore di lavoro, con l'atto di adesione ad un sindacato datoriale, di uniformare i contratti di lavoro di cui è parte al contratto collettivo, indipendentemente dall'iscrizione o meno del singolo lavoratore[95], sul divieto di discriminazione del lavoratore per motivi sindacali[96] o su un presunto obbligo di parità di trattamento[97], ovvero, con

---

88 Cfr. Carabelli, Leccese 2002, par. 4.1.

89 V. anche, con riferimento all'art. 4, co. 1°, del d.lgs., Bellomo 2004b, par. III.

90 Ci si riferisce, ancora, a Corte cost. n. 106 del 1962; cfr. anche le pronunce citate in nt. 62.

91 L'espressione è da tempo invalsa nella letteratura giuslavoristica (v., per tutti, De Luca Tamajo 1985, 35).

92 V., per tutti, Vallebona 1997, spec. 408 e 415 ss.; Lunardon 1999, 161 ss. e 233 ss.; Giugni 2001, 140 ss.; Rusciano 2003, 63 ss.

93 Cfr. ancora Vallebona 1997, 395 ss., spec. 402.

94 Cfr. ancora Giugni 2001, 140.

95 Pera 1958, 147 ss.

96 Persiani 1999, 811, ma già Dell'Olio 1980, 171.

97 Ancora di recente, Tremolada 2000, 35 ss. (ma per ulteriori riff. v. Lunardon 1999, 268 s.).

specifico riferimento al contratto aziendale, sulla sua applicazione generale[98], anche in virtù della «posizione monopolistica della parte datoriale nella contrattazione»[99] ovvero, specularmente, della stipulazione di tale contratto da parte di un soggetto rappresentativo unitario di origine elettiva quale la r.s.u.[100].

Gli altri datori rimasti *ab origine* estranei alle discipline collettive sarebbero invece legittimati a restare ancorati al limite legale delle 40 ore settimanali.

Laddove, dal lato dei lavoratori, evidentemente interessati all'applicazione vantaggiosa della nuova regolamentazione indipendentemente dalla loro affiliazione sindacale, non parrebbe invece poter sorgere alcun problema di rifiuto[101].

Alla luce di quanto appena detto, comunque, si deve ancora aggiungere, ricordando le considerazioni sviluppate in precedenza in merito alla controversa interpretazione dell'art. 1, co. 2°, lett. *m)*, che, guardando il problema del significato da attribuire ad esso *dal punto di vista del rinvio in tema di riduzione dell'orario normale settimanale*, risulta confermata la necessità di rifiutare l'interpretazione restrittiva di quella norma, secondo la quale essa si riferirebbe ai soli contratti di livello nazionale: questa interpretazione, infatti, si porrebbe in contrasto con il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, co. 1°, Cost., il quale include senz'altro il diritto del sindacato di scegliere, ove appunto si tratti di esercitare la sua genetica libertà sindacale e contrattuale, di negoziare un contratto collettivo di diritto comune al livello da esso ritenuto più consono (di qui una conferma della nostra opzione per l'interpretazione estensiva della norma generale).

Se ciò è vero, pare evidente che - per ragioni analoghe a quelle appena evidenziate - al sospetto di contrasto con la previsione costituzionale non si sottragga neppure la norma scaturente dal combinato disposto degli artt. 3, co. 2°, e 1, co. 2°, lett. *m)*, del d.lgs. n. 66, dalla quale si dovrebbe dedurre che il potere di ridurre per via contrattuale l'orario normale settimanale è riconosciuto

---

98 V., per tutti, Ichino 1975, 488 ss. (ove ulteriori rinvii).

99 D'Antona 1999, 318.

100 Da ultimo, Monaco 2003, 148 ss., ove, peraltro, si afferma che ciò varrebbe «indipendentemente dal fatto che [taluni lavoratori] abbiano preso parte o meno alla elezione o che il loro voto si sia 'riflesso' sulla struttura» (profilo, questo, che attiene per il vero più all'emersione del dissenso individuale rispetto ad una attività negoziale di tipo *lato sensu* peggiorativa, su cui si tornerà più avanti, par. 7 ss.). V., peraltro, per una posizione critica, tra i più recenti, Fontana 2004, 93.

101 Ove si tengano presenti queste considerazioni, si comprende allora perché l'espressione «ai fini contrattuali», contenuta nella norma, nella misura in cui venga letta con riferimento al campo di efficacia soggettiva del *contratto collettivo di diritto comune*, possa risultare a sua volta ovvia ed inutile, secondo quanto denunciato da alcuni autori (Mazzotta 2003, par. 2). Il fatto è, peraltro, che esiste anche un altro significato attribuibile alla predetta espressione, il quale scaturisce dalla trascorsa esperienza in materia di orario di lavoro. È noto infatti che, in un passato ormai non più troppo recente, la contrattazione collettiva era riuscita a ridurre l'orario normale settimanale di lavoro dalle 48 ore massime (previste dal r.d.l. n. 692 del 1923) alle 40 (talora addirittura 36) ore, e tale riduzione aveva generato uno spazio temporale compreso tra il limite legale e quello contrattuale: c.d. lavoro supplementare o straordinario contrattuale. Rispetto a tale spazio temporale si era talora ipotizzato, soprattutto in epoca più risalente, la sua automatica riconducibilità alla normativa legale prevista in materia di straordinario, ma la gran parte della dottrina e la giurisprudenza avevano alla fine riconosciuto la rilevanza puramente contrattuale di siffatto periodo di tempo, salvo che non fosse desumibile, in via interpretativa, una volontà delle parti collettive di sottoporre queste ore di lavoro supplementare alla disciplina legale dello straordinario (esclusa peraltro quella sanzionatoria, amministrativa o penale, o quella procedural-amministrativa) (per tutti questi aspetti cfr. già Sandulli P. 1990, 11 s.; Carabelli 1992a, 566 s.; Carabelli, Leccese 1995, 49 s.). Ebbene, il richiamo «ai fini contrattuali» potrebbe essere letto anche in questa prospettiva, e cioè come inteso a ribadire le conclusioni cui si era giunti nella vigenza della precedente disciplina, ovvero a riaffermare la piena disponibilità sindacale del predetto spazio temporale (ma al riguardo cfr., ancora in senso critico sull'attuale utilità della precisazione voluta dal legislatore, Bellomo 2004a, par. II.3).

dal legislatore *soltanto* in capo ad «organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative».

In realtà, richiamando quanto da altri sostenuto in relazione a disposizioni similari contenute nella normativa in materia di part-time di cui al d.lgs. n. 61 del 2000[102] (ovvero, similmente, anche nei confronti della nuova disciplina del mercato del lavoro di cui al d.lgs. n. 276 del 2003[103]), si può ipotizzare che il rinvio a contratti collettivi stipulati da soggetti individuati selettivamente avrebbe, anche in questo caso, valore non precettivo, bensì di mero invito, rivolto ai soggetti selezionati, ad intervenire sulla materia[104]; onde la legittimità costituzionale del rinvio di cui qui si discute potrebbe essere salvata, per così dire, con un'operazione interpretativa di depotenziamento della predetta norma, e cioè escludendo che l'intervento sia impedito ad altri soggetti, così negando al rinvio, in definitiva, il suo valore di clausola di 'riserva'[105].

A tale lettura, per il vero, si è obiettato[106] che essa - pur se proponibile in linea generale[107] - non sarebbe comunque utilizzabile con riferimento all'art. 3, co. 2°, in esame, dato che, a fronte della formulazione ivi adottata, si dovrebbe «giungere a ritenere, assai poco plausibilmente, che […] la medesima espressione "contratti collettivi di lavoro" debba essere intesa in senso duplice: ossia come richiamo generico a tutti i contratti collettivi (c.d. rinvio improprio) nella parte in cui prevede la riduzione dell'orario normale al di sotto delle quaranta ore e simultaneamente come riconoscimento di una legittimazione negoziale esclusiva nella parte in cui autorizza i contratti collettivi a regolare la distribuzione plurisettimanale dell'orario normale». A questo riguardo si può, anzitutto, osservare come nel decreto sull'orario di lavoro la tecnica adottata dal legislatore per i rinvii alla contrattazione collettiva sia stata quella di affidare esplicitamente all'art. 1, co. 2°, lett. *m)* una funzione definitoria di carattere generale, chiarendosi, appunto, che la definizione ivi contenuta vale «agli effetti del presente decreto». Ciò detto, passando a considerare lo specifico rinvio in questione, si potrà notare che l'espressione 'contratti collettivi di lavoro' non assume affatto il duplice valore paventato dalla dottrina in questione (e cioè di rinvio, in un caso, «a tutti i contratti collettivi» e, nell'altro, solo a quelli stipulati dai soggetti selezionati). Al contrario, l'espressione va intesa sempre e soltanto come riferentesi ai contratti di cui all'art. 1, co. 2°, lett. *m)*; solo che, mentre rispetto alla definizione dell'orario multiperiodale l'indicazione dei soggetti contrattuali avrà pieno valore selettivo (ma sul punto v. *infra*, par. seguente), rispetto alla

---

[102] V. ancora Pinto 2002, 278 e 281 s.; Voza 2004a, 238 s.

[103] Cfr. Carinci F. 2004a, LIII.

[104] V., ma con riferimento all'art. 4, co. 1°, del d.lgs., Bellomo 2004b, par. III, ove si evidenzia, peraltro, come la lettura in questione, pur apprezzabile poiché tenta pragmaticamente di offrire un'interpretazione costituzionalmente adeguata di siffatte norme di rinvio, può però «risultare foriera di gravi implicazioni sul fronte della certezza del diritto», implicando il rischio di un notevole grado di soggettivismo nell'operazione interpretativa volta a distinguere tra rinvii 'propri' e 'impropri'. Ma questa critica, per il vero, parrebbe da rivolgere più alle scelte del legislatore che allo sforzo dell'interprete, il quale ha il dovere di sforzarsi di renderle compatibili con il dato costituzionale.

[105] Ad analoghi esiti giunge Del Punta 2004, par. I, in considerazione del fatto che i rinvii di tal fatta sono espressione di un principio generale - quello, appunto, della derogabilità *in melius* della legge da parte dei contratti collettivi - destinato ad operare anche in loro assenza. L'a., peraltro, con specifico riferimento all'art. 10, co. 1°, e all'art. 3, co. 2°, d.lgs. n. 66, ritiene che il riferimento da essi operato alle sole deroghe migliorative abbia comunque una propria utilità, poiché - in un contesto caratterizzato da molti rinvii che consentono invece (anche) deroghe peggiorative - consente di «mettere da parte qualsiasi possibile dubbio» sulla valenza del rinvio.

[106] Bellomo 2004a, par. II.

[107] V. ancora Bellomo 2004b, par. III, sia pure con le riserve cui si è fatto cenno in nt. 104.

riduzione dell'orario essa avrà, appunto, valore meramente indicativo ed il rinvio si rivelerà, per questo aspetto, di tipo *improprio*, nel senso appena descritto[108].

Concludendo, si deve ancora precisare che le osservazioni critiche sin qui sviluppate, ivi comprese quelle inerenti alla sostanziale superfluità della tipologia di rinvio contenuta nell'art. 3, co. 2°, del decreto, sono pienamente riferibili a molti altri rinvii, sparsi nelle sue varie disposizioni, che prevedono l'intervento della contrattazione collettiva in funzione migliorativa dei trattamenti previsti dalla legge. Tra essi si segnalano quelli di cui:

- all'art 4, co. 1° (dove i contratti collettivi sono, in sostanza, 'invitati' a fissare un limite settimanale inferiore a quello *indirettamente* ricavabile dall'art. 7 e pari a 78 ore, al lordo delle pause previste dall'art. 8[109]);

- all'art. 5, co. 3° (che prevede che i contratti collettivi possano ridurre il numero delle ore annuali di straordinario rispetto alle 250 previste dalla stessa disposizione - ma, come si dirà, essi potrebbero anche innalzare tale limite: *v. infra*), e 4° (il quale prevede, invece, che il contratto collettivo possa ridurre il numero delle ipotesi ivi indicate, nelle quali lo straordinario è sempre e comunque ammesso - ma, come si dirà, esso potrebbe anche individuare ipotesi aggiuntive: *v. infra*) (è da segnalare che, in relazione tanto alla diminuzione del limite delle 250 ore, quanto alla riduzione del numero delle ipotesi non vincolate, l'intervento del contratto è *oggettivamente* migliorativo, in quanto espone il lavoratore ad un minore carico lavorativo, pur se *soggettivamente* il singolo lavoratore potrebbe essere invece interessato, per motivi economici, a svolgere lo straordinario[110]);

- all'art. 5, co. 5° (che prevede l'intervento del contratto collettivo ai fini della fissazione delle maggiorazioni retributive dello straordinario, ovvero, in aggiunta o in alternativa ad esse, dei riposi compensativi);

- all'art. 8, co. 1° (in materia di durata delle pause, dove peraltro il contratto collettivo può introdurre deroghe non soltanto migliorative, ma anche peggiorative rispetto a quanto previsto dallo stesso art. 8, co. 2°);

- all'art. 8, co. 3° (dato che in esso si prevede che i contratti collettivi possano stabilire la remunerazione, o comunque il computo come lavoro effettivo dei periodi ivi indicati);

---

[108] Risolto in questo modo il problema di costituzionalità posto dalle norme in questione, non è altresì necessario seguire la diversa strada percorsa dall'autore da ultimo citato, il quale, per aggirare il dubbio di incostituzionalità da lui stesso avanzato, ha proposto una lettura combinata dei co. 1° e 2° dell'art. 3, secondo la quale si dovrebbe ritenere che mentre, secondo i principi generali, «*ogni* contratto collettivo (e non solo quelli indicati dall'art. 1, secondo comma, lett. *m)*) può prevedere una durata normale dell'orario settimanale inferiore alle quaranta ore determinate dal primo comma», il secondo comma dell'art. 3 individuerebbe invece «un'ipotesi *ulteriore ed aggiuntiva* di intervento dei contratti collettivi, prevedendo che i soli "contratti collettivi di lavoro" sottoscritti dalle "organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative" […] oltre a ridurre l'orario normale possono prevedere che lo stesso sia riferito "alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno" (sicché la riduzione rappresenta una *condizione necessaria* [corsivo nostro] per l'adozione dell'orario multiperiodale […])» (Bellomo 2004a, par. II; v. anche par. II.2). L'esito finale dell'argomentazione appena riprodotta, peraltro, si scontra con quanto si è detto in precedenza (*supra*, par. 5) circa la necessità, ormai derivante dallo stesso dato testuale dell'art. 3, co. 2°, di attribuire autonoma rilevanza a ciascuno dei rinvii contenuti nella disposizione.

[109] L'art. 7, infatti, nello stabilire il diritto al riposo giornaliero di 11 ore consecutive ogni 24 ore, impedisce, sia pure *in via indiretta*, che la singola giornata di lavoro si protragga oltre le 13 ore e, conseguentemente ed in combinazione con il principio del diritto al riposo settimanale (art. 9), impedisce che nella singola settimana sia superabile il limite delle 78 ore (o meglio, come osservato da alcuni autori, di 77 ore, una volta detratti i 60 minuti corrispondenti a 6 pause giornaliere di 10 minuti: cfr. art. 8).

[110] Cfr. Carabelli, Leccese 2002, par. 4.2.

- all'art. 10, co. 1° (dove, in tema di ferie annuali, si prevede che i contratti collettivi possano fissare un periodo superiore a quattro settimane);

- all'art. 13, co. 2° (che riconosce ai contratti collettivi la possibilità di stabilire riduzioni dell'orario di lavoro o trattamenti indennitari per i lavoratori notturni);

- all'art. 15, co. 2°, seconda parte (nel quale si prevede che il contratto collettivo possa stabilire soluzioni più favorevoli al lavoratore rispetto al licenziamento, in caso di sua inidoneità alla prestazione di lavoro notturno e di inesistenza o indisponibilità di altre mansioni equivalenti);

- all'art 16, co. 1° (il quale riconosce ai contratti collettivi la possibilità di prevedere condizioni di miglior favore rispetto alle ipotesi, ivi individuate, di esclusione dai limiti della durata dell'orario normale settimanale);

- all'art. 18, co. 2° (relativo all'orario di lavoro dei lavoratori a bordo di navi da pesca marittima, il quale consente ai «contratti nazionali di categoria» di derogare *in melius* alla previsione contenuta nello stesso comma in tema di durata media dell'orario di lavoro; ma, come si dirà *infra*, la deroga ivi consentita può essere anche *peggiorativa*[111]).

7. I rinvii in funzione *peggiorativa* (deroghe *peggiorative*)

Ben più complesso appare il discorso in relazione all'altro rinvio ai contratti collettivi contenuto nel co. 2° dell'art. 3: quello attinente alla determinazione della durata normale settimanale come durata media, su base, al massimo, annuale.

A differenza del primo, si tratta di un rinvio che appare riconducibile a quell'ampia categoria di rinvii legali - così frequenti soprattutto nell'ultimo ventennio - che consentono al contratto collettivo di '*derogare*' a norme di legge non in senso migliorativo, bensì nel senso:

- *sia* di introdurre direttamente trattamenti *peggiorativi* o comunque *diversi* rispetto a quelli previsti da norme di legge (si pensi all'art. 47, co. 5°, l. n. 428 del 1990; ma anche, come si dirà più avanti, all'art. 5, co. 1°, l. n. 223 del 1991). Una funzione derogatoria, questa, che potremmo definire di tipo 'regolativo';

- *sia* di stabilire l'eliminazione o il temperamento di vincoli legali, con conseguente riconoscimento in capo al datore di lavoro di posizioni soggettive (eventualmente anche condizionate, ma comunque) più vantaggiose, soprattutto in tema di flessibilità. Una funzione derogatoria, questa, che ha per effetto l'attribuzione al datore di lavoro di poteri o facoltà e che, per rapporto all'altra, potremmo definire di tipo 'deregolativo';

- *sia*, infine, di trasformare un limite legale da inderogabile in derogabile dalle parti individuali (pure se, eventualmente, nel rispetto di determinati limiti e/o condizioni: si pensi all'art. 23 della l. n. 56 del 1987). Una specifica funzione, questa, che, in verità, si potrebbe forse meglio definire come 'derogabilizzatrice' - ovvero, con termine meno pregnante, ma più armonico, '*quasi*-

---

[111] Al riguardo va osservato che, come s'è già accennato, l'art. 18, co. 2°, a differenza di quanto accade nella previsione generale di cui all'art. 1, co. 2°, lett. *m)*, contiene la specifica individuazione del livello negoziale competente a disciplinare la materia oggetto di rinvio, introducendo deroghe tanto migliorative che peggiorative; il che non impedisce, evidentemente, che altri livelli negoziali possano intervenire ad introdurre deroghe, questa volta solo in senso migliorativo.

derogatoria' - proprio per evidenziare che la deroga costituisce una conseguenza non necessaria, ma solo eventuale dell'intervento collettivo, dipendendo essa poi dalla volontà anche delle parti individuali (del contratto collettivo oggetto di questo tipo di rinvii si è tra l'altro detto, con specifico riferimento alle tipologie flessibili di lavoro subordinato, che esso produrrebbe un 'terzo effetto' - diverso da quelli normativo e obbligatorio - e cioè un effetto 'costitutivo' della legittimazione negoziale individuale[112]).

La distinzione tra questi differenti rinvii ad una contrattazione collettiva di tipo derogatorio (espressione con la quale, d'ora in avanti, intendiamo riferirci alle tre forme di contrattazione appena indicate, mentre quella volta a fissare deroghe *in melius* sarà definita semplicemente come contrattazione *migliorativa*) è effettuata con finalità meramente classificatorie, dal momento che, in assenza di precisazione del legislatore, il rinvio potrebbe anche implicare il possibile esercizio da parte del contratto collettivo di una qualsiasi delle funzioni suddette.

In effetti, l'accordo che istituisce l'organizzazione multiperiodale dell'orario normale settimanale si presenta come un intervento contrattuale (autorizzato, appunto, dall'art. 3, co. 2°) volto a *derogare* il limite legale delle 40 ore di orario normale settimanale, in quanto, attraverso la sua trasformazione in limite medio su base plurisettimanale (entro l'arco temporale massimo di un anno), ne consente il superamento, seppure a condizione di un successivo recupero compensativo. Più precisamente, si può osservare che, sulla base del rinvio *generico* sancito dalla norma, il contratto collettivo potrebbe - appunto derogando al predetto limite - disciplinare direttamente la nuova distribuzione multiperiodale (nel qual caso esso svolgerebbe una funzione derogatoria di tipo regolativo, poiché sostituirebbe al limite legale delle 40 ore settimanali di orario normale una organizzazione multiperiodale predeterminata e vincolante); ovvero potrebbe attribuire al datore il potere di distribuire l'orario di lavoro anche su base multiperiodale, con settimane di orario normale superiore alle 40 ore (nel qual caso si sarebbe in presenza di un contratto collettivo con funzione derogatoria di tipo deregolativo); ed infine potrebbe perfino limitarsi a prevedere la possibilità del ricorso ad una distribuzione multiperiodale dell'orario del singolo lavoratore, previo accordo tra le parti del rapporto individuale (nel qual caso non sarebbe un contratto in se stesso derogatorio, bensì un contratto idoneo a trasformare il limite legale inderogabile in derogabile dall'accordo delle parti).

Quanto appena argomentato, inoltre, vale, a ben vedere, anche nel caso di un intervento della contrattazione collettiva 'a tutto campo' - che cioè introduca una riduzione dell'orario normale settimanale, accompagnata dalla trasformazione del nuovo limite di durata settimanale in limite medio - almeno ogni qualvolta nell'ambito della distribuzione multiperiodale vi siano delle settimane in cui si superano le 40 ore settimanali previste dalla legge (ove si resti all'interno di tale limite, il contratto opererà, invece, in un ambito riservato totalmente alla libera disponibilità della contrattazione collettiva).

Concludendo, va detto, anche questa volta, che alla tipologia di rinvii descritta nel presente paragrafo sono riconducibili molti di quelli contenuti nel decreto legislativo, anche se talora vengono individuati soggetti contrattuali differenti da quelli specificati, come si è visto, dalla norma di portata generale di cui all'art. 1, co. 2°, lett. *m)*.

---

[112] D'Antona 1990, spec. 554 ss.; v. anche Roccella 2000, 351 ss. e, da ultimo, Voza 2004a, 238 s.

Tra i principali possono essere annoverati quelli di cui:

- all'art. 4, co. 4° (in base al quale i contratti collettivi possono estendere a 6 o anche a 12 mesi l'ambito temporale entro cui calcolare la media delle 48 ore ogni sette giorni, di cui al co. 2°; nel caso, peraltro, di estensione a 12 mesi, essi sono gravati dell'onere di individuare le «ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro»);

- all'art. 5, co. 3° (dove, in relazione allo straordinario, si prevede che la disciplina collettiva possa eliminare il vincolo del preventivo accordo delle parti, ovvero aumentare il limite delle 250 ore) e co. 4° (dove i contratti vengono autorizzati ad aumentare il numero delle ipotesi in cui lo straordinario è sempre e comunque ammesso) (è da segnalare, specularmene a quanto sopra osservato, che in relazione tanto all'aumento del limite delle 250 ore, quanto all'aumento delle ipotesi non vincolate, l'intervento del contratto è *oggettivamente* peggiorativo, in quanto espone il lavoratore ad un maggiore carico lavorativo, pur se *soggettivamente* il singolo lavoratore potrebbe essere invece interessato, per motivi economici, a svolgere lo straordinario[113]);

- all'art. 8, co. 1° (in materia di durata delle pause, dove peraltro il contratto collettivo, come s'è detto, può introdurre deroghe oltre che peggiorative, anche migliorative rispetto a quanto previsto dallo stesso art. 8, co. 2°);

- all'art. 9, co. 2°, lett. *d)* (in materia di riposi settimanali, dove peraltro il contratto collettivo soggiace al vincolo derivante dal necessario rispetto della clausola di salvaguardia di cui all'art. 17, co. 4°, il quale ammette la deroga a condizione che siano accordati ai lavoratori «periodi equivalenti di riposo compensativo o, in casi eccezionali in cui [... ciò] non sia possibile per motivi oggettivi», a condizione che sia loro «accordata una protezione appropriata»);

- all'art. 10, co. 3° (trattandosi di accordi che 'accedono' a quelli di cui all'art. 3, co. 2°, in materia di orario multiperiodale, onde si prospettano come parte integrante della deroga ivi contemplata);

- all'art. 13, co. 1° (dove si prevede che i «contratti collettivi, anche aziendali», possano definire un periodo di riferimento più ampio su cui calcolare il limite medio di 8 ore giornaliere di lavoro notturno);

- all'art. 17, co. 1° (il quale consente che, «mediante contratti o accordi collettivi conclusi a livello nazionale tra le organizzazioni sindacali nazionali comparativamente più rappresentative e le associazioni nazionali dei datori di lavoro firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro o, conformemente alle regole fissate nelle medesime intese, mediante contratti collettivi o accordi conclusi al secondo livello di contrattazione», si possano derogare le previsioni del decreto in materia di riposo giornaliero, di pause, di modalità organizzative e di durata del lavoro notturno; è evidente che si tratti di deroghe *peggiorative*, se si considera che esse sono sottoposte alla clausola di salvaguardia prevista dell'art. 17, co. 4°, di cui si è appena detto);

- all'art. 18, co. 2° (posto che la deroga ivi prevista può essere anche *in pejus*: v. *supra*).

---

[113] Cfr. ancora Carabelli, Leccese 2002, par. 4.2.

7.1. Segue. Il problema dell'efficacia soggettiva: le tesi che poggiano l'*erga omnes* dei contratti collettivi di diritto comune su modelli 'alternativi' a quello dell'art. 39, seconda parte, Cost.

Orbene, qual è l'efficacia soggettiva di questo tipo di contratto collettivo?

Al riguardo si possono qui richiamare - senza pretesa di esaustivo approfondimento, né di completezza ricostruttiva - le varie posizioni che in passato hanno tentato di giustificare, in presenza di rinvii legislativi anche similari, una efficacia generale del contratto collettivo di tipo derogatorio, senza incorrere nella violazione dell'art. 39, co. 1° e 4°, Cost. V'è peraltro da segnalare, a questo riguardo, che, anche per ovvie ragioni di economia di questo lavoro, l'analisi procederà ad un riesame critico delle principali posizioni in termini rigorosamente tecnico-giuridici, senza approfondire le considerazioni inerenti alla funzione economico sociale, nonché di politica del diritto che sono state sviluppate a ridosso della passata esperienza di rinvii, per le quali basti richiamare l'acuta e analitica ricostruzione di Liso di alcuni anni or sono[114].

Seguendo, così, un percorso ispirato non alla successione temporale delle varie tesi, bensì al loro contenuto essenziale, val la pena partire dalla posizione di chi ha ritenuto che il contratto collettivo tragga, nei casi di cui qui si tratta, un proprio diretto fondamento nella 'delega' legislativa, dalla quale deriverebbe la produzione, da parte del contratto (appunto 'delegato'), di effetti di carattere generale, da taluni affermata anche in virtù della particolare qualità rappresentativa dei soggetti negoziali[115].

A parte quanto si dirà tra breve, va qui anzitutto rammentato che da autorevole dottrina si è osservato come questa lettura - la quale, facendo derivare il vincolo generale dalla norma di legge e non dal contratto, parrebbe in grado di evitare la violazione del principio di libertà sindacale (negativa) del singolo - potrebbe porsi in contrasto con la libertà sindacale costituzionalmente garantita, ove si riconoscesse che la stessa norma di legge miri a *funzionalizzare* l'autonomia collettiva al perseguimento del fine pubblico implicito nel rinvio, rendendola non libera nei fini e nei modi[116]. Questa stessa dottrina, peraltro, ha rilevato come, nel caso dei rinvii legali a contratti collettivi con funzione derogatoria, il legislatore, lasciando l'attività contrattuale libera nell'*an*, nei fini e nei modi, si limiti a fare proprie le scelte effettuate da quest'ultima, dovendosi così ritenere evitato il contrasto con il dettato costituzionale (almeno sotto il profilo *de quo*, e cioè della lesione della libertà sindacale per via della funzionalizzazione)[117].

In effetti – muovendosi entro questa traiettoria (nel senso di valorizzare il fatto che la legge 'fa proprie' le scelte della contrattazione collettiva), ed ispirandosi ad una nota costruzione di diritto

---

[114] V. Liso 1998a, 248 ss.

[115] V., tra gli altri, Pessi 1984, 31; Ballestrero 1989, 362 ss., spec. 379 ss. (la quale prende comunque le distanze dalle tesi che enfatizzano il rilievo della selezione del soggetto negoziale); cfr. anche Ferraro 1981, 271 ss. Con specifico riferimento ai rinvii contenuti nel d.lgs. n. 66, v. Tremolada 2003, 24.

[116] Persiani 1999, 810.

[117] Cfr. ancora Persiani 1999, 810 (nonché Id. 2004, 11 ss.). Fermo restando, si potrebbe tra l'altro aggiungere, che non si deve comunque confondere con la funzionalizzazione il necessario rispetto di altri limiti e principi generali fissati dall'ordinamento, i quali, in tal senso, non costituiscono limiti interni che permeano l'attività negoziale (come pure il singolo contratto) indirizzandola al perseguimento di fini pubblici, bensì limiti esterni che, senza alterare l'autonoma definizione degli interessi delle parti, condizionano la legittimità delle singole espressioni contrattuali (si pensi, come tipico esempio, al divieto di discriminazione). Ma su questi aspetti dovrà tornarsi più approfonditamente nel prosieguo della nostra indagine.

costituzionale[118] – taluno ha teorizzato che le norme di legge contenenti rinvii sarebbero vere e proprie *norme sulla produzione*, che consentono di considerare la contrattazione collettiva come '*fatto*' produttivo di regole idonee ad incidere sul diritto oggettivo, integrando, specificando e - a volte - derogando la disciplina legale[119]. Analogamente, altra dottrina (ragionando sullo specifico rinvio di cui all'art. 5, co 1°, l. n. 223 del 1991, relativo alla individuazione da parte del contratto collettivo di criteri di scelta per il licenziamento collettivo alternativi a quelli legali, ma utilizzando argomentazioni che paiono invero utilizzabili in generale) ha proposto una lettura secondo la quale il *fatto* stesso della stipulazione del contratto collettivo produrrebbe l'effetto legale della disattivazione della norma legale da derogare, laddove poi il contratto potrebbe anche introdurre, ove richiesto o comunque legittimato dalla legge, un diverso regime regolativo; ovvero, in via alternativa, ha sostenuto che la modifica del regolamento del contratto individuale non si produrrebbe in forza del potere di autonomia, ma sarebbe «direttamente assicurata - attraverso il meccanismo del rinvio - dalla disciplina di legge e, quindi, attraverso l'integrazione di quel regolamento che la legge naturalmente opera»[120].

Orbene, queste ultime tre posizioni, le quali mirano evidentemente ad imputare alla norma di legge l'effetto *erga omnes* della regolazione prevista dal contratto collettivo, se riescono ad evitare il contrasto con l'art. 39, co. 1°, Cost. - tanto sotto il profilo della funzionalizzazione, quanto della libertà sindacale (negativa) del singolo - si espongono, tuttavia, a critica dal punto di vista del contrasto con il co. 4° del medesimo articolo, cui d'altronde resta comunque esposta anche la tesi del contratto 'delegato' da cui si è partiti.

Alla prima di esse si può così obiettare che, anche a voler accogliere senza incertezze, da un punto di vista di teoria generale, la costruzione della 'fonte fatto', resterebbe pur sempre da dimostrare la possibilità di riferirla pure al rapporto legge/contratto collettivo di diritto comune nell'ambito delle varie fattispecie legali di rinvio di cui qui si discute[121]: a ciò parrebbe infatti ostare la presenza nella Costituzione di una *normativa speciale* sul contratto collettivo ad efficacia generale, costituita, appunto, dal co. 4° dell'art. 39 Cost.[122]. In altre parole, così come nel 1962, con la sentenza n. 106, la Corte costituzionale aveva individuato nella legge delega n. 741 del 1959 un *potenziale vulnus* costituzionale, per sostanziale 'aggiramento' della strada maestra tracciata da quella disposizione costituzionale ai fini dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi (come si ricorderà, la sentenza fece salva la legge solo in quanto quest'ultima era «transitoria, provvisoria ed eccezionale», ma statuì letteralmente e senza incertezze che «sarebbe palesemente illegittim[o]» un intervento legislativo che «cercasse di conseguire [il] risultato della dilatazione ed estensione, che è una tendenza propria della natura del contratto collettivo, a tutti gli appartenenti alla categoria

---

[118] Modugno 1988.

[119] La lettura è proposta da Proia 1994, 192 ss.; Id. 2002, 128 ss., il quale, peraltro, non ne fa scaturire l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo: secondo l'autore, infatti, anche nei casi di rinvio, ai fini dell'applicazione di quest'ultimo sarebbe necessario, più in generale, che le parti individuali non risultino dissenzienti rispetto alla loro sottoposizione alla contrattazione collettiva come *fonte-fatto*; ma su questo ulteriore aspetto conviene rinviare, per il momento, al seguito.

[120] L'una e l'altra tesi sono di Liso (1998a, 266 s.).

[121] V. già, per talune perplessità, anche Lassandari 2001, 264 ss.; Rusciano 2003, 260 ss.

[122] È questa preoccupazione, d'altro canto, che induce Proia (2002, 136) ad escludere, come si è detto, l'effetto *erga omnes*, pur accogliendo la tesi della *fonte-fatto*.

alla quale il contratto si riferisce, in maniera diversa da quella stabilita dal precetto costituzionale»[123]), analoga lettura potrebbe effettuarsi nei confronti della pretesa estensione della costruzione della 'fonte fatto' ai contratti collettivi di diritto comune investiti dalle predette norme legali di rinvio, la quale condurrebbe ad una situazione comparabile a quella oggetto di censura da parte della Corte: l'ottenimento con mezzi diversi dall'art. 39, co. 4°, Cost. dell'efficacia generale del contratto collettivo.

Se ciò è vero, peraltro, critiche similari potrebbero essere rivolte, a ben vedere, anche alle altre due menzionate posizioni che hanno tentato di riportare alla norma legale di rinvio l'efficacia generale della regolazione definita dal contratto: anch'esse sembrano infatti trascurare che tale effetto si produce pur sempre non soltanto *sul presupposto* della sussistenza del contratto collettivo ma soprattutto in perfetta *aderenza al contenuto* di esso. E ciò significa che, anche in questa prospettiva, non potrebbe non leggersi nella norma di rinvio la surrettizia riproposizione di un aggiramento del dato costituzionale; un aggiramento diverso, se si vuole, ma indubbio, ove si eviti di minimizzare, per contingenti ragioni di politica del diritto, il profondo valore di *coerenza del* modello costituzionale insito nella lettura fatta dalla citata sentenza della Corte. Né diversa valutazione, come accennato, potrebbe darsi della tesi del contratto 'delegato', nella quale, anzi, l'aggiramento dell'art. 39, co. 4°, traspare addirittura con maggiore evidenza.

Rispetto alle considerazioni di ordine squisitamente tecnico fin qui svolte, non si può certo trascurare la sofisticata lettura - non ammiccante a costruzioni di teoria generale del diritto costituzionale, bensì 'interna' al più specifico disegno costituzionale dei rapporti collettivi sindacali - offerta da Massimo D'Antona nel suo ultimo scritto, nel quale, in implicita rivisitazione critica della sentenza del 1962 della Corte costituzionale, l'a. prospetta una differenziazione funzionale tra la previsione contenuta nell'art. 39, co. 4°, e quella contenuta nel suo primo comma, derivante da due alternativi progetti che sarebbero desumibili dalla disposizione costituzionale. Più precisamente, secondo l'autore si dovrebbe sostenere che la «seconda parte dell'art. 39 fonda sulla legge non soltanto l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, ma lo stesso *potere contrattuale* dei sindacati», in quanto richiede il loro «riconoscimento giuridico [...] - ancor prima che per "dilatare ed estendere" l'efficacia dei contratti collettivi - per fondare un potere di rappresentanza sociale che consiste (e può risolversi interamente) nell'abilitazione *ex lege* a stipulare contratti collettivi con efficacia *erga omnes*»; insomma, per dirlo in altro modo, «la seconda parte dell'art. 39 non garantisce efficacia legale ai contratti sottoscritti dai sindacati rappresentativi, ma rende rappresentativi i sindacati registrati in quanto garantisce l'efficacia legale dei contratti che essi sono abilitati a sottoscrivere». Di qui la possibilità, risalendo poi al 1° comma della stessa disposizione, di sostenere, invece, che nella prospettiva della libertà sindacale «il sistema contrattuale precede la legge, costituisce fenomeno di autonomia sociale presupposto, sul quale la legislazione interviene *ex post* ai fini di sostegno o riconoscimento o regolazione, senza alterare il fondamento volontario e i criteri di autolegittimazione che presiedono al suo funzionamento, appunto perché

---

[123] La Corte, come noto, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l. n. 1027 del 1960, poiché «anche una sola reiterazione della delega (a tale riducendosi la proroga prevista dall'art. 1 [...]), toglie alla legge i caratteri della transitorietà e dell'eccezionalità che consentono di dichiarare insussistente la pretesa violazione del precetto costituzionale e finisce col sostituire al sistema costituzionale un altro sistema arbitrariamente costruito dal legislatore e pertanto illegittimo». Sulla pronuncia v. per tutti, da ultimo, Ricci M. 1999, 297 ss.

lo svolgimento *inter partes* dell'attività contrattuale è, rispetto all'intervento legislativo, un *prius* o comunque una variabile esterna»[124].

La costruzione di D'Antona cerca dunque di rinvenire una strada per sottrarsi ai permanenti effetti ostativi dell'art. 39, co. 4°, ribaltando la prospettiva di avvicinamento al problema costituzionale dell'*erga omnes*: come precisato dall'autore, la norma costituzionale non si opporrebbe «a qualsiasi intervento legislativo che direttamente o indirettamente assegni ai contratti collettivi un'efficacia superiore a quella che avrebbero autonomamente», bensì soltanto a quelli «che, attraverso l'attribuzione dell'efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi, assegnino direttamente o indirettamente a sindacati diversi da quelli registrati il monopolio legale della rappresentanza legale della categoria»[125].

In realtà, ad avviso di chi scrive, anche questa lettura non riesce a sottrarsi al conflitto con la pronuncia della Corte costituzionale del 1962 (del che d'altronde, l'autore era perfettamente consapevole, com'è dimostrato dal letterale richiamo delle espressioni utilizzate dalla Corte medesima: 'dilatare' ed 'estendere'), uscendone soccombente. A ben vedere, infatti, l'inversione di prospettiva proposta nell'analisi della seconda parte della disposizione costituzionale – nel senso di procedere, nel ragionamento, non dal contratto al soggetto, ma dal soggetto al contratto – confligge in radice con la già ricordata affermazione della Corte secondo cui «sarebbe palesemente illegittim[o]» un intervento legislativo che «cercasse di conseguire [il] risultato della dilatazione ed estensione [...] del contratto collettivo [...] in maniera diversa da quella stabilita dal precetto costituzionale»: emerge con chiarezza da queste parole che al centro del ragionamento del Giudice delle leggi in relazione al problema dell'*erga omnes* v'è proprio il contratto e non il soggetto. E se questo è l'effetto derivante dalla disciplina della seconda parte dell'art. 39 (e specificamente del co. 4°), di esso non può non tenersi conto nella lettura del co. 1° dello stesso articolo e, in particolare, nell'individuazione delle potenzialità da esso espresse: se, infatti, si può convenire che dalla libertà sindacale discende l'autonomia negoziale, non si può più invece sostenere, proprio alla luce delle argomentazioni appena svolte, che il legislatore possa assegnare *ex lege* all'atto di autonomia un'efficacia generale sulla base dell'osservazione che tale soluzione non sarebbe lesiva né della libertà sindacale né dell'autonomia negoziale.

Al riguardo, va osservato che pur volendoci collocare nella prospettiva adottata dall'autore, quest'ultima affermazione solleva, per il vero, notevoli perplessità in relazione alla violazione del principio di libertà sindacale *negativa*, derivante dallo stesso art. 39, co. 1°, alla luce del quale pare difficile sostenere – in assenza di specifica previsione costituzionale in tal senso – la legittimità di una legge che assoggetti 'forzosamente' il singolo al contratto collettivo stipulato da organizzazioni sindacali cui egli non abbia conferito alcun potere rappresentativo. Ed infatti si deve riconoscere che - nel quadro delineato dal Costituente - il sacrificio della libertà sindacale negativa è reso possibile, appunto, soltanto dall'attuazione della seconda parte della stessa disposizione costituzionale[126]; pertanto, una deviazione da questa strada per il raggiungimento dell'efficacia

---

[124] D'Antona 1999, 311 s.

[125] D'Antona 1999, 324 s.

[126] Non a caso, il profilo fu colto, sul finire degli anni '50, in talune delle ordinanze di rimessione con le quali venne sollevata la questione di legittimità costituzionale poi decisa con la pronuncia n. 106/1962: v., in particolare, Pret. Ferrara (in G.U. 20.1.1962, n. 18),

generale del contratto collettivo sarebbe comunque destinata ad infrangersi – per così dire in seconda battuta – *anche* contro il predetto principio di libertà sindacale[127].

Ma al di là di questa considerazione, l'obiezione fondamentale che qui si oppone alla tesi in questione è che l'art. 39, co. 4° – nella lettura fornita dalla Corte nel 1962 – non ammette alcuna soluzione alternativa per l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, onde una legge che perseguisse il medesimo effetto per altra via si porrebbe in *diretto* ed *immediato* contrasto con tale norma costituzionale[128].

7.2. Segue. Le tesi che poggiano l'*erga omnes* dei contratti collettivi di diritto comune sull'interpretazione 'riduttiva' dell'art. 39, seconda parte, Cost.

Con la tesi appena esaminata e criticata si è raggiunto, probabilmente, l'apice del 'giustificazionismo' teorico costituzionale dell'*erga omnes* fondato su modelli alternativi a quello dell'art. 39, seconda parte. V'è poi un insieme di posizioni che potrebbero essere descritte come operanti in una prospettiva di frammentazione '*ad excludendum*', e cioè di diversificazione tipologica dei contratti collettivi, al fine di sottrarre alcuni di essi dalla portata 'preclusiva' del vincolo costituzionale, secondo l'impianto definito dalla stessa Corte costituzionale.

Tra queste posizioni va, anzitutto, annoverata quella secondo la quale i contratti aziendali sarebbero sottratti ai problemi fin qui descritti: secondo tale posizione, infatti, le norme di rinvio che si riferissero ad essi non contrasterebbero con l'art. 39, co. 4°, Cost., dato che in questa norma si fa esplicito riferimento solo alla categoria (o, meglio, all*e* categori*e*: «con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce»)[129]. Al di là dei diversi argomenti (talora impliciti, o proposti per fugaci cenni) addotti per giungere a questo esito 'sottrattivo', il nucleo essenziale del ragionamento seguito dai sostenitori della tesi è sostanzialmente il seguente: 1) il Costituente aveva presente solo il contratto di categoria tipico dell'esperienza corporativa; 2) pertanto, si preoccupò di prevedere, con il modello di cui alla seconda parte dell'art. 39, solo i meccanismi per estendere l'efficacia soggettiva di quest'ultimo; 3) conseguentemente, il contratto aziendale non rientra in tale modello; 4) all'esito, nulla osta a che la sua efficacia soggettiva generalizzata sia realizzata per altre vie.

Restando per il momento all'interno di questo ragionamento, va osservato che esso giunge ad esiti non conformi alle premesse, poiché non considera che se, come ormai qui ricordato più volte, da un punto di vista generale l'attuazione del menzionato modello rappresenta l'unica via per consentire ad un contratto collettivo di godere di efficacia generale, appare evidente che

---

la cui ordinanza, nel riassunto che ne dà la Corte (in MGL, 1962, 406), pone l'accento proprio sulla violazione della libertà sindacale derivante dall'estensione dell'efficacia soggettiva di contratti stipulati da soggetti non dotati dei requisiti del 39, co. 2°, ss. È da segnalare, invece, che anche qualora fosse attuato l'art. 39, seconda parte, Cost., non dovrebbe ritenersi preclusa, in virtù della libertà sindacale positiva di cui all'art. 39, co. 1°, Cost., la stipulazione, da parte di altri soggetti sindacali, di contratti collettivi di *diritto comune* (e, dunque, aventi efficacia *inter partes*) con contenuto migliorativo rispetto a quelli aventi efficacia generale.

[127] Ma al riguardo v. anche quanto precisato *supra* (parr. 4.2 e 5), con riferimento ai rinvii in funzione migliorativa. Cfr., per uno spunto di riflessione, anche Corte cost. n. 106/1963.

[128] Cioè, ricordando ancora una volta le parole della Corte, finirebbe per «sostituire al sistema costituzionale un altro sistema arbitrariamente costruito dal legislatore e pertanto illegittimo».

[129] Cfr. per tutti, sia pure con una pluralità di accenti e di approfondimenti, Tosi P. 1985, 370; De Luca Tamajo 1985, 40 s.; Zoli 1992, 146; Lassandari 2001, 294 ss.

escludere i contratti aziendali dalla parte seconda dell'art. 39, significherebbe implicitamente sostenere che per tali contratti l'effetto 'estensivo' prefigurato dal Costituente non sarebbe configurabile neppure in caso di attuazione della predetta parte seconda[130].

Queste osservazioni sono di ausilio per smentire anche la premessa da cui muove il ragionamento qui criticato, in virtù della irrazionalità che essa finisce per attribuire alla scelta del Costituente; pur se, in realtà, si tratta di una premessa la cui contestabilità può fondarsi anche su altri - altrettanto decisivi - argomenti. Ed infatti, da un lato, va segnalato che la stessa Corte costituzionale pare dare per scontato la riferibilità anche ai contratti aziendali della seconda parte dell'art. 39 Cost.[131]; dall'altro lato, si deve riconoscere che la lettura della disposizione costituzionale deve essere effettuata - anche per quanto attiene all'aspetto qui trattato - alla luce della concreta evoluzione dei modelli rappresentativi e negoziali e non può essere 'congelata' in una visione corporativa di categoria eterodeterminata (ovvero ipostatizzata in virtù del fenomeno negoziale esistente - *recte*: assolutamente prevalente[132] - nel periodo corporativo). Non si vede dunque perché nella ricostruzione della nozione di categoria, anche ai fini della norma costituzionale in commento, non possa essere utilizzato - quantomeno in via di interpretazione evolutiva - l'armamentario di riflessioni che hanno condotto ad affermare da tempo (ed ormai senza più serie contraddizioni[133]) che il termine categoria (il quale, come accennato, nella Costituzione è per di più usato al plurale), deve essere letto (sul piano *organizzativo*), come sinonimo di «ambito [o area o, ancora, campo] professionale della organizzazione»[134], prescelto o individuato[135] o creato[136] dal soggetto collettivo (liberamente, in virtù del primo comma dell'art. 39) e che quindi (sul piano *negoziale*) la categoria debba essere identificata con ogni «unità contrattuale di composizione autonomica»[137] (la quale, a sua volta, potrebbe anche non identificarsi con la «categoria sindacale, intesa come sfera soggettiva del sindacato»[138] e dunque, ai fini che qui interessano, ben può coincidere con la ristretta unità di livello aziendale)[139].

---

[130] Insomma, optando per la sottrazione del contratto aziendale dalla disciplina costituzionale di cui all'art. 39, co. 2 ss., si finirebbe per affermare «una drastica, ma necessaria, soluzione che disponga un divieto totale di [estensione] *erga omnes* per i contratti decentrati, poiché i commi [in questione] introducono, nel nostro ordinamento, non il divieto, ma l'eccezione al divieto di efficacia soggettiva generalizzata» (così, efficacemente, Lazzeroni 1999, cap. II, par. a4).

[131] V., per tutte, Corte cost. n. 268/1994, che (pur sollevando perplessità per altri aspetti: *infra*, par. 8) espressamente la ritiene riferibile ai contratti collettivi destinati a regolare i rapporti di lavoro «di una o più categorie professionali o di una o più singole imprese».

[132] Cfr. Treu 1968, 1652, ove si osserva che, pur all'interno di un sistema caratterizzato dalla determinazione eteronoma del settore economico cui applicare il contratto corporativo, le associazioni sindacali avrebbero potuto, ai sensi dell'art. 2069 c.c., «definire l'ambito di efficacia spaziale dell'accordo collettivo, fino a farlo coincidere con la singola impresa (anche se di fatto tale potere non venne di solito esercitato)».

[133] V., in particolare, le obiezioni mosse da Treu (1968, 1652 ss.) alle note critiche formulate da Tarello nei confronti della dottrina lavoristica, anche con specifico riferimento all'identificazione del concetto di categoria (Tarello 1967, spec. 101 ss.).

[134] Giugni 1979, 275.

[135] Mancini 1963, 581 ss. (pur nell'ambito della sua nota critica alla scelta compiuta dal Costituente nella seconda parte dell'art. 39).

[136] Romagnoli 1963, 45.

[137] Romagnoli 1963, 41.

[138] Ancora Romagnoli 1963, 44.

[139] Per argomentazioni analoghe, arricchite in alcuni casi da un'analisi letterale dell'art. 39 e della sua *ratio*, v. Greco 1996, 98 ss. (e già Id. 1994, 84 ss.); Proia 1994, 69 ss.; Napoli 1999, 521; cfr. anche Di Stasi 1998, 59 ss.
Giova altresì osservare che, se quella descritta è l'unica via argomentativa attraverso la quale giungere ad affermare che anche il contratto aziendale possa avere un'efficacia *ultra partes* imposta *ex lege* (ed a parte, ovviamente, gli *escamotages* - quali l'acquiescenza del lavoratore - che sono stati, di volta in volta, invocati nei diversi casi specifici), le pur evidenziate difficoltà di adattare

A parte quanto fin qui detto in relazione alla tipologia dei contratti aziendali, va ancora ricordato come, sempre al fine di evitare l'incidenza dell'art. 39, co. 4°, Cost., sulle norme di rinvio, si sia da più parti giunti a sostenere che, almeno in taluni casi, i contratti collettivi da esse richiamati non sarebbero di tipo 'normativo'[140], laddove la disposizione costituzionale si riferirebbe ai soli contratti collettivi aventi, appunto, tale connotazione, e dunque soltanto rispetto ad essi vieterebbe di percorrere strade alternative per l'*erga omnes*.

A questo riguardo, a parte i dubbi circa la fondatezza di siffatta interpretazione dell'art. 39 Cost.[141], si può tuttavia sostenere (riprendendo e sviluppando un autorevole suggerimento critico[142]) che - al di fuori dei contratti contenenti clausole meramente obbligatorie e degli accordi concertativi o triangolari[143] - tutti i contratti collettivi e, dunque, anche i contratti collettivi che, sulla base di un rinvio legale, svolgono funzione 'derogatoria', regolativa o deregolativa, o 'quasi-derogatoria' di norme di legge - nonché, si può sin d'ora aggiungere, quelli che intervengono, non necessariamente per riconoscimento legale, a condizionare, regolare, modulare etc. un potere, una facoltà, una libertà datoriale, altrimenti esercitabile senza limiti, così come quelli che vengono investiti dalla legge del compito di integrare o specificare il contenuto del precetto legale (ma di questi due tipi di contratti si dirà più avanti) - possono essere considerati come contratti che sviluppano una funzione 'normativa' e che, pertanto, hanno (al pari dei tradizionali contratti di tipo migliorativo) efficacia normativa, nel senso che pongono regole destinate ad incidere sui contratti e rapporti di lavoro instaurati con i singoli, e di cui questi ultimi possono invocare l'applicazione.

Ovviamente, con quanto appena detto non si vuol negare che la funzione normativa è tipica dei tradizionali contratti collettivi di diritto comune, i quali - attraverso le clausole della loro parte, appunto, normativa - operano direttamente (pur senza incorporazione) sui contratti e rapporti di lavoro dei lavoratori (soggetti alla disciplina collettiva), in funzione normalmente migliorativa dei trattamenti precedenti[144], senza la mediazione di alcuna norma di legge (da cui la sostenuta loro

---

all'estensione del contratto aziendale il meccanismo di cui alla seconda parte del 39 (Lassandari 2001, 296 ss.), lungi dal costituire elementi a sostegno della tesi 'sottrattiva', rappresenterebbero solo problemi da risolvere - tra i tanti evidenziati dalla dottrina, *anche* con riferimento allo stesso contratto ... di 'categoria' (v., per tutti, Pera 1960, 69 ss.; Giugni 1979, 285 ss.; ma v., altresì, le *Osservazioni e proposte del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro sull'attuazione degli articoli 39 e 40 della Costituzione*, RGL, 1960, I, 219 ss., e 226 ss., con particolare riferimento alla determinazione dell'ambito della categoria) - al fine di raggiungere l'obiettivo. Non a caso, del resto, in numerosi progetti volti ad attuare la seconda parte dell'art. 39, Cost. ci si preoccupava anche del contratto aziendale (per un riepilogo, v. Pera 1960, 299 ss., il quale peraltro, a p. 61, non esclude la legittimità di una legge sindacale che non ammetta il «riconoscimento giuridico [del] sindacato aziendale») e lo stesso progetto Rubinacci del 1951 (in RGL, 1951, I, 263 ss.), prevedeva le modalità per l'estensione della sua efficacia soggettiva (artt. 13 ss.).

[140] Liso 1998a, 266 ss. L'a. si riferisce, per il vero, a contratti le cui disposizioni «sono volte a disciplinare l'esercizio dei poteri *inerenti alla amministrazione del rapporto di lavoro*», richiamando a tal fine la norma di cui all'art. 5, co. 1°, l. n. 223/1991, in materia di criteri di scelta nei licenziamenti per riduzione del personale. Tuttavia, come si specificherà più avanti (par. 8), questo rinvio deve essere piuttosto ricondotto alla tipologia dei rinvii a contratti collettivi in funzione derogatoria, di cui al presente paragrafo.

[141] Si tratta di un'interpretazione che è stata avallata dalla nota sentenza della Corte costituzionale n. 268 del 1994, sui criteri di scelta in materia di licenziamenti per riduzione del personale collettivi: ma a questo riguardo v. quanto appena detto nella nt. che precede.

[142] Persiani 1999, 808 ss. (nonché Id. 2004, 13 s.); ma v. anche Gragnoli 2000a, 108 ss.; Proia 2002, 125 s.

[143] Della cui riconducibilità all'art. 39 Cost. la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 34 del 1985, ebbe a dubitare, «dal momento che le organizzazioni sindacali non sono in tal campo separate dagli organi statali di governo, bensì cooperanti con essi».

[144] Anche se non è impedito ad essi di modificare peggiorativamente i precedenti trattamenti contrattuali: cfr., per tutti, Giugni 2001, 168 ss.; Rusciano 2003, 95 ss.

appartenenza, quale *species* a *genus*, alla variegata categoria dei 'contratti normativi'[145]). Si vuole, invece, sostenere che *anche* i contratti collettivi derogatori oggetto dei rinvii legali sviluppano una funzione di tipo normativo e possono essere ricondotti a quella stessa categoria, in quanto le loro norme sono destinate comunque ad esprimere la loro efficacia - parimenti dall'esterno e senza incorporazione - sui contratti e rapporti individuali di lavoro[146].

Altro dunque, e completamente diverso, è il problema del valore giuridico del rinvio legale, il quale, nella prospettiva qui accolta, vale non ad estendere *erga omnes* l'efficacia del contratto collettivo di diritto comune, ma solo a consentire che la regolamentazione introdotta da quest'ultimo - la quale, come detto, finisce pur sempre per costituire un 'trattamento' normativo (talora anche economico) - deroghi alla norma di legge, normalmente in virtù delle peculiari caratteristiche del soggetto stipulante[147].

In tal senso non si può affermare che le clausole di rinvio si muovono «certamente al di là della seconda parte dell'articolo 39, ma non in elusione di essa»[148], ma si deve invece ritenere che i contratti collettivi, in quanto manifestazione di libertà sindacale, sono sempre e necessariamente inclusi nell'art. 39 Cost., onde, al di fuori delle procedure di cui al suo co. 4°, non v'è spazio per un'efficacia *erga omnes* per forza di legge. Insomma, non può ammettersi che la funzione delle clausole di rinvio del tipo qui trattato sia, oltre che quella di aprire la via derogatoria, *anche* quella di modificare la natura del contratto oggetto di rinvio, trasformandone di conseguenza l'efficacia da *inter partes* in *erga omnes*[149].

Ciò detto, non si può nemmeno - lo si dice incidentalmente a rafforzamento di quanto sin qui sostenuto - difendere l'efficacia generale dei contratti collettivi 'derogatori' sulla base della selezione soggettiva effettuata dalla norma legale[150]: a parte quanto già osservato criticamente più sopra in merito alla negativa evoluzione della normativa di rinvio sul piano del progressivo decremento delle garanzie di democraticità, si è correttamente affermato che non è possibile, almeno allo stato attuale del nostro ordinamento, costruire «un nesso tra qualità rappresentativa degli agenti ed effetti dei relativi atti negoziali»[151]. In altre parole, non si comprende per quale motivo

---

[145] Giugni 2001, 132.

[146] Significativo, a questo riguardo, è che lo stesso Liso riconosca che le disposizioni di tali contratti «entrano nel regolamento del contratto individuale e quindi certamente danno luogo ad un'efficacia normativa», pur precisando, poi, che «questa efficacia *non* è prodotta *necessariamente* [corsivi nostro] in forza del potere di autonomia, bensì in forza del rinvio operato dalla legge»: ma non è affatto chiaro, a questo punto, perché affidare alla legge un effetto (l'incidenza normativa sul contratto individuale) che invece è ordinariamente riconosciuta come tipicamente derivabile dal contratto collettivo (cosa della quale l'a. pare ben consapevole, come traspare dall'uso delle parole da noi corsivate).

[147] In tal modo si torna così a 'ricapovolgere' la prospettiva che era stata capovolta da chi (Liso 1998a, 271 ss., spec. 275 s.), suggerendo di partire dal rinvio devolutivo contenuto nella legge, piuttosto che dal contratto, era giunto agli esiti sopra descritti.

[148] Ancora Liso 1998a, 268 ss., sul punto 276. L'a. fa specifico riferimento alle «norme direttamente mirate *a completare o modificare*, nel proprio ambito riferimento, il contenuto della disciplina legale» (p. 268 s.). Dunque, le considerazioni riportate in testo paiono riferibili sia alla tipologia dei rinvii derogatori (qui trattata), sia a quella dei rinvii ai contratti in funzione integrativa e/o specificativa (di cui si parlerà tratterà più avanti, ai parr. 9-9.3), i quali, nella costruzione qui proposta, possono presentare caratteristiche omologhe.

[149] In questo senso già con chiarezza Bellocchi 1998, 213 - la quale annota che il rinvio «intensifica la capacità regolativa» del contratto collettivo «lasciandone impregiudicata la capacità espansiva» - e ora Proia 2002, 124.

[150] Cfr. Ferraro 1981, 43 ss., 162, 271 ss., 405 ss.

[151] Campanella 2000, 346.

il rinvio legale a specifici soggetti selezionati dal legislatore secondo proprie valutazioni di opportunità (e dunque di politica del diritto) dovrebbe essere in grado di ovviare al vincolo imposto dalla seconda parte dell'art. 39 Cost., data, lo si ribadisce ancora una volta, la rigorosa lettura della Corte nella sentenza del 1962.

7.3. Segue. Il ritorno all'efficacia *inter partes* dei contratti collettivi di diritto comune e la funzione promozionale dell'effetto legale derogatorio. Gli *escamotages* per l'estensione *erga omnes*. Indivisibilità e pretesa 'giuridica necessità' dell'efficacia generale

La verità è che la tesi la quale, almeno allo stato del dibattito scientifico, risulta più convincente è quella avanzata da chi - esaltando, per così dire, il giusto equilibrio di interessi e tutele, specialmente con riferimento alle norme di rinvio che prevedono quelle deroghe che abbiamo chiamato 'deregolative' - ha sostenuto l'inammissibilità della pretesa del datore di lavoro *free rider* (che cioè si sottrae alla responsabilità dell'appartenenza e dell'azione sindacale e, di conseguenza, all'applicazione del contratto collettivo) di godere dei vantaggi - tra cui, specificamente, forme di maggiore flessibilità - assicurati dallo stesso contratto collettivo[152]. Le norme che permettono al contratto collettivo di introdurre deroghe all(e eventuali rigidità dell)a disciplina legale andrebbero, insomma, lette in stretta connessione con la tradizionale efficacia soggettiva del contratto di diritto comune, di modo che, al fine di godere della flessibilità consentita dal contratto collettivo oggetto del rinvio, lo stesso datore di lavoro dovrebbe pagare il prezzo della (volontaria) *inclusione* nel complessivo sistema di regolazione collettiva di cui fa parte anche quel contratto (anche se ciò, ad avviso di chi scrive, non deve necessariamente avvenire mediante adesione all'organizzazione datoriale, essendo sufficiente una costante applicazione della disciplina collettiva, oltre che, a maggior ragione, un formale rinvio alla sua fonte di produzione)[153]. Una costruzione, questa, che, com'è noto, ha largamente ispirato lo stesso legislatore della normativa in materia di *part-time* del 2000-2001, prima delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 276 del 2003[154].

Questa lettura, oltre a rispecchiare una meritevole scelta di politica del diritto, costituita dalla *promozione* di un ampliamento del campo di applicazione soggettiva della contrattazione collettiva - la quale, a sua volta, sul piano della politica economica, si traduce nella ricerca di una sana competitività fondata sul rispetto degli *standards* economico-normativi definiti (quali valori di equilibrio) tra le contrapposte parti collettive - si rivela, in verità, assai convincente dal punto di vista tecnico giuridico ove riferita ai casi di rinvio a contratti collettivi per l'esercizio di una funzione 'derogatoria', tanto regolativa che deregolativa, ovvero (anche) di una funzione 'quasi-derogatoria'.

Né pare sufficiente contrapporvi l'obiezione secondo cui essa violerebbe sia la libertà sindacale

---

[152] D'Antona 1990, 557.

[153] In proposito v. ancora D'Antona 1990, 556 s., ove si afferma, invero, che il datore di lavoro, oltre a non potersi limitare ad applicare la parte normativa del contratto collettivo, debba altresì «vantare la qualità di part[e]», il che si verifica solo ove egli conferisca alle associazioni imprenditoriali stipulanti un «mandato pieno» e accetti, «insieme alla fonte contrattuale, ogni successiva vicenda modificativa del contratto collettivo». Soprattutto il riferimento al conferimento di un pieno mandato lascerebbe intendere che l'a. ritenesse essenziale l'*adesione* all'associazione datoriale; sembra invece interpretare diversamente il pensiero di D'Antona, Liso 1998a, 262.

[154] V. Roccella 2000, 351 ss.

sia quella di iniziativa economica del singolo datore di lavoro, poiché lo costringerebbe all'adesione al contratto collettivo siglato da organizzazioni cui egli non appartiene, pena l'impossibilità di accedere a risorse normative rese disponibili solo per i datori sindacalizzati o comunque rispettosi del sistema contrattuale[155]. A questa obiezione si potrebbe rispondere che ciò di cui si discute non è, in realtà, una risorsa legale, ma una risorsa contrattuale: ma si tratterebbe di una difesa invero solo in parte fondata, dato che la derogabilità della norma legale, per quanto attuata dal contratto, trova pur sempre il suo fondamento nella legge. Altre sono invece le risposte che a nostro avviso vanno date: a parte la problematica questione dell'esistenza stessa della libertà sindacale dei datori di lavoro, o comunque della sua riconducibilità all'art. 39 Cost., che peraltro non è il caso di riproporre in questa sede[156], va quanto meno rilevato che l'ordinamento italiano ha sperimentato da tempo una forma di intervento legale, di sostegno all'attività sindacale e all'autonomia collettiva, compatibile con la libertà sindacale dell'una e dell'altra parte: la normativa promozionale[157]. Orbene, ad avviso di chi scrive, gli interventi normativi di cui si sta trattando, se letti alla luce della tesi appena discussa (e quindi come aventi, quale oggetto del rinvio, un contratto collettivo di diritto comune), si rivelano da un lato *flessibilizzanti* (proprio in quanto consentono la deroga), ma dall'altro lato, appunto, *incentivanti* la volontaria inclusione nel sistema contrattuale (o meglio - data la pluralità dei soggetti sindacali legittimati alla stipula dei contratti in funzione derogatoria - in *uno* dei sistemi contrattuali eventualmente disponibili[158]) di tutti i datori di lavoro che intendano avvantaggiarsi della deroga consentita[159]. Si tratta, insomma, di una sorta di scambio che viene offerto ai *free riders* (dal legislatore *in primis*, e quindi dalle parti sociali), il quale si profila compatibile, a ben vedere, non soltanto con la libertà sindacale (per quanto si è appena detto circa la natura *anche* promozionale dell'intervento), ma pure con la libertà di iniziativa economica, poiché detto scambio risulta sicuramente espressione del perseguimento di un obiettivo di utilità sociale (la volontaria espansione del naturale ambito di applicazione dei contratti collettivi di diritto comune)[160].

Ciò detto, va semmai osservato che la tesi qui condivisa necessita di alcune precisazioni: la prima riguardante la struttura del sistema contrattuale di riferimento, la seconda attinente alla posizione soggettiva del lavoratore.

Quanto alla prima, va segnalato che il problema della posizione datoriale si propone nei termini evidenziati più sopra nei casi in cui il rinvio sia (attuabile e quindi) attuato da un contratto *extra-*

---

155 Cfr. Liso 1998a, 263.

156 Si v. comunque gli autori già citati a nt. 64.

157 Giugni 2001, 62 ss.

158 V. *supra*, nt. 71.

159 Sulla natura promozionale di questi rinvii, d'altronde, v. già Liso 1998a, 276 ss., che parla di «proiezione evolutiva della legislazione promozionale», anche se, a p. 262, ritiene prevalente, nel rinvio, la 'ragione tecnica' «riconducibile alla considerazione della maggiore adeguatezza dell'autonomia collettiva a specificare particolari situazioni»: ma è evidente che in questa prospettiva - del resto, al pari delle altre, del tutto opinabile - si ritorna ad offrire il fianco alle critiche fondate sulla rigorosa interpretazione del dato costituzionale, di cui si è detto più sopra.

160 L'applicazione del contratto collettivo diviene così oggetto di un onere e non di un obbligo e ciò è stato, appunto, ritenuto tradizionalmente compatibile con il principio di libertà sindacale. Sull'importanza di una lettura della recente normativa anche previdenziale in prospettiva promozionale, v. Tursi 2002, 211 ss.; con specifico riferimento alla previdenza complementare v., poi, Tursi 2001, 25 s. e Leone 2001, 303 s.

aziendale, al cui rispetto il datore non sia direttamente tenuto; casi nei confronti dei quali si deve segnalare il rilievo di tutte le tesi dottrinali e giurisprudenziali con cui si è cercato di misurare quella che si è sopra definita come *(volontaria) inclusione* del datore stesso nel sistema di relazioni contrattuali di riferimento, qualora essa non risulti in qualche modo formalizzata[161]. Ma esso, evidentemente, non si propone affatto nel caso di contratto aziendale, al cui rispetto il datore di lavoro è, invece, direttamente vincolato in quanto soggetto contraente.

Quanto alla seconda, invece, va avvertito che la ricostruzione sostenuta in questa sede (dei contratti collettivi oggetto di rinvio legale con funzione tanto derogatoria, regolativa o deregolativa, quanto 'quasi-derogatoria', appunto come ordinari contratti di diritto comune) implica la conseguenziale riproposizione, anche *a latere* dei lavoratori, di tutti i classici problemi dell'efficacia soggettiva limitata. Riguardo a tali problemi si deve, per il vero, ricordare ancora una volta l'esistenza della pluralità di tesi che hanno cercato di ricondurre, attraverso il ricorso a vari *escamotages*, l'applicazione del contratto collettivo ad una manifestazione di volontà o quantomeno ad un comportamento partecipativo del lavoratore rispetto all'azione sindacale, e ciò con riferimento ai contratti collettivi anzitutto aziendali, ma anche extra-aziendali.

A tali *escamotages* possono in fin dei conti essere ricondotte, oltre che le numerose e ormai largamente conosciute soluzioni fornite dalla giurisprudenza, anche le sofisticate costruzioni dottrinali – cui pur va riconosciuto un indubbio respiro teorico - che hanno tentato di risolvere il problema della sottoposizione alla regolamentazione contrattuale collettiva del singolo lavoratore non iscritto e dissenziente (ed il cui contratto individuale non contenga ovviamente un espresso rinvio né alla fonte né allo specifico contratto collettivo) traendo ispirazione dal principio di *effettività*[162]. Ci si riferisce, in particolare, alle tesi che hanno fatto rispettivamente riferimento: 1) all'acquiescenza del singolo lavoratore (o al mancato dissenso individuale rispetto) ai prodotti della fonte collettiva (tesi talora supportata dal richiamo alle clausole di inscindibilità contenute nei contratti collettivi)[163]; 2) al mancato rifiuto del singolo di assoggettarsi (non al singolo atto, bensì) alla fonte collettiva stessa, da considerarsi come vera e propria *fonte-fatto*, di cui l'ordinamento asseconderebbe l'efficacia *tendenzialmente* generale[164]; 3) alla partecipazione del lavoratore all'elezione del soggetto negoziatore e/o alla formazione della decisione collettiva sul negozio[165]; 4) alla inclusione del lavoratore nella fattispecie sindacale di autotutela attraverso un qualsivoglia comportamento organizzatorio anche passivo o dissenziente[166]; 5) al principio della libertà sindacale di contrattazione come espressione di un potere di qualificazione, e quindi di tipizzazione della fattispecie sindacale a valenza generale (iscritti e non iscritti), alla cui definizione

---

161 Cfr. Giugni 2001, 140 s.

162 Su cui, oltre ai riff. di cui *supra*, Lunardon 1999, 161 ss., e, per quanto attiene specificamente al contratto aziendale, Lassandari 2001, 243 ss.; v. anche Vallebona 1997, 415 ss., spec. 420, dove l'a. sottolinea correttamente come il problema si ponga in termini differenti per i contratti collettivi che rimuovono i vincoli all'accesso a tipi di contratto flessibile - si pensi ad es. ai contratti richiamati dall'art. 23, l. n. 56 del 1987 e all'art. 1, l. n. 196 del 1997 - dato che è la stipula stessa del contratto individuale da parte del lavoratore ad attestarne automaticamente l'accettazione.

163 Cfr., tra i tanti e pur con una pluralità di accenti, Liebman 1993, 266 (ma cfr. già Id. 1986, 158 ss.); Prosperetti G. 1989, 186 ss.; Tosi P. 1985, 374 ss. (e poi Id. 1988, 479).

164 Proia 1994, 192 ss.

165 Cfr., ad esempio, Caruso 1992, 242 ss. e 259 ss.

166 Scarpelli 1993, 223 ss., spec. 234 ss.

il singolo può anche non partecipare (libertà negativa), ma dalle cui 'conseguenze' non può sottrarsi, così come ad esse ha diritto di accedere[167]; 6) alla efficacia generale del contratto collettivo aziendale misurabile *ex post* attraverso la verifica del se «il regolamento contenuto sia in grado di aggregare consenso, in termini adeguati, da parte dei singoli prestatori, ovverosia di provocare forme di dissenso in misura definita 'tollerabile'»[168].

A parte il fatto che alcune di queste soluzioni – ci si riferisce in particolare a quelle dottrinali che prescindono addirittura dalla ricostruzione di una condivisione (anche implicitamente) volontaristica dell'atto o dell'attività da parte dei soggetti interessati – sono rimaste relegate ad una dimensione prevalentemente teorica, prive in generale di riscontro pratico applicativo, va detto per il resto che anche le altre si sono sempre rivelate di estrema accidentalità. Queste ultime, infatti, hanno avuto la funzione di *soccorrere* l'interprete (quasi a mo' di stampella…) nei suoi tentativi di risolvere un problema nevralgico per gli equilibri del sistema (quello, appunto, dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo), il quale necessiterebbe (ormai) di ben più stabile sostegno[169]; ma proprio per la loro natura di meri *escamotages*, è risultata assai frequente, ed anzi normalmente ricorrente, l'estrema difficoltà di invocarne l'ausilio nelle concrete situazioni sottoposte al vaglio del magistrato.

In considerazione di ciò, non ci si può certo nascondere che la tesi qui accolta e difesa potrebbe comportare conseguenze applicative talora poco funzionali, rendendo difficoltosa l'attività organizzativa datoriale, soprattutto quando siano in ballo profili gestionali che non possono essere, o possono esserlo solo difficilmente, oggetto di differenziazioni regolative individualizzate. Si può comprendere dunque perché una parte della dottrina ha tentato di spostare la questione sul piano, per così dire, della '*giuridica necessità*' dell'efficacia generale. Quest'ultima, infatti, deriverebbe dalla (presupposta) indivisibilità della materia trattata e/o degli interessi in campo (e dunque sia di quelli collettivi sia, sostanzialmente, di quello datoriale), la quale, ricorrendo nella gran parte delle vicende gestionali, richiederebbe necessariamente un'uniformità di regole[170]; e tra tali materie, data la prospettiva adottata, non c'è dubbio che si potrebbe ricondurre la gestione dell'orario di lavoro[171].

In realtà, va preliminarmente segnalato che questa costruzione, che potremmo, appunto, definire della 'efficacia generale necessitata' - dall'indivisibilità della materia e/o degli interessi - del contratto collettivo, prescinde, a ben vedere, dal rinvio legale e dalla derogabilità da esso consentita: se il principio fondante di detta efficacia generale è costituito dall'indivisibilità della materia o dell'interesse (collettivo, dei lavoratori, ovvero produttivo-imprenditoriale), dovrebbe dedursi

---

[167] Pedrazzoli, 388 ss. e 581 ss.

[168] Lassandari 2001, 340.

[169] Come dice Rusciano 2003, 251, esse sono «utili più per una soluzione del singolo caso, che per una solida ricostruzione, teorico-sistematica, della contrattazione e della rappresentanza sindacale». Si tratta, insomma, di soluzioni che «tradiscono il loro carattere contingente di strumenti diretti a tamponare "falle" concettuali che postulerebbero approcci di ben altro respiro» (De Luca Tamajo 1985, 35).

[170] Tra i più recenti, Persiani 1999, 811 ss. (nonché Id. 2004, 12, nt. 40); Liso 1998a, 260; Zoli 2002, 308; Proia 2002, 137. Sulla questione v. altresì, anche per ulteriori rinvii, l'ampia trattazione di Lunardon 1999, 236 ss.

[171] V., infatti, Tremolada 2003, 24 s., che utilizza l'argomento a sostegno della tesi secondo cui il d.lgs. n. 66, pur operando rinvii a contratti collettivi dotati di efficacia *erga omnes*, non violerebbe l'art. 39 Cost. Cfr. anche Simonato 2003, 83.

che esso operi anche al di fuori delle ipotesi di rinvio legale[172].

Ciò premesso, in risposta a quella tesi si deve anzitutto sottolineare come sulla stessa sussistenza di materie indivisibili per l'ordinamento siano state invero avanzate, da lungo tempo, perplessità[173]. Ed al riguardo, a parte comunque il fatto che, «su di un piano rigorosamente formale, […] quello dell'indivisibilità è concetto descrittivo di fenomeni irrilevanti per il diritto, laddove non sia quest'ultimo a procedere ad una qualificazione di tal segno»[174], è da considerare che il riconoscimento sul piano fattuale, prima ancora che su quello giuridico, di questa caratteristica risulta comunque problematico, data la frequente aspirazione a spacciare per indivisibili materie e interessi ad indiscutibile caratterizzazione individuale solo per ragioni di opportunità[175].

Ma, al di là di queste ultime considerazioni, si deve rilevare che - pur se si volesse ammettere la giuridica rilevanza di una siffatta indivisibilità - l'efficacia generale del contratto di diritto comune sarebbe *sempre* e *comunque* preclusa dalla presenza dell'art. 39, co. 4° (nonché co. 1°), Cost. Insomma, a voler ragionare in coerenza con il testo costituzionale (nella lettura datane sin dall'origine dal Giudice delle leggi), la diretta efficacia *erga omnes* di un contratto collettivo di diritto comune non può farsi derivare in via diretta nemmeno dalla trattazione di materie/interessi indivisibili; piuttosto - argomentando in senso inverso e partendo, com'è imprescindibile, dal vincolo costituzionale - si deve rinvenire in ciò conferma dell'impossibilità di fronteggiare, in presenza dell'inevitabile ricorso allo schema privatistico, le amplificazioni funzionali del contratto collettivo che un 'pretenzioso' legislatore ha inteso promuovere e/o assecondare in mancanza di *attuazione* della seconda parte dell'art. 39 Cost. (la quale soltanto - come si è più volte rilevato - è stata invece ritenuta dal Costituente sopportabile nel sistema di libertà delineato dal primo comma della disposizione[176]). Di modo che, a fronte di un'*effettiva* indivisibilità della materia e/o dell'interesse, il contratto collettivo (una volta constatata - secondo i canoni precedentemente indicati - la sua vincolatività *a latere datoris*) se, da un lato, sarà inevitabilmente esposto al dissenso del lavoratore non aderente all'organizzazione stipulante (salvo, ovviamente, che nel caso concrete non possano 'soccorrere' gli *escamotages* di cui si è sopra detto), dall'altro lato, proprio per effetto di siffatto dissenso, rischierà di non essere *praticamente* applicato nemmeno ai lavoratori aderenti.

8. I rinvii del d.lgs. n. 66 alla contrattazione collettiva in funzione di limitazione dei poteri datoriali. Procedimentalizzazione ed efficacia soggettiva del contratto collettivo

Nel d.lgs. n. 66 vi sono altri rinvii alla contrattazione collettiva che presentano caratteristiche in parte differenti dai due tipi fin qui esaminati.

---

[172] Cfr. Lunardon 1999, 236 s.; Tremolada 2000, 31. Ed in effetti, l'invocazione dell'indivisibilità per giustificare la vincolatività *erga omnes* del contratto aziendale è stata in passato utilizzata dalla giurisprudenza anche in mancanza di rinvio legale (cfr., tra le tante, Cass. 5 febbraio 1993, n. 1438, RIDL, 1994, II, 61, con nota critica di Nogler).

[173] Caruso 1992, 173 s.

[174] Lassandari 2001, 308 ed ivi riff. in nt. 29; ma v. già Grandi 1985, 441 e, nella prospettiva della 'gestione accorpata' dei rapporti di lavoro, Dell'Olio 1980, 109 ss., spec. 123 ss.

[175] Opinione, questa, in fin dei conti condivisa anche da Liso 1998a, 260 s.

[176] Cfr. già, peraltro, Mancini 1963, 577 ss. (il quale, segnalando i sacrifici che l'*erga omnes* impone al soggetto collettivo, aveva, come noto, mosso dure critiche nei confronti dell'opzione complessiva del Costituente).

Ci si riferisce, anzitutto, ai rinvii che prevedono la possibilità per i contratti collettivi di intervenire a limitare - nell'*an*, nel *quantum* o nel *quomodo* - poteri datoriali che altrimenti, in mancanza di contratto, sarebbero esercitabili dal datore stesso senza limiti o, al massimo, nel rispetto di altri limiti e condizioni previsti dalla legge[177]. Tali contratti, è bene precisarlo, sulla base del rinvio legislativo possono assolvere al compito: di fissare regole di carattere generale, sia sostanziali che procedurali (ad es., obbligo di consultazione o contrattazione sindacale), per l'esercizio del potere datoriale, di modo che, a partire da quel momento, esso dovrà essere necessariamente esercitato nel rispetto delle medesime regole (salvo poi, nel caso di regole procedurali, verificare - alla luce del concreto contenuto della previsione negoziale - l'efficacia solo obbligatoria o anche normativa delle relative clausole[178]); di intervenire a regolare, in attuazione di procedure fissate in precedenti accordi, il concreto esercizio di quel potere nei singoli casi, ovvero ancora di intervenire direttamente (ipotesi invero assai meno frequente) a regolare l'esercizio del potere stesso nel concreto caso di specie (in questi ultimi due casi non si potrà evidentemente configurare un'efficacia obbligatoria).

A quest'ultimo riguardo, per maggiore chiarezza, si deve sottolineare che nell'ambito di questo gruppo di rinvii intendiamo collocare quelli in cui l'intervento del contratto collettivo sia previsto come *ulteriormente* vincolativo rispetto ai limiti e condizioni previsti dalla legge; laddove, qualora al contratto collettivo fosse consentito di (eliminare, ma soprattutto) modificare (e quindi sostituire) limiti e condizioni legali, si rientrerebbe nella categoria dei rinvii del secondo tipo, cioè di quelli che abbiamo definito come aventi funzione derogatoria, di tipo 'deregolativo' e 'regolativo', o 'quasi-derogatoria'. In tal senso si possono, dunque, qui confermare le perplessità da varie parti sollevate[179] nei confronti della nota sentenza della Corte costituzionale n. 268 del 1994, relativa all'art. 5, co. 1°, l. n. 223 del 1991 - in tema di collocamento in mobilità dei lavoratori - in base alla quale, com'è noto, l'accordo con il quale vengono individuati criteri di scelta diversi da quelli definiti dalla stessa disposizione, apparterrebbe alla categoria degli 'accordi gestionali', i quali, a differenza di quelli 'normativi', sarebbero in grado di esprimere la loro efficacia sul contenuto del regolamento negoziale individuale attraverso una diretta incidenza sui poteri del datore di lavoro. Su quest'ultimo aspetto si tornerà tra breve; qui, invece, sia consentito per il momento sottolineare solo che, per quanto sopra argomentato, il rinvio di cui al predetto art. 5, co. 1°, va invece più correttamente inteso come rinvio alla contrattazione collettiva per l'esercizio di una funzione derogatoria (di tipo regolativo) della norma legale[180].

I rinvii del d.lgs. n. 66 appartenenti alla tipologia di cui ora ci si occupa sono quelli contenuti:

- nell'art. 5, co. 2° (nella misura in cui le «modalità di esecuzione delle prestazioni di lavoro straordinario» siano intese, come pare corretto, dato il tono letterale della disposizione, come tali, e dunque come condizioni contrattuali che rendono più gravoso il potere del datore di lavoro di

---

[177] La definizione del cui contenuto, tra l'altro, può, a sua volta, essere oggetto di un (diverso tipo di) rinvio legale in funzione integrativa o specificativa: v. par. seguente.

[178] V. da ultimo, su questo profilo, Mastinu 2002, 244 ss. Sul punto v. anche *infra*.

[179] Carabelli 2002, 357 ss. (ed *ivi* ulteriori riferimenti); da ultimo Natullo 2004, 54 ss.

[180] Anche se, poi, sembrerebbe potersi rinvenire nella stessa norma un limite *esterno* cui la contrattazione collettiva deve comunque sottostare nell'operare il suo intervento derogatorio (ancora Carabelli 2002); ma anche su questo profilo, attinente al rilievo dei limiti esterni, si tornerà tra breve.

ricorrere allo straordinario - da esercitarsi comunque nell'ambito dei limiti di cui agli artt. 4 e 7, nonché di quelli derivanti dallo stesso art. 5, co. 3°, 4° e 5°);

- nell'art. 11, co. 2° (ferma restando la facoltà, ormai riconosciuta al datore di lavoro, di richiedere lavoro notturno, la previsione da parte dei contratti collettivi di requisiti soggettivi in presenza dei quali i lavoratori non possono esservi adibiti costituisce un intervento limitativo di un potere datoriale altrimenti non vincolato dalla legge, salvo che nei casi già previsti dal medesimo art. 11, co. 2°);

- nell'art. 12, co. 1° (infatti, posto che i contratti possono stabilire criteri e modalità con cui deve svolgersi la consultazione con le r.s.a. o con le organizzazioni territoriali dei lavoratori, essi sono in grado di imporre 'complicazioni' all'esercizio di un potere del datore, seppure questo parrebbe già vincolato ad effettuare comunque detta consultazione).

- dall'art. 14, co. 4° (dove, stabilendosi che la contrattazione collettiva possa «prevedere modalità e specifiche misure di prevenzione relativamente alle prestazioni di lavoro notturno di particolari categorie di lavoratori», quali i sieropositivi e i tossicodipendenti, si pongono le basi per un'ulteriore limitazione del potere datoriale);

- nell'art. 15, co. 2°, seconda parte (ove si prevede che in caso di sopraggiunta inidoneità del lavoratore al lavoro notturno e di inesistenza o indisponibilità di mansioni diurne equivalenti cui adibirlo - ipotesi nelle quali vi sarebbe spazio per l'esercizio del potere di recesso - la contrattazione collettiva possa individuare concrete «soluzioni» alternative).

Orbene, va subito detto che rispetto a questo tipo di rinvii possono essere riproposte, a ben vedere, le considerazioni sviluppate in relazione alla prima tipologia di contratti oggetto di rinvio legale di cui ci si è occupati in precedenza e che si è avuto modo di qualificare come 'impropri' . I contratti di cui si discute condividono, infatti, con quelli del *primo* tipo il fatto di investire profili di regolazione che il contratto collettivo può disciplinare anche in assenza di rinvio legale. Essi, d'altro canto, sono volti a tutelare l'interesse collettivo al controllo e alla limitazione dell'esercizio dei poteri datoriali e - anche se in senso lato - possono essere considerati migliorativi delle posizioni del lavoratore, sia quando essi fissino limiti di carattere sostanziale ai predetti poteri (come ad es. nel caso di cui all'art. 11, co. 2°, d.lgs. n. 66), sia quando le loro clausole prevedano, quali 'complicazioni' dell'esercizio di tali poteri, vincoli di tipo soltanto procedurale (di solito al fine di assicurare il coinvolgimento del sindacato in processi gestionali). Pure questi ultimi vincoli, infatti, rispondono comunque ad una logica di tutela *anche* del singolo prestatore di lavoro, dato che (a prescindere dal concreto risultato finale) assicurano al lavoratore il filtro dell'intervento collettivo nell'esercizio di un potere che altrimenti il datore di lavoro potrebbe egualmente esercitare senza limiti (cfr. *infra*).

Proprio per la loro caratterizzazione, dunque, si può sostenere che anche questi rinvii risultano sostanzialmente superflui, non potendosi dubitare che la previsione contrattuale di clausole volte a porre limiti a poteri datoriali, altrimenti in grado di esplicarsi in piena libertà (o, come detto, nel rispetto dei soli vincoli di legge), rientri tra le funzioni che la contrattazione collettiva – da qualunque soggetto sindacale essa sia svolta - è in grado di esercitare in forza della libertà sindacale (positiva) sancita dall'art. 39, co. 1°, Cost. Pure in questo caso, insomma, il rinvio legale non toglie né aggiunge alcunché a quanto qualsiasi contratto collettivo di diritto comune già potrebbe fare di per sé stesso; tanto meno a tale rinvio potrebbe attribuirsi la funzione e/o l'effetto di estendere

erga omnes le clausole contrattuali, per le medesime ragioni ostative evidenziate in precedenza in relazione ai rinvii aventi ad oggetto i contratti collettivi di contenuto migliorativo.

Ciò detto, va poi notato che risulterebbe altresì del tutto inutile richiamare, nei confronti di questo tipo di rinvii e dei contratti da essi previsti, le tesi, sopra ricordate, che giungono per diversa via ad affermare l'efficacia *erga omnes* di contratti collettivi con funzione derogatoria, dal momento che, evidentemente, anche in questo contesto andrebbero riproposte le considerazioni critiche là sviluppate (ivi comprese quelle relative alla pretesa natura non normativa di questi contratti, ma su questo aspetto specifico si v. *infra*).

Se, peraltro, queste obiezioni sono vere, rimane allora intatto il problema dei limiti soggettivi entro cui può operare la norma del contratto collettivo stipulato in funzione dei rinvii di cui qui si ragiona; ed esso, a prima vista, sembrerebbe non poter essere risolto che sulla base delle tecniche del diritto privato, nonché, eventualmente, degli *escamotages* con cui dottrina e giurisprudenza hanno in passato esteso l'efficacia soggettiva del contratto dal lato tanto dei datori che dei prestatori di lavoro, cui si è fatto riferimento in precedenza.

In realtà, va ricordato che nei confronti di siffatti contratti collettivi è stata suggerita una specifica lettura che trae spunto dalla nota costruzione della procedimentalizzazione dei poteri dell'imprenditore[181]. Si è infatti sostenuto che i contratti volti a delimitare, sul piano tanto *sostanziale* che *procedurale*, il potere del datore di lavoro, sarebbero di carattere gestionale e per essi non si porrebbe in realtà nessun problema di efficacia né *normativa* né *generale*, in quanto - una volta accertatane l'applicabilità al datore di lavoro - la regolazione contrattuale inciderebbe sul contratto o sul rapporto di lavoro non *iure proprio*, bensì indirettamente, in via mediata, proprio per via del potere datoriale, 'inevitabilmente' destinato a esplicarsi *erga omnes* in ragione della sua *inscindibilità*[182]. Come precisato con parole molto efficaci, «a causa dell'asimmetria degli assetti della rappresentanza tra le parti, si crea in questo caso un'illusione ottica. Sembra che sia il riconoscimento legale degli accordi aziendali, laddove è previsto, a determinare l'applicazione generalizzata al gruppo dei lavoratori, che è invece un effetto naturale della posizione monopolistica della parte datoriale nella contrattazione»[183].

Anche questa tesi, per quanto fatta propria - in verità senza grande convinzione, e con riferimento, come accennato, ad una fattispecie di rinvio a contratto collettivo non equiparabile a quelle di cui si discute in questa sede - dalla Corte costituzionale (sentenza n. 268/1994, cit.), propone, ad avviso di chi scrive, una lettura non del tutto sufficiente ad evitare i dubbi di contrasto con il dettato costituzionale, salvo a correggerla nel senso che si preciserà più avanti.

Anzitutto, non appare fondato, neppure riguardo a tali accordi, affermare che essi non hanno una propria funzione normativa (cfr. anche *supra*). Come ben precisato da un autore, «alla previsione, in termini astratti e generali, di limiti ad un potere unilaterale del datore di lavoro, fa necessariamente riscontro, se considerata nella logica del rapporto, il diritto del lavoratore a che quei limiti

---

[181] Liso 1982, 113 s. e già Romagnoli 1977, 1049.

[182] Liso 1998, 260. Cfr. anche Persiani 1999, 811 («a ragione della inscindibilità del potere organizzativo»).

[183] D'Antona 1999, 318.

siano rispettati»[184]; altrimenti, si potrebbe aggiungere, dovrebbe giungersi a sostenere che l'obbligo datoriale opererebbe nei soli confronti dei soggetti sindacali stipulanti, a mo' di vincolo contenuto in una clausola ad efficacia meramente obbligatoria[185]; il che può anche ricorrere nella concreta fattispecie regolativa, ma in tal caso, evidentemente, non si porrebbe alcun problema di efficacia soggettiva dal lato dei lavoratori.

In secondo luogo, non si può, al fine di assicurare l'efficacia generale del vincolo imposto contrattualmente sul potere datoriale, invocare l'inscindibilità del potere organizzativo: questa argomentazione è del tutto rapportabile a quella, ricordata in precedenza, riguardante l'indivisibilità della materia e degli interessi; ad essa, pertanto, non possono che essere opposte le stesse obiezioni avanzate in quella sede, confermando che «l'esigenza intrinseca di una disciplina unitaria, determinata dal coinvolgimento dei problemi di organizzazione del lavoro, non può creare da sé le condizioni di efficacia dell'atto»[186]. E d'altronde, anche chi in dottrina, ha lavorato con particolare impegno in questa direzione con riferimento al contratto aziendale, non può fare a meno di argomentare che «più che l'impossibile scindibilità materiale della regolamentazione collettiva, deve […] essere sottolineata la necessaria correlazione tra generale efficacia del contratto e funzionamento dell'organizzazione del lavoro in azienda»[187]; così, opportunamente, esponendo un reale bisogno dell'impresa, ma non prospettando alcuna ragione giuridica aggiuntiva in grado di resistere alle predette obiezioni fondate sull'assetto costituzionale vigente[188].

Ciò posto, ad avviso di chi scrive si può tuttavia sostenere che, a fronte di contratti di questo tipo - dei quali non può dunque essere messa in dubbio la tradizionale natura di contratti di diritto comune - una volta che se ne riconosca l'applicabilità al datore di lavoro (il che, si badi bene, va da sé nel caso di contratti aziendali), il lavoratore non iscritto non potrebbe sottrarsi all'esercizio del potere secondo le modalità e/o i limiti definiti dal contratto, in quanto tali modalità e limiti possono comunque essere configurati come legittimi modi di esercizio del potere stesso che derivano da una 'scelta' del datore di lavoro tra quelle astrattamente praticabili. In altre parole, il fatto che il datore abbia effettuato questa scelta impegnandosi contrattualmente nei confronti del sindacato e/o dei suoi iscritti a rispettare certe modalità e/o limiti, non altera l'originario fondamento unilaterale del potere esercitato nei confronti di tutti i lavoratori, di modo che, nei confronti dei lavoratori non iscritti, il contratto risulterà un mero elemento 'interno' al processo decisionale datoriale, onde a rigore di termini non si pone neppure, nei loro confronti, un problema di efficacia soggettiva del contratto collettivo, ma di mera soggezione dei medesimi ad un esercizio legittimo del potere datoriale[189].

Per contro, vista la questione dal lato dei lavoratori - e tralasciando il problema del se la clausola contrattuale abbia o meno una natura *anche* o *solo* obbligatoria (nel senso che definisca vincoli

---

184 Persiani 1999, 808; v. anche Bellocchi 1998, 196; Proia 2002, 125 s.

185 Cfr. ancora Bellocchi 1998, 197; ma su questa specifica funzione regolativa del contratto collettivo cfr., da ultimo, Mastinu 2002, spec. 121 ss.; Corso 2003, spec. 21 ss.

186 Bellocchi 1998, 194.

187 Lassandari 2001, 309.

188 Del che pare in fin dei conti consapevole lo stesso studioso: cfr. Lassandari 2001, 337 ss.

189 Cfr. anche Bellocchi 1998, 202.

anche o solo tra le parti stipulanti), o comunque se il suo mancato rispetto possa rilevare pure come comportamento antisindacale - mentre per gli iscritti ai sindacati stipulanti vi sarà la possibilità di invocare il rispetto, nei loro confronti, degli obblighi contrattuali (e cioè che il potere sia esercitato secondo le modalità e/o entro i limiti convenuti dal contratto), ciò non sarà possibile per il lavoratore non iscritto, a meno che non soccorrano nei suoi confronti gli *escamotages* cui ci si è più volte riferiti[190]. Anche se va detto che la possibilità che il datore vincolato dal contratto rifiuti di esercitare il potere nei confronti del singolo lavoratore non iscritto secondo le modalità e/o i limiti contrattuali appare davvero marginale e probabilmente relegabile al limite tra gli strumenti di difesa processuale utilizzabili *ex post* dal medesimo datore di lavoro in caso di sua violazione dei predetti vincoli contrattuali nei confronti dello stesso lavoratore.

In conclusione, pure la tesi che si ispira alla teoria della procedimentalizzazione si presenta come un ennesimo tentativo di suggerire un percorso logico che, procedendo dalla (supposta o effettiva) 'inevitabile' destinazione *erga omnes* del potere datoriale, ne fa derivare sul piano giuridico un'efficacia generale, per così dire, *necessitata* degli accordi di cui si tratta, dimenticando quanto affermato dalla Corte costituzionale circa l'impraticabilità di un percorso verso *l'erga omnes* alternativo a quello indicato dall'art. 39, co. 4°: al di là del diritto privato e del ricorso eventuale a strumenti di estensione compatibili con esso non c'è, insomma, che la violazione della norma costituzionale[191].

Quanto argomentato rende indubbiamente 'fragile' sul piano dell'efficacia giuridica, e quindi anche su quello dell'*effettività*, l'impegno della contrattazione collettiva verso una uniforme delimitazione dei poteri imprenditoriali (si tenga conto, tra l'altro, che nei casi in questione, soprattutto ove si tratti di contratti collettivi extra-aziendali, la legge non sviluppa nemmeno una diretta spinta promozionale, non essendo in gioco dei vantaggi ma piuttosto dei condizionamenti per il datore di lavoro). E dunque questa lettura, rigorosamente ancorata al dato costituzionale quale precisato sin dall'origine dal Giudice delle leggi (senza che alcuna smentita sia ricavabile dalla sua successiva giurisprudenza, comunque fondata sul presupposto della piena validità di quanto asserito nella prima pronuncia, anche quando, muovendo da essa, ha cercato di rinvenire *escamotages* per aggirarne i rigori)[192], attesta, ancora una volta, il prezzo ormai molto alto pagato dal sistema, a causa della mancata attuazione del progetto trasfuso nell'art. 39 Cost.

9. I rinvii del d.lgs. n. 66 alla contrattazione collettiva in funzione di integrazione o specificazione di norme legali

Infine, un ulteriore tipo di rinvii presente nel d.lgs. n. 66 è riconducibile a quella categoria di rinvii legislativi che attribuiscono al contratto collettivo il compito di colmare uno spazio lasciato vuoto (o semi-vuoto…) dalla norma di legge, e più precisamente di *integrare* la (e quindi dare contenuto alla) norma (quanto ad es. a nozioni, quantità, etc.); ovvero di *specificare* (e quindi esplicitare) limiti o condizioni che la legge stessa individua in generale, ma dei quali non detta gli (o, quanto

---

[190] Cfr. comunque, in particolare, Persiani 1999, 811 (con specifico riferimento, oltre che alla inscindibilità del potere organizzativo, alla necessità di evitare «discriminazioni per ragioni sindacali»).

[191] Cfr. Bellocchi 1998, 200.

[192] V. *supra*, nt. 62.

meno, alcuni degli) elementi connotativi[193]. E ciò, evidentemente, potrebbe riguardare un qualsivoglia profilo inerente ai rapporti di lavoro nonché, tra l'altro, un aspetto del potere datoriale, posto che la norma di rinvio potrebbe anche affidare alla contrattazione collettiva il compito di intervenire in funzione integrativa o specificativa di una regola legale dettata per disciplinare l'esercizio di quel potere[194].

Si pensi, ad esempio, alle clausole dei contratti collettivi che, sulla base del rinvio di cui all'art. 49, co. 3° del d.lgs. n. 276/2003, stabiliscono (nel rispetto dei limiti minimi e massimi da esso stesso fissati) la durata del contratto di apprendistato professionalizzante in ragione del tipo di qualificazione da conseguire; oppure a quelle che, in attuazione dell'art. 52, co. 1°, d.lgs. n. 165/2001, definiscono il concetto di equivalenza delle mansioni da valere per i lavoratori del settore pubblico; ovvero, ancora, a quelle degli accordi in cui vengono individuate le prestazioni indispensabili (nonché le procedure di raffreddamento e di conciliazione) in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali ai sensi dell'art. 2, co. 2°, l. n. 146/1990 (come modificata dall'art. 1, l. n. 83/2000)[195].

A questo tipo di rinvii possono essere ricondotti, nell'ambito del d.lgs. n. 66, quelli che sono previsti:

- dall'art. 1, co. 2°, lett. *e)*, n. 2 (il quale attribuisce alla contrattazione collettiva una funzione integrativa della legge ai fini della individuazione della nozione di lavoratore notturno);

- dall'art. 4, co. 5° (il quale, vincolando comunque il datore di lavoro a comunicare alla DPL - Settore ispezione del lavoro il superamento, con lavoro straordinario, delle 48 ore di lavoro settimanale, stabilisce che la contrattazione collettiva possa determinare «le modalità per adempiere al predetto obbligo di comunicazione»);

- dall'art. 8, co. 1° (in materia di determinazione delle modalità di godimento delle pause, posto che il contratto collettivo potrebbe anche evitare di fissare una «durata» della pausa *diversa*, in meglio o in peggio, rispetto a quella legale definita dal co. 2°, e limitarsi a stabilire le modalità di godimento di quest'ultima);

- dall'art. 14, co. 1° (secondo il quale ai contratti collettivi, oltre che alla legge, è affidato il compito di fissare disposizioni in tema di «controlli preventivi e periodici adeguati al rischio cui il lavoratore è esposto» nel caso di lavoro notturno);

- dall'art. 15, co. 2°, prima parte (che chiama la contrattazione collettiva a definire le modalità di applicazione della norma di cui allo stesso art. 15, co. 1°, relativa alla sopraggiunta inidoneità del

---

[193] Cfr., per l'individuazione di questo tipo di rinvii nel d.lgs. n. 276, Carinci F. 2004a, LIV ss.; v. anche già, in generale, Liso 1998, 268 ss. e Vallebona 1997, 409 ss.

[194] V. *supra*, nt. 177.

[195] Una diversa fattispecie è quella ricavabile dalla norma secondo la quale le clausole dei contratti collettivi che definiscono la retribuzione dovuta rappresentano altresì la retribuzione minimale da prendere a calcolo nella determinazione della base imponibile ai fini della contribuzione previdenziale (art. 1, co. 1°, d.l. 338/1989, conv. dalla l. n. 389/1989, poi oggetto di interpretazione autentica ad opera dell'art. 2, co. 25°, l. n. 549/1995). Infatti, mentre negli esempi fatti in testo il contratto, in quanto atto di autonomia, integra o specifica il contenuto della norma legale, in quest'ultimo caso, invece, la legge assume il contenuto della norma contrattuale come un mero dato della realtà effettuale: in altre parole, vista la questione da altra prospettiva, le parti collettive determinano negozialmente la retribuzione in quanto prestazione corrispettiva e non per fissare la base imponibile della contribuzione previdenziale. Il che, come è ormai opinione dominante, vale ad escludere che si pongano problemi di conflitto con l'art. 39 Cost. (cfr., per tutti, Vallebona 1997, 409 s.; Persiani 1999, 800, nt. 17).

lavoratore al lavoro notturno ed alle sue conseguenze).

9.1. Il problema della funzionalizzazione della contrattazione collettiva da parte della legge

Orbene, ragionando su di un piano generale, occorre preliminarmente segnalare che anche il singolo, concreto rinvio riconducibile alla tipologia qui trattata parrebbe porre in realtà delicati interrogativi circa la correlazione tra la norma legale e l'autonomia collettiva, sollevando, ancora una volta, sospetti di *funzionalizzazione* della seconda al perseguimento degli obiettivi voluti dalla prima e, dunque, di contrasto della stessa norma di rinvio con il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, co. 1°, Cost.

A questo riguardo si è già segnalato in precedenza che il sospetto appena descritto può sorgere anche per i rinvii a contratti collettivi con funzioni derogatorie (regolative e deregolative) e quasi-derogatorie; ed in proposito si è già osservato come, secondo autorevole dottrina, dovrebbe escludersi la ricorrenza di un fenomeno di funzionalizzazione, poiché la norma legale di rinvio, lasciando l'attività contrattuale libera nell'*an* (cioè in relazione al se intervenire o meno nella materia oggetto di rinvio) e nei *fini* (nel senso della piena libertà per le parti di perseguire finalità proprie nella determinazione delle concrete fattispecie per le quali viene attivato l'effetto derogatorio consentito dalla norma di rinvio), si limita a fare proprie le scelte effettuate da quest'ultima, riconducendo ad esse gli effetti tipici dell'atto privatistico (*inter partes*), arricchiti del valore derogatorio consentito dal rinvio.

Ma allora, se così è, *quid juris* per le norme legali di rinvio alla contrattazione collettiva con funzione integrativa o specificativa qui trattate? Se, infatti, in tutti gli esempi sopra richiamati (ed in genere in quelli deducibili dall'esperienza concreta), i soggetti collettivi restano certamente liberi di intervenire o meno a regolamentare la materia oggetto di rinvio (non grava su di loro alcun obbligo giuridico di svolgere la predetta funzione specificativa per via negoziale, tanto meno entro limiti di tempo predeterminati: libertà nell'*an*, nonché nel *quando*)[196], dal punto di vista del contenuto, e dunque, sostanzialmente, dei *fini* dell'attività contrattuale, la questione appare più complessa. Su questo piano, infatti, la norma di rinvio, per il modo stesso in cui è strutturata in questi casi, parrebbe talora implicare davvero un asservimento della contrattazione collettiva - ed anzi, più specificamente, del singolo contratto collettivo, se non, addirittura, di una sua clausola - al soddisfacimento dell'obiettivo legale volta a volta coinvolto, nel senso che quest'ultimo sembrerebbe costituire un limite *interno* all'operare della stessa contrattazione, e cioè un *fine* cui essa dovrebbe direttamente mirare (di modo che tale fine risulterebbe precostituito per le stesse parti collettive, in violazione della loro libertà negoziale).

Al riguardo, un autore, ragionando con specifico riferimento alla definizione per via negoziale delle prestazioni minime nel caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali, ha cercato di rinvenire, nell'attività di contrattazione relativa alla materia oggetto del rinvio, interessi propri delle parti collettive, oggettivamente tipizzabili, la cui presenza possa consentire di affermare il perseguimento di fini autonomamente e liberamente determinati. Ciò, evidentemente, al fine di escludere che la norma di legge in questione (art. 2, co. 2°, l. n. 146/1990) abbia attuato una funzionalizzazione dell'attività contrattuale[197].

---

[196] Cfr. Persiani 1999, 810.

[197] Cfr. Proia 2002, 121, il quale rinviene l'interesse delle parti contrapposte nell'estensione e, reciprocamente, nel contenimento al minimo essenziale dell'oggetto delle prestazioni indispensabili.

In realtà, ad avviso di chi scrive, questo tipo di verifica, astrattamente necessaria, deve ritenersi assorbita dall'accertamento della libertà di accesso delle parti all'attività negoziale in esame. Una volta che si sia assodato che la legge lascia loro la piena facoltà di attivare o meno una contrattazione avente ad oggetto la materia di rinvio (indispensabile postulato primario della libertà sindacale), si deve pure riconoscere che, in tal caso, non potrà mai negarsi la sussistenza di interessi negoziali propri delle parti collettive (anche se, *di fatto*, assai frequentemente essi potrebbero risultare in tutto o in parte sovrapponibili con i fini perseguiti dalla legge: si pensi all'interesse all'occupazione). In quanto soggetti/agenti privati che agiscono in regime di libertà, l'attivazione del loro impegno negoziale non pare, infatti, giustificabile se non alla luce di siffatti autonomi interessi, di fatto implicitamente deducibili dal loro comportamento volontario. Se ciò è vero, peraltro, può dedursi che il fine della norma legale di rinvio non deve *essere concepito* come limite interno all'attività negoziale delle parti sociali, dato che anche ove finisse per costituire *di fatto* anche il fine di essa, lo sarebbe sempre in quanto liberamente assunto come proprio dalle parti stesse, nell'atto di accedere volontariamente alla contrattazione; esso, pertanto, potrà sempre essere ricostruito, a ben vedere, soltanto come un limite esterno all'attività di contrattazione collettiva, in quanto tale privo di rilievo funzionalistico[198].

Questa conclusione - valida, com'è ovvio, in via generale e non solo rispetto alla norma di rinvio relativa alla contrattazione collettiva in materia di prestazioni indispensabili nel caso di sciopero nei servizi essenziali - potrebbe essere riferita anche ai rinvii legali che riguardino, come nell'esempio sulle mansioni sopra effettuato, la contrattazione collettiva nel settore pubblico, almeno ove si accolga quanto sostenuto da autorevole e prevalente dottrina[199], e cioè che anche in questo settore le parti (ivi comprese le P.A.[200]) godrebbero appieno della libertà di contrattazione collettiva derivante dall'art. 39 Cost.[201], nel senso che l'art. 97 Cost. non definirebbe limiti interni alla loro *attività* contrattuale, né vincolerebbe al fine il prodotto di essa.

---

[198] Cfr. Carabelli 2002, 361 e ora Persiani 2004, 19 s. e 25. Il problema è connesso a quello, di carattere generale, relativo al rapporto tra legge e contrattazione collettiva, dal punto di vista dei 'tetti' che la prima può porre alla seconda (v. *supra*, i riferimenti operati in nt. 86); ma attiene anche al rilievo di altri interessi, diritti o principi di preminente rilevanza costituzionale, quale quello di non discriminazione.

[199] D'Antona 1997, 48 ss.; Barbieri 1997, 425 ss.; D'Orta 2000, 130 ss.; ma cfr. già Orsi Battaglini 1993, 465-467. *Contra*, Rusciano 1996, 255 ss. e Ghera E. 1996, pp. 15-20.

[200] Cfr. Corte cost. n. 359/1993, la quale afferma l'operatività del 39 Cost. come fonte dell'autonomia contrattuale anche per la P.A., con particolare riferimento alle Regioni. Dubbi, invece, sorgono ora (dopo la riforma del 1998) in merito all'incidenza dell'art. 97 sulla (formazione della) volontà negoziale di parte pubblica, data la netta distinzione tra l'atto di indirizzo preventivo dei comitati di settori (nonché il loro parere successivo) e la concreta attività negoziale riservata all'Aran (cfr. artt. 41 e 47 d.lgs. n. 165/2001): cfr. Zoppoli L. 2004, 440 s.; Delfino 2004a, 449 ss.

Da questo punto di vista, una variante importante potrebbe essere costituita dal ritenere (in tal senso sembrerebbe Zoppoli L. 1997, 266, come inteso anche da Barbieri 2000, 1238), che l'art. 97 Cost. non incida solo sui profili interni dell'attività negoziale della P.A., ma ne fondi addirittura il potere negoziale (il che fa da *pendant* alla tesi secondo cui, come si è detto precedentemente in nt. 64, il potere negoziale dei datori di lavoro deriverebbe dagli artt. 18 e 41 Cost.: conf. Barbieri, *ult. cit.*), mentre dal lato dei lavoratori rimarrebbe fermo il fondamento *ex* art. 39 Cost. Rispetto a quanto detto in testo, tale lettura comporterebbe la funzionalizzazione interna dell'intera attività negoziale della P.A., ma avrebbe il valore aggiunto di giustificare vincoli legali in capo alla P.A. tanto in ordine all'attività di contrattazione collettiva, quanto sul piano dell'efficacia generale del contratto collettivo nei confronti dei singoli dipendenti, ferma restando il loro volontario assoggettamento ad esso; ma su questo specifico aspetto si tornerà tra breve.

[201] D'Antona 1997, 50 s.

9.2. Il problema dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi con funzione integrativa o specificativa della norma legale

Tutto ciò premesso, va ora sottolineato che le considerazioni appena sviluppate, se, da un lato, escludendo la funzionalizzazione della contrattazione collettiva da parte della norma di legge, nei casi di rinvio in questione, servono ad escludere altresì, sotto questo profilo, la violazione dell'art. 39, co. 1°, Cost., nulla ci dicono in merito ai problemi dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo con funzione integrativa o specificativa.

Da questo punto di vista, tenuto conto degli esempi formulati in precedenza, conviene preliminarmente sgombrare concettualmente il campo dalla normativa sullo sciopero nei servizi essenziali, rispetto alla quale, com'è noto, si è sviluppata, in epoca più recente, una parte significativa delle analisi dottrinali in tema di efficacia generale dei contratti collettivi oggetto di rinvio, con specifico riferimento, appunto, agli accordi sulle prestazioni minime (i quali oggi devono prevedere anche procedure di raffreddamento e di conciliazione preventive). Ricordando tutte le tesi giustificatrici dell'*erga omnes* fin qui esaminate (tra cui quella della indivisibilità della materia o degli interessi[202]) nonché le critiche ad esse opposte, può solo ancora segnalarsi come nel caso di specie sia intervenuta *ad hoc* la stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 344 del 1996, la quale, con una buona dose di pragmatismo, ha utilizzato l'ennesimo (solo più autorevole…) *escamotage*, ed ha escluso, com'è noto, il contrasto dell'art. 2, co. 2°, l. n. 146 del 1990 con l'art. 39, co. 1° e 4°, Cost. Secondo la Corte, infatti, l'obbligo dei singoli lavoratori non sarebbe un effetto direttamente collegabile al contratto collettivo ad efficacia normativa, ma deriverebbe piuttosto dall'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, procedimentalizzato attraverso il contratto stesso, e (eventualmente) formalizzato nel regolamento di servizio[203]. Va detto, peraltro, che nei confronti di questa lettura possono essere, e sono state effettivamente, sollevate robuste obiezioni, tra cui quella, ad avviso di chi scrive ben fondata, secondo la quale nel caso in questione, già sulla base della disciplina vigente all'epoca della sentenza della Corte, ma a maggior ragione sulla base di quella oggi vigente - dopo le modifiche apportate sul punto dalla l. n. 83 del 2000 - non è possibile ricostruire un potere datoriale di determinazione unilaterale delle prestazioni minime che prescinda dal contratto collettivo[204], né pare negabile l'effetto normativo di tale contratto sui rapporti di lavoro[205].

A ben vedere, poi, migliore sorte non pare possa riconoscersi alla tesi di coloro che hanno tentato di aggirare l'ostacolo riconoscendo, sostanzialmente, che l'efficacia generale dell'accordo deriverebbe dal provvedimento (necessario) con cui la Commissione di garanzia lo valuta idoneo «a garantire il contemperamento dell'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati» (art. 13, co. 1°, lett. a). È fin troppo evidente la possibilità di

---

[202] V. ancora Persiani 1999, 812 s.

[203] Si tratta, a ben vedere, di una costruzione non molto dissimile da quella già presente in Corte cost. n. 268/1994 (in materia di criteri di scelta nelle eccedenze di personale), nei cui confronti chi scrive ha già manifestato le proprie critiche. E, come si dirà tra breve in testo, critiche similari possono essere prospettate anche in questo caso.

[204] V. Gragnoli 2000b, 44: Ma cfr. già Garofalo M.G. 1999, 717, Pascucci 1999, 172 ss. e, poi, Ricci M. 2001, 23 ss.; da ultimo, Loffredo 2004, 194.

[205] Vallebona 1997, 425; Persiani 1999, 808 ss., spec. 810; da ultimo Gragnoli 2000b, 41 s.

obiettare a questa lettura che essa tende ad aggirare la soluzione dell'*erga omnes* che - come ampiamente argomentato più sopra - è imposta dall'art. 39, co. 4°, Cost., secondo quanto rigorosamente precisato dalla Corte costituzionale sin dal 1962.

In realtà, a voler a tutti i costi difendere la conformità costituzionale della normativa in questione - indubbiamente dotata di particolare rilievo per l'ordinamento, anche per la difficoltà di rinvenire giusti equilibri in una materia così incandescente - parrebbe giustificabile il convincimento di chi[206] ha segnalato come l'unica via di fuga dalle strettoie del dibattito potrebbe essere rappresentata dalla scelta di 'poggiare' tanto la norma di rinvio, quanto i *peculiari* accordi collettivi che da essa traggono ispirazione, sull'art. 40 Cost., così evitando di incorrere nello sbarramento costituito dall'art. 39 Cost. Ci sembra tuttavia che - a parte la questione, anch'essa controversa, della natura della riserva di legge contenuta quella norma - sia difficile negare che il prezzo da pagare, in termini di coerenza del sistema, sarebbe troppo alto, in quanto si ammetterebbe, implicitamente, che il riconoscimento di una funzione regolativa ad efficacia generale del contratto collettivo in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali potrebbe muoversi lungo percorsi differenti da quelli indicati dal Costituente nell'art. 39.

Una seconda questione sul tappeto che va affrontata in via preliminare, sempre in funzione degli esempi sopra formulati (ma che ci consente in realtà di toccare, in questa trattazione, anche un altro dei più significativi aspetti del problema dell'*erga omnes* esploso in questi ultimi anni), è ancora quella attinente all'efficacia soggettiva dei contratti collettivi del settore pubblico, anch'essa risolta dalla Corte costituzionale con il ricorso all'*escamotage* costituito dal richiamo, da un lato, del vincolo di conformazione agli obblighi assunti con i contratti collettivi imposto al datore di lavoro pubblico (art. 40, co. 4°, d.lgs. n. 165/2001) nonché del vincolo di parità di trattamento gravante sulla pubblica amministrazione (art. 45, co. 2°) e, dall'altro, del vincolo di rispettare la regolamentazione collettiva, gravante sul singolo (oltre che sull'amministrazione) per effetto del richiamo, contenuto nel contratto individuale, alla fonte collettiva (Corte cost. n. 309/1997)[207]. Una risposta, questa, suffragata da attenta dottrina[208], ma a dir poco esposta alle intemperie degli avvenimenti fattuali.

È notoria, infatti, l'esistenza di situazioni in cui il contratto individuale non è stato stipulato in forma scritta (e dunque non risulta una formale accettazione da parte del lavoratore della sottoposizione del rapporto alla disciplina collettiva) ovvero, pur essendolo, non contiene una clausola di rinvio al contratto collettivo; ed in tali casi non potrebbe affatto essere esclusa l'eventualità che il lavoratore rifiuti l'applicazione di clausole sgradite, quali ad esempio, riprendendo il discorso da cui si è partiti, quelle riguardanti l'equivalenza contrattuale delle mansioni. Evidentemente, partendo dall'obbligo dell'amministrazione di applicare il contratto collettivo in ottemperanza ai predetti principi di conformazione alla disciplina collettiva e di parità di trattamento, ed

---

[206] Bellocchi 1998, 223 ss.; Gragnoli 2000b, 44 s. Ma cfr. anche Giugni 2001, 248 ss. e già Pascucci 1999, 148 ss.

[207] Dal che non si comprende perché, più di recente, la Corte - invero quasi incidentalmente e comunque senza alcun approfondimento, ma limitandosi sostanzialmente a sintetizzare quanto affermato dal giudice remittente - abbia dato per scontato, quasi *voce dal sen fuggita*, l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo nel lavoro pubblico (Corte cost. n. 199/2003, su cui v. le annotazioni fortemente critiche di Borghesi 2003, 901 e di Barbieri 2004, 127, nonché il commento, di diverso segno, di Zoppoli L. 2003, 464 ss.).

[208] Liso 1998b, 218 ss.; Barbieri 1998, 151 ss. Da ultimo, Viscomi 2004, 73.

enfatizzando il profilo della conseguente applicazione integrale della medesima disciplina sin dalla costituzione del rapporto, si potrebbe giungere a sostenere – nei singoli casi concreti - l'inconsistenza di siffatto rifiuto (ad esempio, argomentando l'avvenuta accettazione dell'intera - ed indivisibile - disciplina collettiva da parte del lavoratore, per *facta concludentia*)[209]. Ma sia consentito segnalare come non si tratterebbe che del ricorso (nell'argomentazione finalizzata a sostenere l'applicabilità del contratto collettivo al lavoratore dissenziente) ad ulteriori *escamotages*, non troppo dissimili da quelli largamente utilizzati, come si è visto, nel settore privato, la cui utilizzazione non pare, per il vero, in grado di garantire la tenuta generale del sistema[210].

In realtà, anche in questo caso la Corte costituzionale, di cui è comprensibile la preoccupazione di salvaguardare la recente riforma in materia di contrattazione collettiva nel settore pubblico, avrebbe potuto, al limite, poggiare l'*erga omnes* su altra fonte costituzionale - evidentemente l'art. 97 Cost.[211] - al fine di sfuggire allo sbarramento dell'art. 39 Cost.[212]. Ma, a parte l'inevitabile riaffiorare, in tal caso, di una pericolosa funzionalizzazione dell'attività di contrattazione collettiva e dello stesso contratto collettivo nel settore pubblico, il prezzo da pagare in termini di coerenza del sistema sarebbe stato, anche questa volta, molto alto, forse ancor più che in materia di sciopero nei servizi essenziali, dato che, se in quel caso si è in presenza di un intervento regolatore relativo al conflitto, nel caso del lavoro pubblico l'intervento legislativo tocca proprio e direttamente il sistema delle relazioni contrattuali, con indubbia diretta incidenza sull'art. 39, co. 1° e 4°, Cost.

Operate queste precisazioni nei confronti dei due peculiari rinvii relativi allo sciopero nei servizi essenziali ed al lavoro pubblico, si può adesso osservare, con più generale riferimento a tutti i rinvii in funzione integrativa e specificativa qui in esame, come anche i contratti collettivi destinatari di essi - e stipulati ai livelli e/o dai soggetti selezionati dal legislatore - rimangano pur sempre qualificabili quali atti di autonomia privata (collettiva). Anche per essi, dunque, non possono che essere ribadite le osservazioni sopra formulate in merito alla limitata efficacia soggettiva di qualsivoglia contratto collettivo oggetto di rinvio (e all'incompatibilità con l'art. 39 Cost. delle letture volte ad affermarne l'applicazione *erga omnes*)[213], nonché in relazione alla possibile, fattuale, ricorrenza delle condizioni che consentono il ricorso ai diversi *escamotages* più sopra ricordati: sia quelli diretti ad escludere la possibilità per il datore di lavoro di applicare ai propri dipendenti trattamenti diversificati in virtù della loro mancata iscrizione al soggetto stipulante; sia quelli, per così dire, *volontaristici* che, senza negare l'efficacia meramente *inter partes* di qualsiasi contratto

---

[209] Diversi da quello segnalato in testo sono i profili, anch'essi problematici, segnalati da Ghezzi 1996, 272 ss. (il quale, riferendosi al caso in cui il lavoratore rifiuti di «sottoscrivere il contratto individuale, che sostituisce ormai il provvedimento di nomina», segnala la difficoltà di trattare giuridicamente la questione; ma a questo riguardo può osservarsi come in tal caso il problema parrebbe risolvibile argomentandosi il rifiuto alla stessa costituzione del rapporto) e da Nogler, Zoli 2000, 1436 s. (i quali - rispetto all'ipotesi del lavoratore, già dipendente, che dissenta sull'applicazione del nuovo contratto collettivo peggiorativo - prospettano un inadempimento degli obblighi contrattuali).

[210] Cfr. Carinci F. 1998, 43, ove si evidenzia tra l'altro che, in caso di mero comportamento concludente del lavoratore, non si avrebbe il «rinvio formale al contratto collettivo come fonte», ma solo un rinvio al medesimo contratto «come disciplina». V. anche Carinci F., 2004b, 19.

[211] L'incidenza dell'art. 97 sul sistema di contrattazione collettiva nel lavoro pubblico è, d'altronde, a fondamento delle costruzioni di Rusciano e Ghera E., sopra citati. Ma cfr. anche la posizione di Zoppoli (*supra*, nt. 200).

[212] Cfr. Carinci F. 1998, 41, nel richiamare i principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

[213] Per l'incostituzionalità «di qualsiasi meccanismo di rinvio in bianco all'autonomia collettiva, le cui determinazioni andrebbero sistematicamente a riempire il precetto legale-contenitore applicabile a tutti gli appartenenti alla categoria», si esprime Vallebona 1997, 409.

collettivo, consentono però, talora, di garantirne l'applicazione anche a rapporti di lavoro che ne sarebbero altrimenti sottratti.

9.3. Il problema degli effetti legali dei contratti collettivi con funzione integrativa o specificativa della norma legale

Se ciò è vero, resta da chiarire, peraltro, quale sia la funzione di questo tipo di rinvii, e specificamente se essi possano essere considerati come riconducibili alla famiglia dei rinvii propri o a quella dei rinvii impropri, secondo la generale distinzione che si è accolta sin dall'inizio di questo saggio.

A questo riguardo va ancora una volta ricordato, su di un piano generale, che, nei casi in esame, il legislatore, pur ponendo una disciplina destinata a regolare i rapporti di lavoro, evita di dettarne (tutti, o alcuni de)i profili di dettaglio, ma rinvia tale compito (in tutto o in parte) ai contratti collettivi (normalmente quelli stipulati da soggetti selezionati). Ciò detto, peraltro, va notato che la tipologia qui in esame presenta, in verità, caratteristiche variegate, che impongono l'effettuazione di una precisazione determinante: in essa si raccolgono rinvii che, a ben vedere, altro non sono che *modalità particolari* con le quali si manifestano le tre tipologie di rinvio cui si è fatto riferimento in precedenza.

Si pensi, così, ad esempio, alla previsione di cui all'art. 15, co. 2°, prima parte, d.lgs. n. 66, in forza della quale la contrattazione collettiva è chiamata a definire le modalità di applicazione della norma contenuta nello stesso art. 15, co. 1°, relativa alla sopraggiunta inidoneità del lavoratore al lavoro notturno ed alle sue conseguenze; oppure, ancora, all'art. 1, co. 2°, lett. *e)*, n. 2, sulla cui base il contratto collettivo, integrando la legge al fine di individuare la nozione di lavoratore notturno, può stabilire condizioni di miglior favore rispetto al limite degli ottanta giorni lavorativi annui di cui allo stesso n. 2, ovvero rispetto al limite delle tre ore di cui al n. 1 della medesima lett. *e)*. Ebbene, in questi casi si è in presenza di rinvii in funzione integrativa che paiono del tutto riconducibili alla tipologia dei rinvii ('impropri') in funzione migliorativa, dato che pare innegabile che anche senza di essi la contrattazione collettiva avrebbe potuto liberamente intervenire a disciplinare le descritte situazioni.

Si pensi, inoltre, a quanto previsto dall'art. 8, co. 1°, d.lgs. n. 66, sulla base del quale le norme collettive potrebbero anche limitarsi a determinare le specifiche modalità di godimento delle pause, senza incidere sulla loro durata: in tale prospettiva può dirsi che il contratto collettivo è chiamato dal rinvio legale ad integrare, con le predette modalità, la regola implicita nella norma secondo cui, mentre è riconosciuto al lavoratore il diritto alla pausa, è rimesso invece al datore di lavoro (in mancanza di siffatta integrazione dettata, appunto, dalla disciplina collettiva) il potere di determinare la collocazione temporale della stessa (come si ricava dal riferimento alle «esigenze tecniche del processo lavorativo»). Un rinvio legale, questo, che risulta, dunque, anch'esso riconducibile alla terza tipologia dei rinvii (ancora una volta 'impropri') alla contrattazione collettiva in funzione di delimitazione dei poteri datoriali: non pare esservi dubbio, infatti, che la contrattazione collettiva avrebbe potuto comunque, anche a prescindere dal rinvio medesimo, svolgere la descritta funzione attraverso il predetto intervento.

Considerazioni non diverse possono essere riferite al rinvio operato dall'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001, in base al quale - come si è già avuto occasione di ricordare in precedenza - i contratti collettivi del settore pubblico sono (formalmente) investiti dalla legge del compito di integrare il contenuto del limite dell'equivalenza professionale in relazione alle modifiche della prestazione

dovuta dal lavoratore. Pure in questo caso, infatti, non può che dubitarsi dell'utilità di questo rinvio, dato che si tratta senz'altro di un'attività contrattuale specificativa della norma legale, ma in funzione limitativa di un potere datoriale (quello di modificare la prestazione di lavoro, limitato, appunto, dal principio legale di equivalenza); attività che avrebbe potuto svolgersi anche in assenza di rinvio, al pari di quanto di fatto è avvenuto ed avviene in questa stessa materia nell'ambito del settore privato[214].

Per converso, in altri casi i rinvii in funzione integrativa o specificativa si manifestano con caratteristiche del tutto omologhe a quelle tipiche della tipologia dei rinvii (questa volta, 'propri') in funzione derogatoria nelle sue tre varianti (regolativa, deregolativa e quasi-derogatoria). Ed è evidente che, al riguardo, valgono tutte le considerazioni svolte in precedenza in relazione alla predetta tipologia (ivi compreso quanto attiene alla funzione promozionale ad essi intrinseca).

Ciò vale, per rimanere ad un esempio interno alla disciplina di cui al d.lgs. n. 66, con riferimento al già citato art. 1, co. 2°, lett. *e)*, n. 2, poiché il contratto collettivo, ove proceda alla integrazione della legge ai fini dell'individuazione della nozione di lavoratore notturno, potrebbe stabilire condizioni peggiorative - anziché, nei termini appena illustrati, migliorative - rispetto al limite degli ottanta giorni lavorativi annui di cui allo stesso n. 2.

Ma ulteriori esempi possono essere tratti da altre fonti legislative. Si pensi alla previsione di cui all'art. 11, d.lgs. n. 276/2003, in base alla quale mentre viene posto un divieto generale in capo a taluni soggetti, tra cui - in particolare e per quel che qui interessa - le agenzie di somministrazione (con le quali, com'è noto, il lavoratore somministrato costituisce un rapporto di lavoro subordinato), di richiedere al lavoratore un compenso per i loro servizi, stabiliscono che tale divieto può essere rimosso dai contratti collettivi stipulati dai soggetti ivi selezionati «per specifiche categorie di lavoratori altamente professionalizzati, o per specifici servizi offerti dai soggetti autorizzati [...]»: dove, evidentemente, l'attività contrattuale specificativa ha in realtà lo scopo di stabilire il temperamento di un divieto posto dalla legge, con conseguente effetto legale di tipo 'deregolativo'.

Si pensi, ancora, al caso del contratto di inserimento, rispetto al quale l'art. 55, 1°, d. lgs. n. 276/2003 stabilisce che condizione per l'assunzione con tale contratto sia la definizione tra datore di lavoro e lavoratore «di un progetto individuale di inserimento, finalizzato a garantire l'adeguamento delle competenze professionali del lavoratore stesso al contesto lavorativo»; per poi precisare, al comma 2°, che «le modalità di definizione dei piani individuali di inserimento con particolare riferimento alla realizzazione del progetto [...] » devono essere determinate dai contratti collettivi da esso stesso individuati. Orbene, pare corretto ritenere che in tal caso si è in realtà in

---

[214] Ne deriva che anche per il settore pubblico debba valere quanto prevalentemente sostenuto nel settore privato (cfr. Carabelli 2004, p. 49 ss.) circa la possibilità per il giudice di sindacare comunque il rispetto, da parte delle soluzioni adottate dalla contrattazione collettiva, del principio legale di equivalenza. V. infatti, Clarich, Iaria 2000, 482, secondo i quali «non è in alcun modo certo che il legislatore [con l'art. 52] abbia inteso derogare alla regola vigente nel diritto del lavoro privato secondo cui rientra nel libero apprezzamento del giudice la valutazione sulla equivalenza delle mansioni»; in giurisprudenza, v. Trib. Cassino 1° febbraio 2001, in www.lavoropubblico.formez.it/contenzioso; Trib. Vicenza 20 luglio 2000, in RFI, 2000, voce *Impiegato dello Stato e pubblico (inquadramento e carriera)*, n. 504; Trib. Vicenza 21 agosto 2001 (secondo cui «rinviare alla disciplina della contrattazione collettiva per l'individuazione delle posizioni professionali equivalenti non significa ancora affermarne l'insindacabilità»), in LG, 2002, 356, con nota di Rigon; Trib. Ariano Irpino 3 luglio 2003, in www.lavoropubblico.formez.it/contenzioso. Non manca, però, un filone dottrinale che, sulla mera base della presenza di un rinvio nell'art. 52, ritengono il contrario: per tutti, Garilli 2003, 146 s.; Battini 2003, 493; Pisani 2000, 213; in giurisprudenza, Trib. Taranto ord. 11 maggio 2001, in LPA, 2002, 630, ove si ammette però il controllo giurisdizionale in casi estremi di criteri irrazionali o contrastanti con norme imperative (nello stesso senso, v. Liebman 1999, 641).

presenza di un rinvio in funzione integrativa, ma evidentemente riconducibile alla figura dei rinvii c.d. quasi-derogatori: esso, infatti, fa derivare, invero, dalla regolazione collettiva un effetto legale di tipo costitutivo, rendendo concretamente possibile la stipulazione di questo particolare tipo di contratto da parte del datore di lavoro aderente ai sindacati stipulati.

Ciò detto, occorre pur tuttavia riconoscere che, una volta effettuata questa sorta di 'scrematura', nell'ambito della tipologia dei rinvii in funzione integrativa o specificativa residuano pur sempre taluni rinvii che non risultano (almeno apparentemente) riconducibili alle tre tipologie già esaminate. Per essi si pone, dunque, il problema di definirne la natura (propria o impropria) e, a tal fine, di verificare se risultino finalizzati ad attribuire al contratto collettivo la capacità di produrre un effetto legale di qualche tipo.

Prendendo, a questo punto, in considerazione i due rinvii residuali contenuti nel d.lgs. n. 66 (previsti dai citati artt. 4, co. 5° e 14, co. 1°) - ai quali si è fatto sopra riferimento - e ribadito che, anche in tali casi, il contratto collettivo è destinato a 'riempire', *in toto* o *in parte*, la norma di legge, sembra comunque potersi sostenere che - al pari di quanto già rilevato in merito ai rinvii in funzione integrativa o specificativa rapportabili a quelli inclusi nelle tipologie dei rinvii in funzione migliorativa e di delimitazione dei poteri datoriali - a tale contratto non può essere riconosciuta l'idoneità a produrre alcuno specifico *effetto* legale. Nei casi qui prefigurati, infatti, si è in presenza del risultato di un'attività interpretativa della norma di legge che le parti avrebbero potuto svolgere, tramite il contratto collettivo, anche in assenza di rinvio legale, il quale dunque non aggiunge né toglie nulla all'attività contrattuale svolta nell'esercizio della libertà sindacale. In altre parole le clausole contrattuali attuative dei rinvii qui considerati sono del tutto comparabili a quelle che le parti frequentemente pattuiscono in funzione di interpretazione di clausole legali, come avviene ad esempio nei casi in cui esse provvedano a definire il contenuto del giustificato motivo o della giusta causa di licenziamento; ed in questa ipotesi, com'è noto, è opinione dominante in dottrina e giurisprudenza che la norma contrattuale non sia vincolante per il giudice, pur se questi non può che trarne utile ispirazione[215]. Per contro, è da segnalare che, anche in mancanza di intervento della contrattazione, non vi è una preclusione all'applicazione della norma, rispetto alla quale i singoli operatori si assumeranno direttamente la responsabilità interpretativa.

Quanto appena detto vale integralmente anche in relazione all'altro esempio, sopra effettuato, relativo alla durata dell'apprendistato professionalizzante (art. 49, co. 3°, d.lgs. n. 276).

Problematica, invece, sembra la possibilità di riferire quanto sin qui argomentato alla normativa in materia di prestazioni minime indispensabili in relazione allo sciopero nei servizi essenziali. A questo riguardo, in verità, non si può ignorare la peculiarità di tale normativa, la quale, pur se caratterizzata dalla presenza di un rinvio ai contratti collettivi, da qualsivoglia soggetto sindacale stipulati, in funzione specificativa, ai fini della fissazione delle predette prestazioni (nonché delle procedure di raffreddamento e di conciliazione), manifesta la fondamentale peculiarità, come si è visto, di prevedere l'intervento della Commissione di garanzia. Orbene, com'è evidente anche dalle molteplici posizioni emerse in dottrina a ridosso di questa disciplina, pure dopo le modifiche introdotte dalla l. n. 83 del 2000, siamo di fronte ad una fattispecie assai diversa da quelle fin qui esaminate, rispetto alla quale, qualunque sia l'effetto legale (a parte, evidentemente, quello dell'*erga omnes*, sul quale ci si è già sopra soffermati) che si desideri riconnettere all'accordo -

---

[215] V., per tutti, Ghera E. 2002, 358 e 365.

ma, in verità, non pare che se ne potrebbe individuare un altro se non quello dell'insindacabilità dell'accordo da parte del giudice - occorrerebbe in ogni caso riconoscere che la presenza di siffatto intervento ne rende a dir poco problematica la riconduzione al mero accordo sindacale[216]. Si tratta, peraltro, di un profilo che meriterebbe una trattazione più ampia, che non può certo essere affrontata in questa sede.

10. Le specificità dei rinvii del legislatore alla contrattazione collettiva in funzione di attuazione delle direttive comunitarie

Una considerazione a parte merita - in virtù delle sue connessioni con l'ordinamento comunitario e della sua portata generale (nel senso che prescinde dalla articolazione tipologica sopra enucleata) - la tesi secondo cui, nel caso di attuazione delle direttive comunitarie, i contratti collettivi investiti dal rinvio della norma di legge interna sarebbero in grado di esprimere un'efficacia generale, senza violare l'art. 39 Cost.

Come noto, invero, il legislatore comunitario offre agli Stati membri la *possibilità* di non provvedere direttamente alla conformazione dell'ordinamento interno alle direttive in materia di politica sociale, ma di «affidare alle parti sociali, a loro richiesta congiunta, il compito di metter[le] in atto» (art. 137, par. 4, del Trattato; art. 137, par. 3, co. 1, ultimo periodo, a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Nizza)[217]. Sennonché, ove opti per quest'ultimo metodo di recezione, lo Stato deve anche assumere «le misure necessarie che gli permettano di garantire in qualsiasi momento i risultati imposti» dalle medesime direttive (art. 137, par. 4, cit.; art. 137, par. 3, co. 2, a seguito delle menzionate modifiche) e, quindi, di assicurare l'efficacia generalizzata e la stabilità temporale degli effetti dei contratti collettivi[218]. Da ciò si è prevalentemente dedotto che, proprio a causa dell'ostacolo frapposto dall'art. 39, co. 2° ss., all'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi, il suddetto metodo sarebbe improponibile nel nostro ordinamento, anche se non è mancato chi ha ritenuto possibile l'aggiramento dell'ostacolo, almeno quando il contratto collettivo di recezione non abbia una funzione normativa[219]. Ed a quest'ultimo riguardo, basti rinviare a quanto sopra osservato in merito al fatto che una simile funzione è in fin dei conti assolta da tutti i contratti stipulati in base ai rinvii legali di cui si è qui trattato.

In questa sede[220], invece, è necessario dedicare una specifica attenzione critica a quelle tesi volte a sostenere la legittimità dell'attribuzione legale di efficacia generalizzata ai contratti collettivi (purché attuativi di direttive in materia di politica sociale), fondandola proprio sulle disposizioni comunitarie e sulle peculiari caratteristiche del rapporto tra queste e le norme interne, anche di rango costituzionale; tesi che, di recente, sono state ritenute riferibili anche ai rinvii contenuti nel

---

[216] Si tenga presente, per altro verso, che - a ben vedere - non mancherebbe la possibilità di interpretare la normativa nel senso di non far derivare dal provvedimento della Commissione alcun effetto ulteriore, se non quello di rendere ammissibile l'atto di disposizione collettiva del diritto individuale di sciopero costituzionalmente garantito.

[217] Ma analoghe previsioni sono ormai contenute in numerose direttive, tra cui la stessa dir. n. 93/104 (art. 18, par. 1, lett. *a*).

[218] Sul punto cfr., per tutti, Lo Faro 2000b, 884 ss.

[219] V., tra gli altri, Arrigo 1994, 30; Flammia 1995, 103; Foglia, Santoro Passarelli G. 1996, 91 s. e 105; Garilli 1999, 460.

[220] Sia consentito segnalare che larga parte delle considerazioni qui di seguito sviluppate sono state riprese da Leccese 2001, 421 ss.

d.lgs. n. 66[221].

Il presupposto dell'argomento risiede nel fatto che l'applicazione del diritto comunitario non «risente delle dinamiche dell'ordinamento giuridico nazionale» poiché il primo, «nel suo ambito, prevale su qualsiasi fonte del diritto interno, non escluse le disposizioni costituzionali». Coerentemente, ad «eventuali meccanismi legali di estensione delle norme» pattizie di recepimento non osterebbe il tenore dell'art. 39, poiché essi risponderebbero «ad esigenze ordinamentali autonome del diritto comunitario, come tali diverse ed eccedenti rispetto al campo di applicazione della disposizione costituzionale»[222]. In questa prospettiva, sarebbe dunque la prevalenza del diritto comunitario sulle stesse disposizioni costituzionali ad implicare la legittimità di una legge interna che affidasse alla contrattazione collettiva il compito di recepire una direttiva.

Ebbene, a parte ogni considerazione sulla resistenza dell'art. 39 Cost. rispetto alle previsioni del Trattato[223], va affermato che la suddetta prevalenza potrebbe essere invocata ove fosse dimostrata la sussistenza di un obbligo del legislatore di ricorrere a quello strumento. Sennonché un simile obbligo non sussiste, poiché le disposizioni comunitarie, come s'è visto, lasciano alla discrezionalità politica dello stesso legislatore la scelta tra il recepimento diretto e l'affidamento alle parti sociali del compito di mettere in atto le direttive.

Nella consapevolezza di ciò, si è quindi ritenuto, in un argomentato sviluppo della tesi sopra riferita, che il principio del primato del diritto comunitario su quello interno, pur non trovando ovviamente una diretta applicazione (poiché, appunto, nessuna norma dell'ordinamento sovranazionale impone allo Stato membro l'obbligo di affidare l'attuazione delle direttive all'azione negoziale), potrebbe nondimeno essere invocato qualora lo Stato - sulla base di un'opzione che ai sensi delle menzionate disposizioni del Trattato è libero o meno di fare - decida «volontariamente» di percorrere questa via. Al verificarsi di un simile presupposto, infatti, «il contratto collettivo traspositorio [c.d. contratto collettivo *comunitarizzato*] divent[erebbe] per l'ordinamento sovranazionale uno strumento di attuazione del diritto derivato, che, come tutti gli strumenti di attuazione del diritto comunitario deve essere governato dal principio di effettività». Quest'ultimo principio, a sua volta, dovrebbe qui essere necessariamente soddisfatto tramite l'intervento legislativo o amministrativo che consolidi l'efficacia soggettiva (ed anche temporale) «del contratto collettivo comunitarizzato»[224].

---

[221] Tremolada 2003, 24 (il quale, come s'è detto, ritiene che il decreto presupponga l'efficacia *erga omnes* dei contratti oggetti di rinvio).

[222] I virgolettati sono tratti da D'Antona 1999, 322 ss.

[223] In generale, sul primato del diritto comunitario su quello interno e per richiami alle pertinenti pronunce della nostra Corte costituzionale, v. Lo Faro 2000b, spec. 887 ss. e già 1999, 221 ss., nonché, con specifico riferimento al problema della prevalenza del diritto comunitario sulle disposizioni costituzionali Cartabia 1995.

[224] Gli argomenti sin qui esposti, da Lo Faro 2000b, 886 s. In senso adesivo, Pizzoferrato 2001, spec. 118 ss., il quale giunge addirittura ad affermare che, per il cosiddetto contratto collettivo con funzione traspositiva, non si possa «parlare di contratto normativo, così come ne parla la nostra Corte costituzionale per ricondurlo in seno all'art. 39 Cost., poiché se è vero che esso può raggiungere effetti normativi diretti, è pur vero che tali effetti non sono il frutto di una libera scelta e determinazione della parti ma sono "obbligati", quanto meno nei macro-esiti finali, dalla primaria fonte comunitaria e, in via mediata, dal nostro legislatore». Ebbene, mentre con riferimento a quest'ultimo profilo valgono le obiezioni che saranno formulate in testo, si può qui solo notare come l'argomento dell'a. è caratterizzato da una certa contradditorietà (il contratto collettivo traspositivo produce o no effetti normativi? se sì, cosa impedisce di parlarne come di un contratto, appunto, normativo?).

Orbene, questo sviluppo argomentativo - pur possedendo anch'esso l'indubbio pregio di rifuggire dal tentativo di sottrarre quel contratto alle forche caudine dell'art. 39 sulla base di «scorciatoie interpretative» e, in particolare, escludendo la «natura normativa» di accordi che invece certamente la posseggono[225] - finisce peraltro per attribuire ad una scelta del legislatore ordinario (che, per definizione, *non è necessitata* ai sensi dell'ordinamento comunitario, ma meramente *facoltativa*) il ruolo di motore primo di un contrasto tra quell'ordinamento e la Costituzione e, all'esito, come unica vera causa di contraddizione rispetto alla diversa scelta che invece è già stata operata dal Costituente. Questa considerazione, a nostro avviso dirimente, è tra l'altro in grado di resistere adeguatamente all'obiezione secondo cui con essa si tende a «far prevalere un limite comunque ricavato dall'ordinamento nazionale […] su una facoltà che è riconosciuta alle parti sociali direttamente dal Trattato»[226]. L'obiezione, infatti, non tiene adeguatamente conto del fatto che questa facoltà non è rimessa dal Trattato direttamente nelle mani nelle parti sociali, bensì - come appena detto - in quelle dello Stato membro. Il che significa, parafrasando un'affermazione altrui, che la contrattazione collettiva *non* «si è comunitarizzata»[227], ma la sua *comunitarizzazione* dipende pur sempre dalle libere opzioni del legislatore nazionale[228], il quale, questo sì, «ove decida di affidarsi ad essa» deve almeno porla «in condizione di svolgere efficacemente questo compito»[229].

In definitiva, all'interno dell'ipotesi ricostruttiva sopra sunteggiata sembra spostato a valle un problema che va tuttora posto a monte. Se quanto appena detto è vero, non si può non segnalare come anche per il caso di rinvii alla contrattazione collettiva attuativa di direttive comunitarie, sarebbe opportuno operare nella prospettiva riformatrice cui si è sopra accennato, estendendo anche a questo tipo di attività negoziale le nuove regole che si dovessero definire; fatta salva - nelle more - la percorribilità di diverse vie, consistenti o in un recepimento materiale successivo, in via legislativa, del contenuto di accordi collettivi d'attuazione di direttive (ma, in questo caso, la fonte di recepimento di queste ultime risiederebbe pur sempre nella legge[230]), ovvero nello sviluppo del progetto delineato dal *Patto sociale per lo sviluppo e l'occupazione* del 22 dicembre 1998, il quale, all'interno della procedura concertativa, non configura un intervento legislativo di estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi[231], bensì solo un impegno del Governo a modellare una propria «proposta legislativa sulla base di quanto convenuto in una preventiva intesa delle parti sociali»[232].

11. Conclusioni: diritto privato, principio volontaristico e garanzia di democratica rappresentazione della volontà dei lavoratori

La classificazione dei rinvii alla contrattazione collettiva contenuti nel d. lgs. n. 66, fondata sulle due famiglie dei rinvii *propri* ed *impropri*, di recente opportunamente evidenziate in dottrina[233],

---

225 Ancora Lo Faro 2000b, 887; cfr. anche Delfino 2004b, 46 ss. Ma in senso diverso v. Pizzoferrato, cit. alla nt. che precede.

226 D'Antona 1999, 324.

227 Cfr. Lo Faro 2000b, 894.

228 Cfr. Aparicio Tovar 1996, 180.

229 Ancora Lo Faro 2000b, 894.

230 Zilio Grandi 1998, 180.

231 V. in particolare la clausola 2.6 del Patto, su cui, per tutti, Bellardi 2001, 95 ss. (ove ulteriori rinvii).

232 Garilli 1999, 461.

233 Tale classificazione, proprio perché riguardante i rinvii contenuti nella recente disciplina sull'orario di lavoro, non esclude, naturalmente, che l'esperienza possa (o potrà...) rivelare ulteriori tipologie di rinvio.

ci ha consentito di rilevare come da quelli del secondo tipo (impropri) – cui sono stati da noi ricondotti sia quelli in funzione migliorativa, sia quelli in funzione di limitazione dei poteri datoriali – non sia possibile, al fine di evitare qualsivoglia contrasto con l'art. 39, co. 1° e 4°, Cost., far derivare altro se non una mera sollecitazione, rivolta ai soggetti selezionati, a sviluppare un'attività negoziale sulla materia oggetto di rinvio, senza che ne risulti precluso l'intervento di altri soggetti collettivi. Un'attività, peraltro, i cui prodotti contrattuali hanno una mera efficacia *inter partes*.

Si è poi potuto rilevare come le norme legali contenenti rinvii ai contratti collettivi stipulati da soggetti selezionati in funzione 'derogatoria' (regolativa e deregolativa) e 'quasi derogatoria' - i quali sono invece riconducibili alla tipologia dei rinvii propri - assumono un rilievo del tutto peculiare, che non attiene, ancora una volta, all'efficacia generale dei contratti stessi (preclusa, come argomentato, dall'art. 39, co. 4°, nonché co. 1°), bensì all'idoneità di questi ultimi a produrre gli effetti legali voluti dalla legge[234].

Infine, si è segnalata la possibilità di ricondurre i rinvii in funzione integrativa o specificativa della norma legale all'una o all'altra delle due figure.

A tali conclusioni si è giunti considerando come la via maestra per la soluzione dei problemi di legittimità sollevati, a fronte dell'art. 39, 1° e 4° co., Cost., dalla normativa legale di rinvio, che indubbiamente, negli ultimi venticinque anni, si è sempre più ramificata nell'esperienza giuridica del nostro ordinamento, risieda nella *rigorosa* correttezza costituzionale dell'impegno interpretativo rispetto al profilo dell'*erga omnes*. E riconoscendo di conseguenza che, esclusa in radice la possibilità di assegnare ai rinvii legali su cui ci si è ampiamente soffermati la 'capacità' di conferire ai contratti collettivi richiamati una efficacia generale, solo ai c.d. rinvii propri è possibile poi – per ulteriori motivi di coerenza con il dettato costituzionale – attribuire un valore precettivo, in grado di far derivare effetti legali dalla stipulazione dei contratti collettivi da parte dei soggetti sindacali

---

[234] Va segnalato che, talora, nella normativa vigente è prevista l'erogazione di sanzioni amministrative a carico dei trasgressori delle previsioni contenute nei contratti collettivi i quali abbiano disciplinato una determinata materia sulla base di un rinvio legale. Si pensi, ad esempio all'art. 18, co. 3°, d.lgs. n. 276, il quale sanziona, tra l'altro, la violazione delle clausole negoziali di contingentamento introdotte in materia di somministrazione a tempo determinato ai sensi del rinvio, selettivo, contenuto nell'art. 20, co. 4°. Orbene, va precisato al riguardo che, in questo caso, non si è in presenza di un effetto legale derivante dalla stipulazione di un accordo, bensì di un effetto sanzionatorio connesso alla sua violazione (da questo punto di vista, dunque, siffatte sanzioni amministrative potrebbero essere comminate per la violazione di uno qualsiasi dei tipi di contratto collettivo oggetto di rinvio, sopra individuati). Piuttosto, sul presupposto, di cui si è largamente trattato in questo saggio, dell'efficacia meramente *inter partes* anche dei contratti collettivi, di diritto comune, oggetto di rinvio, v'è da chiedersi se queste tecniche sanzionatorie non si pongano in contrasto sia con l'art. 3 (poiché pongono le basi per un'applicazione differenziata delle sanzioni amministrative, discriminando tra coloro che sono tenuti all'applicazione del contratto collettivo e coloro che non lo sono), sia con l'art. 39 Cost. (per la posizione di questo problema con riferimento all'art. 5, co. 13°, d.l. 726/1984, v. Carabelli 1992b, 362 ss.; nonché gli aa. citati da Morgera 1990, p. 12 s.). In questa sede è appena il caso di rammentare che la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi in diverse occasioni sulla legittimità costituzionale di disposizioni che prevedevano sanzioni penali per la violazione di contratti collettivi (v. i testi originari degli artt. 509, co. 1°, c.p., e 8, l. n. 741/1959). In particolare, con riferimento all'art. 509, co. 1°, c.p., la Corte lo ritenne non contrastante con l'art. 39 (oltre che con gli artt. 2, 4, 35, 40 e 41) Cost., valutando che il suo fondamento non risiedesse nella «tutela dell'ordine corporativo [… bensì] nel processo formativo dei contratti collettivi allora stipulati e soprattutto nella loro efficacia cogente nei confronti di tutti gli appartenenti alle categorie rappresentate dalle organizzazioni sindacali» stipulanti e, quindi, nella imperatività e inderogabilità di quei contratti nonché nell'«interesse collettivo collegato alla loro attuazione»; sulla base di tale presupposto confermò l'orientamento della Suprema Corte che lo riteneva inapplicabile ai contratti collettivi di diritto comune, lasciando altresì intendere che esso fosse invece utilizzabile con riferimento ai contratti collettivi eventualmente stipulati ai sensi dell'art. 39, co. 2 ss., Cost. (v. Corte cost. n. 55/1957, con motivazione lapidariamente confermata da Corte cost. n. 8/1966).

selezionati.

Ciò detto, va ancora osservato che la convinzione – talora esplicitata, assai spesso solo presupposta, nel ragionamento interpretativo non solo della dottrina, ma della stessa giurisprudenza – secondo cui le esigenze di 'flessibilizzazione guidata' potevano e possono essere favorite con l'attribuzione alle organizzazioni sindacali, *in qualche modo* rappresentative, di sostanziali compiti di rappresentanza generale e con il conseguente riconoscimento di un'efficacia generale ai contratti collettivi da esse conclusi su 'investitura' legale per lo svolgimento delle funzioni predette, ha costretto l'interprete a 'forzare', indirettamente (con il suo 'aggiramento') o direttamente (con il suo preteso 'ridimensionamento'), il dato costituzionale in materia di contrattazione collettiva ad efficacia generale (a sua volta ritenuto troppo ancorato a logiche ormai superate dalle grandi mutazioni economico-sociali degli anni successivi alla Costituzione).

Si tratta, tuttavia, di una scelta di politica del diritto assai discutibile e criticabile. Stante la chiara e netta lettura della Corte costituzionale (su cui ci si è soffermati ampiamente più sopra), l'*erga omnes* perseguito 'a tutti i costi' – tramite la normativa di rinvio e le interpretazioni che ne hanno assecondato le (indichiarabili, ma evidenti) pretese di efficacia generale – apre nel *corpus* normativo costituzionale una ferita assai vistosa, tanto più *ingiustificabile* a fronte dell'altrettanto vistosa inadempienza del legislatore ordinario nel dare concretezza al progetto racchiuso nello stesso art. 39 Cost.[235]. Le note ragioni politiche, storicamente individuabili, della mancata attuazione della disposizione e della diffusione, a partire dagli anni '80, dell'esperienza del coinvolgimento dell'autonomia collettiva nei processi di normazione legislativa non possono, insomma, fungere da giustificazione giuridica della violazione del vincolo costituzionale da parte di una prassi legislativa da cui si vorrebbe far derivare l'attribuzione al contratto collettivo *di diritto comune* di funzioni para-legislative e sulla base della quale i sindacati *di fatto* sarebbero stati «chiamati ad esercitare un potere pubblico»[236]. Così come, sostenere che, anche a causa dei rinvii legislativi ai soggetti maggiormente rappresentativi (anzi, *a* soggetti *comparativamente* più rappresentativi), vi siano ormai «elementi di attrazione del contratto collettivo tra le fonti del diritto, e che si manifesta ormai «sempre più debole, per non dire una pura finzione, l'idea secondo cui il contratto collettivo altro non è che un contratto di diritto privato»[237], significa affermare, ahimè, che la costituzione materiale si è distaccata da quella formale, ma non giustifica certo la pretesa di una 'prevalenza' della prima sulla seconda[238] (ovvero di assecondare, appunto, un'efficacia *erga omnes* 'a tutti costi' dei contratti collettivi di diritto comune oggetto di rinvio).

E poi, proprio quanto osservato in precedenza circa la pericolosa involuzione della legislazione più recente - che, sempre più travolta dai contingenti bisogni di 'governabilità' del sistema socio-economico, sta abbandonando anche l'ancoraggio con l'attività rappresentativa *dei* sindacati più rappresentativi (com'era agli albori di questa controversa esperienza), per rifluire riduttivamente verso la fiducia nell'azione contrattuale *di* sindacati *comparativamente* più rappresentativi (secondo la formula adottata nell'art. 1, co. 2°, lett. *m)*, d.lgs. n. 66 del 2003) - dovrebbe far riflettere

---

[235] Cfr. anche Vallebona 1997, 408, il quale parla di «barbarie del nostro diritto che il giurista ha il dovere di denunziare e combattere».

[236] Liso 1998, 271 (con specifico riferimento alle norme contrattuali volte a «*completare o modificare* [...] il contenuto della disciplina legale»).

[237] Rusciano 2003, 255.

[238] D'altronde, per critiche ormai consolidate allo stesso concetto di costituzione materiale (su cui Mortati 1998), v. Paladin 1996, 124 ss.; Onida 1997, 78 ss.; Sorrentino 2002, 34 s.

sui rischi di un'operazione interpretativa che rischia di sacrificare anche quei valori di democratica rappresentazione degli interessi dei lavoratori, già di per sé *oggettivamente* esposti a rischio dall'uso, se non abuso, della maggiore rappresentatività.

Di qui la nostra adesione ad una tesi che appare in grado di salvaguardare (nella situazione data, derivante dalla mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost.) la piena coerenza con il dato costituzionale rappresentato dall'art. 39 Cost.

Se poi si ritenesse indispensabile (continuare a) perseguire la predetta governabilità ed il successo della 'flessibilizzazione guidata', attraverso la scelta di (continuare a) far interagire la legge e la contrattazione collettiva (al fine di esaltare il determinante contributo di essa agli equilibri socio-economici del sistema), assicurando però senza lesioni costituzionali l'efficacia generale dei suoi prodotti contrattuali, occorrerebbe rimettere mano all'impegno (al momento quiescente, almeno nelle intenzioni dell'esecutivo: cfr. quanto affermato nel *Libro bianco*) delle riforme (eventualmente anche del testo costituzionale), *tenendo in particolare conto le esigenze di concreta verifica della volontà maggioritaria dei lavoratori*.

Ovviamente non è questa la sede per interrogarsi sui possibili modelli attraverso cui attuare tale verifica, con riferimento ai soggetti da investire dei poteri negoziali e/o ai prodotti dell'attività negoziale (pur se, come testimoniato dal dibattito già sviluppato negli scorsi anni, la riflessione scientifica sulle prospettive di riforma nel settore privato non potrebbe certamente trascurare il modello ormai vigente nel settore pubblico). Quel che ci sembra indubbio, peraltro, è che - per esigenze di coerenza generale di sistema - un eventuale intervento riformatore non potrebbe riguardare soltanto la contrattazione di tipo derogatorio, anche nella modalità integrativa o specificativa, ma dovrebbe evidentemente avere portata generale, nel senso di riferirsi ad ogni tipo di attività contrattuale collettiva della quale si intendano ottenere contratti collettivi ad efficacia *erga omnes*; e ciò consentirebbe, tra l'altro, di affidare alla contrattazione collettiva - ove ritenuto opportuno - la trasposizione nell'ordinamento interno delle direttive comunitarie in materia di politica sociale, come consentito dal legislatore comunitario (*supra,* par. 10).

Da questo punto di vista, la riflessione che Massimo D'Antona aveva avviato nell'ultimo dei suoi scritti[239] risulta, a ben vedere, indipendentemente dalle soluzioni da lui prospettate, significativamente anticipatrice dei bisogni di riforma che il nostro sistema[240], ormai stressato dalle operazioni di 'rappezzamento' dell'ultima fase del secolo scorso, presenta alle soglie del nuovo.

12. Riferimenti bibliografici

Allamprese A. (2003), *Riduzione e flessibilità del tempo di lavoro*, Kluwer IPSOA, Milano.

Angelini L. (2003), *La riforma del contratto di lavoro a tempo determinato: temporaneità delle esigenze aziendali e ruolo del sindacato*, RGL, I, p. 77 ss.

Anzon A. (1991), *Modi e tecniche di controllo di ragionevolezza*, in Romboli R. (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, p. 31 ss.

[239] D'Antona 1999, 326 ss.

[240] Analoghe esigenze di intervento riformatore del legislatore sono espresse da più parti (v., tra gli altri, Rusciano 2003, 263 ss.; Bellavista 2004, par. 2; Campanella 2000, 349 ss.; Carinci F. 2004a, LXVI).

Aparicio Tovar J. (1996), *Contrattazione collettiva e fonti comunitarie*, in Baylos Grau A., Caruso B., D'Antona M., Sciarra S. (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, Bologna, p. 173 ss.

Arrigo G. (1994), *Ampliamento dell'Unione europea e politica sociale: competenze comunitarie e contratto collettivo europeo*, RGL, I, p. 1 ss.

Balducci A. (1984), *Il sindacato*, tomo I (*L'organizzazione sindacale*), Utet, Torino.

Ballestrero M.V. (1989), *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, RIDL, I, p. 357 ss.

Barbieri M. (1997), *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva*, Cacucci, Bari.

Barbieri M. (1998), *Corte costituzionale e lavoro pubblico: un passo avanti e uno a lato* (nota a Corte cost. n. 309/1997), LPA, p. 140 ss.

Barbieri M. (2000), *La contrattazione collettiva*, in Carinci F., D'Antona M. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario*, tomo II, Giuffrè, Milano, p. 1099 ss.

Barbieri M. (2004), *La Corte costituzionale di fronte all'accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi del lavoro pubblico: non tutti i problemi sono risolti*, RGL, II, p. 123 ss.

Battini S. (2003), *Il personale*, in Cassese S. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, tomo II, 2ª ed., Giuffrè, Milano, p. 373 ss.

Bellardi L. (2001), *Istituzionalizzazione e (in)stabilità della concertazione sociale*, ADL, p. 87 ss.

Bellardi L. (2004), *Dalla concertazione al dialogo sociale: scelte politiche e nuove regole*, LD, di prossima pubblicazione (i riferimenti si intendono operati al dattiloscritto).

Bellavista A. (2003), *Le prospettive dell'autonomia collettiva dopo il d.lgs. n. 276/2003*, www.cgil.it/giuridico.

Bellocchi P. (1998), *Libertà e pluralismo sindacale*, Cedam, Padova.

Bellomo S. (2002), *Le clausole elastiche nel contratto di lavoro a tempo parziale dopo il decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61*, in Liso F. (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Luiss Edizioni, Roma, p. 49 ss.

Bellomo S. (2004a), *L'ambivalenza funzionale dell'«orario normale di lavoro» tra dimensione retributiva e delimitazione dell'impegno lavorativo ordinario*, in Leccese V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana attuativa delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, di prossima pubblicazione (i riferimenti si intendono operati al dattiloscritto).

Bellomo S. (2004b), *Il limite massimo dell'orario settimanale ed il suo difficile trasferimento dall'ordinamento europeo alla legislazione nazionale*, in Leccese V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana attuativa delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, di prossima pubblicazione (i riferimenti si intendono operati al dattiloscritto).

Biagi M. (2000), *Il Patto* Milano Lavoro*: un'intesa pilota*, DRI, n. 2, p. 127 ss.

Bolego G. (2004), *Finalità e definizioni*, in Leccese V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana attuativa delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, di prossima pubblicazione (i riferimenti si intendono operati al dattiloscritto).

Borghesi D. (2003), *Il rinvio a titolo pregiudiziale per l'interpretazione dei contratti collettivi del pubblico impiego resiste ai primi controlli della Corte costituzionale*, LPA, p. 899 ss.

Campanella P. (2000), *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Giuffrè, Milano.

Carabelli U. (1986), *Libertà e immunità del sindacato*, Jovene, Napoli.

Carabelli U. (1992a), *Il lavoro straordinario: disciplina legale e regolamentazione contrattuale dei settori chimico e metalmeccanico a confronto*, RGL, I, p. 549 ss.

Carabelli U. (1992b), *Part-time work*, in Veneziani B. (ed.), *Law, Collective Bargaining and Labour Flexibility in E.C. Countries*, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, Roma, p. 361 ss.

Carabelli U. (2002), *Rapporto conclusivo* su *I licenziamenti collettivi*, ne *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio Aidlass, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Giuffrè, Milano, p. 326 ss.

Carabelli U. (2003), *Intervento*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle giornate di studio Aidlass, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, Giuffrè, Milano, p. 377 ss.

Carabelli U. (2004), *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, DLRI, p. 1 ss.

Carabelli U., Leccese V. (1995), *Orario di lavoro: limiti legali e poteri della contrattazione collettiva*, QDLRI, n. 17, p. 29 ss.

Carabelli U., Leccese V. (2002), *Legge, autonomia collettiva e autonomia individuale nella disciplina dell'orario di lavoro in Italia*, Rapporto sull'Italia presentato al *Séminaire de recherche européen: Leçons d'une réduction de la durée du travail*, Bordeaux, 5-6 dicembre 2002, www.unicz.it/lavoro.

Carabelli U., Leccese V. (2004), *L'attuazione delle direttive sull'orario di lavoro tra vincoli comunitari e costituzionali*, Working paper del Centro studi di diritto del lavoro europeo "Massimo D'Antona", n. 38, www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione.

Carinci F. (1998), *«Costituzionalizzazione» ed «autocorrezione» di una riforma (la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico)*, ADL, n. 1, p. 35 ss.

Carinci F. (2003), *Il casus belli degli Enti bilaterali*, LD, p. 199 ss.

Carinci F. (2004a), *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in Carinci F. (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. I (a cura di Miscione M. e Ricci M.), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, p. XXIX ss.

Carinci F. (2004b), *Una riforma «conclusa». Fra norma scritta e prassi appplicativa*, Working paper del Centro studi di diritto del lavoro europeo "Massimo D'Antona", n. 40, www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione.

Carinci M.T. (2003), *La legge delega n. 30/2003 ed il sistema delle fonti*, in Carinci M.T. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, p. 3 ss.

Cartabia M. (1995), *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano.

Caruso B. (1992), *Rappresentanza sindacale e consenso*, FrancoAngeli, Milano.

Cheli E. (1996), *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, il Mulino, Bologna.

Chieco P. (2004), *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, p. 91 ss.

Clarich M., Iaria D. (2000), *La riforma del pubblico impiego*, 3ª ed., Maggioli, Rimili.

Corso F. (2003), *Contratto collettivo e organizzazione del sistema sindacale*, Jovene, Napoli.

Curzio P. (2004), *Introduzione*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, p. 11 ss.

D'Antona M. (1990), *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, DLRI, p. 527 ss.

D'Antona M. (1997), *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, ADL, n. 4, p. 35 ss. (ora in Id., *Opere*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2000, p. 129 ss.).

D'Antona M. (1999), *Il quarto comma dell'articolo 39 della Costituzione, oggi,* in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, tomo I, Cacucci, Bari, p. 305 ss. (nonché in DLRI, 1998, p. 665 ss.).

Delfino M. (2004a), *I comitati di settore*, in Carinci F., Zoppoli L. (diretto da), *Commentario del lavoro pubblico*, vol. II, Utet, Torino, p. 449 ss.

Delfino M. (2004b), *Il contratto collettivo e le fonti del diritto comunitario*, in Santucci R., Zoppoli L. (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, p. 37 ss.

Dell'Olio M. (1980), *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in Dell'Olio M., Branca Gio., *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Cedam, Padova.

Dell'Olio M. (1981), *Emergenza e costituzionalità (le sentenze sulla scala mobile e il «dopo»)*, DLRI, p. 1 ss.

Del Punta R. (2003), *La riforma dell'orario di lavoro*, DPL, n. 22, Inserto.

Del Punta R. (2004), *La nuova disciplina delle ferie*, in Leccese V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana attuativa delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, di prossima pubblicazione (i riferimenti si intendono operati al dattiloscritto).

De Luca Tamajo R. (1979), *Leggi sul costo del lavoro e limiti all'autonomia collettiva (spunti per una valutazione di costituzionalità)*, in De Luca Tamajo R., Ventura L. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Jovene, Napoli, p. 151 ss.

De Luca Tamajo R. (1985), *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, RIDL, I, 16 ss.

Di Stasi A. (1998), *Le rappresentanze sindacali unitarie nel pubblico impiego*, Giappichelli, Torino.

Donnarumma M.R. (2000), *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Dir. e soc., p. 239 ss.

D'Orta C. (2000), *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in Carinci F., D'Antona M. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, tomo I, Giuffrè, Milano, p. 89 ss.

Ferrante V. (2000), *La disciplina del lavoro notturno*, NLCC, p. 534 ss.

Ferraro G. (1981), *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova.

Ferraro G. (2004), *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino.

Fiorai B. (1991), *Il sistema sindacale italiano ed il principio di maggioranza. Ricognizione sulle regole per la gestione del conflitto*, Giuffrè, Milano.

Flammia R. (1995), *Ordinamento sindacale italiano e Protocollo sociale di Maastricht*, in *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive* (atti del convegno di Napoli, 4-5 novembre 1994), NGL, supplemento n. 12, p. 96 ss.

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

Fontana G. (2004), *Profili della rappresentanza sindacale*, Giappichelli, Torino.

Fortunato A. (2003), *Commento all'art. 13*, in Cester C., Mattarolo M.G., Tremolada M. (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Giuffrè, Milano, p. 379 ss.

Franci R. (2003), *L'orario di lavoro e le modalità della prestazione. La nuova disciplina del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66*, LPO, p. 775 ss.

Garilli A. (1999), *Concertazione e contrattazione collettiva nell'Europa dell'Unione economica e monetaria*, DL, I, p. 447 ss.

Garilli A. (2003), *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, DLRI, p. 101 ss.

Garofalo D. (2003), *Il D.Lgs. n. 66/2003 sull'orario di lavoro e la disciplina previgente: un raccordo problematico*, LG, p. 997 ss.

Garofalo M.G. (1985), *Rappresentatività sindacale e pluralità degli interessi*, PD, p. 417 ss.

Garofalo M.G. (1999), *Del valore giuridico della proposta della Commissione di garanzia ovvero del dovere professionale di essere «loici»*, RGL, II, p. 714 ss.

Ghera E. (1990), *La Corte costituzionale e il diritto sindacale*, in Bortone R. (a cura di), *Giustizia costituzionale e relazioni industriali* (atti del Convegno di Bari, 11-12 novembre 1988), p. 93 ss.

Ghera E. (1996) *Contratto ed organizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in Santucci R., Viscomi A. (a cura di), *Produttività, lavoro e modelli di contabilità nelle amministrazioni locali*, Soveria Mannelli, Rubettino.

Ghera E. (2002), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.

Ghera Fed. (2003), *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova.

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

Giubboni S. (2002), *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368 del 2001*, RGL, I, p. 505 ss.

Giugni G. (1979), *Commento all'art. 39 Cost.*, in Branca Giu. (a cura di), *Commentario della Costituzione*. *Rapporti economici*, tomo I, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, p. 257 ss.

Giugni G. (1986), *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, DLRI, p. 317 ss.

Giugni G. (2001), *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari.

Giugni G. (2003), *La lunga marcia della concertazione*, il Mulino, Bologna.

Gragnoli E. (2000a), *Profili interpretativi dei contratti collettivi*, Giuffrè, Milano.

Gragnoli E. (2000b), *Le regole per l'esercizio del diritto di sciopero*, in Pascucci P. (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, IPSOA, Milano, p. 18 ss.

Grandi M. (1985), *L'efficacia del contratto aziendale*, PD, p. 439 ss.

Greco P. (1994), *Contrattazione collettiva* erga omnes; *novità e continuità di un modello*, DL, I, p. 80 ss.

Greco P. (1996), *La rappresentatività sindacale*, Giappichelli, Torino.

Ichino P. (1975), *Funzione ed efficacia del contratto collettivo nell'attuale sistema delle relazioni sindacali e nell'ordinamento statale*, RGL, I, p. 457 ss.

Lai M. (2004), *Nuova disciplina del tempo di lavoro e tutela della salute e della sicurezza: riflessioni sul d.lgs. n. 66/2003*, RIDL, I, p. 63 ss.

Lambertucci P. (2001), *L'evoluzione della disciplina del contratto a termine tra oscillazioni giurisprudenziali e normativa comunitaria*, ADL, p. 503 ss.

Lassandari A. (2001), *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, Milano.

Lazzeroni L. (1999), *Il contratto collettivo aziendale*, dattiloscritto.

Leccese V. (2001), *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari.

Leccese V. (2004), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro (d.lgs. n. 66/2003)*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/*2003, Cacucci, Bari, p. 189 ss.

Leone G. (2001), *Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare*, DLRI, p. 277ss.

Liebman S. (1986), *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, Giuffrè, Milano.

Liebman S. (1993), *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano.

Liebman S. (1999), *La disciplina delle mansioni nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, ADL, p. 627 ss.

Liso F. (1982), *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano.

Liso F. (1998a), *Autonomia collettiva e occupazione*, DLRI, p. 191 ss.

Liso F. (1998b), *La più recente giurisprudenza sul lavoro pubblico. Spunti critici*, ADL, p. 189 ss.

Liso F. (2004), *Analisi dei punti critici della «Legge Biagi»: spunti di riflessione*, Relazione al seminario in memoria di Massimo D'Antona, Roma, 20 maggio 2004 (i riferimenti si intendono operati al dattiloscritto).

Lo Faro A. (2002a), *Italia*, in *La regolamentazione del* part-time *in Europa*, DLRI, p. 603 ss.

Lo Faro A. (2000b), *Europei, comunitari e comunitarizzati: i contratti collettivi nell'era della sovranazionalità*, RGL (n. 4, monografico su *L'Europa sociale e i diritti fondamentali*), I, p. 861 ss.

Lo Faro A. (1999), *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Giuffrè, Milano.

Loffredo A. (2004), *Contratto collettivo e sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in Santucci R., Zoppoli L. (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, p. 185 ss.

Luciani V., Santagata R. (2004), *Legittimazione dei soggetti sindacali ed efficacia del contratto collettivo*, in Santucci R., Zoppoli L. (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, p. 79 ss.

Lunardon F. (1999), *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Giappichelli, Torino.

Mancini F. (1963), *Libertà sindacale e contratto collettivo «erga omnes»*, RTDPC, p. 570 ss. (ora in Id., *Costituzione e movimento operaio*, il Mulino, Bologna, 1976, p. 133 ss., con il titolo *Il problema dell'art. 39 (libertà sindacale e contratto collettivo «erga omnes»)*).

Maresca A. (2000), *Concertazione e contrattazione*, ADL, p. 197 ss.

Maresca A. (2003a), *Cenni sulla nuova disciplina del lavoro straordinario*, Relazione al convegno su *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 19 giugno 2003 (i riferimenti si intendono operati al dattiloscritto).

Maresca A. (2003b), *Durata massima dell'orario di lavoro e contrattazione collettiva*, DPL, p. 2999 ss.

Mariucci L. (1985), *Contrattazione collettiva e rappresentatività sindacale: i termini del problema e le possibili prospettive*, PD, p. 407 ss.

Mastinu E.M. (2002), *I contenuti obbligatori intersindacali nella teoria giuridica del contratto collettivo*, Giappichelli, Torino.

Mazziotti F. (2003), *Flessibilità del lavoro e legge delega*, DML, p. 21 ss.

Mazzotta O. (2003), *Novità in materia di organizzazione dell'orario*, Relazione al convegno su *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 19 giugno 2003 (i riferimenti si intendono operati al dattiloscritto).

Menghini L. (2002), *La nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in Id. (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine. D.Lgs. n. 368/2001*, Ipsoa, Milano, p. 3 ss.

Mengoni L. (1979), *Sulla legittimità costituzionale delle nuove norme per l'applicazione dell'indennità di contingenza*, MGL, p. 327 ss.

Mengoni L. (1980), *Legge e autonomia collettiva*, MGL, p. 692 ss.

Modugno F. (1988), *Fonti del diritto. Diritto costituzionale*, Enc. giur. Treccani, Roma.

Monaco M.P. (2003), *Modelli di rappresentanza e contratto collettivo*, Giuffrè, Milano.

Montuschi L. (2001), *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, ADL, p. 41 ss.

Mortati C. (1998), *La costituzione in senso materiale*, ristampa inalterata, Giuffrè, Milano.

Morgera P. (1990), *Lavoro a tempo parziale*, in Enc. giur. Treccani, vol. XVIII, Roma.

Napoli M. (1999), *Sindacato*, Digesto, vol. XI, Utet, Torino, p. 509 ss. (ora in Id., *Lavoro, diritto, mutamento sociale (1997-2001)*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 217 ss.).

Napoli M. (2003), *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine*, in Garilli A., Napoli M. (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, p. 85 ss.

Napoli M. (2004), *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Relazione alle giornate di studio Aidlass, Padova, 21-22 maggio 2004 (i riferimenti si intendono operati al dattiloscritto).

Natullo G. (2004), *La contrattazione «gestionale»: distinzioni reali ed apparenti dal contratto «normativo»*, in Santucci R., Zoppoli L. (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, p. 49 ss.

Nogler L. (1994), *Interessi collettivi indivisibili ed efficacia* erga omnes *del contratto aziendale*, RIDL, 1994, II, p. 61 ss.

Nogler L., Zoli C. (2000), *Efficacia del contratto collettivo e parità di trattamento*, in Carinci F., D'Antona M. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario*, tomo II, Giuffrè, Milano, p. 1427 ss.

Onida V. (1997), *Le costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in Amato G., Barbera A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. I, il Mulino, Bologna, p. 77 ss.

Orsi Battaglini A. (1993), *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, DLRI, p. 461 ss.

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

Pascucci P. (1999), *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Giappichelli, Torino.

Passalacqua P. (2002), *Il ruolo della contrattazione collettiva nella regolamentazione del contratto a termine*, in Perone G. (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giappichelli, Torino, p. 127 ss.

Pedrazzoli M. (1990), *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, LD, p. 355 ss. (parte I) e p. 549 ss. (parte II).

Pera G. (1958), *Fondamento ed efficacia del contratto collettivo di lavoro di diritto comune*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Cedam, Padova, p. 133 ss.

Pera G. (1960), *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Feltrinelli, Milano.

Pera G., Papaleoni M. (2003), *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova.

Persiani M. (1995), *Diritto del lavoro e razionalità*, ADL, n. 1, p. 1 ss.

Persiani M. (1999), *Contratti collettivi normativi e contratti gestionali*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, tomo I, Cacucci, Bari, p. 797 ss.

Persiani M. (2004), *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, ADL, p. 1 ss.

Perulli A. (2004), *Modelli di concertazione in Italia: dallo «scambio politico» al «dialogo sociale»*, RGL, I, p. 21 ss.

Pessi R. (1984), *Ancora sui contratti di solidarietà (d.l. 21 febbraio 1984 n. 12)*, DL, I, p. 28 ss.

Pinto V. (2002), *Lavoro* part-time *e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, DLRI, p. 275 ss.

Pinto V. (2004), *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, Ediesse, Roma.

Pinto V., Voza R. (2002), *Il governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal* Libro bianco *al disegno di legge delega*, RGL, I, p. 453 ss.

Pisani C. (2000), *Commento all'art. 25, d.lgs. n. 80/1998*, in Dell'Olio M., Sassani B. (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, Giuffrè, Milano, p. 197 ss.

Pizzoferrato A. (2001), *Il ccnl quale strumento di attuazione delle direttive comunitarie: verso una possibile revisione del ruolo delle fonti in materia sociale*, LG, p. 116 ss.

Proia G. (1994), *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Giuffrè, Milano.

Proia G. (2002), *Il contratto collettivo fonte e le «funzioni» della contrattazione collettiva*, ne *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio Aidlass, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Giuffrè, Milano, p. 112 ss.

Prosperetti G. (1989), *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Franco Angeli, Milano.

Ricci G. (2003), *La direttiva comunitaria «di codificazione» sull'organizzazione dell'orario di lavoro*, GL, n. 48, p. 21 ss.

Ricci G. (2004), *Le deroghe alla disciplina in materia di riposo giornaliero, diritto alla pausa, lavoro notturno e durata "media" della prestazione di lavoro*, in Leccese V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana attuativa delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, di prossima pubblicazione (i riferimenti si intendono operati al dattiloscritto).

Ricci M. (1999), *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, Bari.

Ricci M. (2001), *Sciopero nei servizi pubblici essenziali tra vecchi e nuovi limiti*, in Ricci M. (a cura di), *Sciopero e servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, Torino, p. 1 ss.

Ricci M. (2004), *Le finalità del D.Lgs. n. 276/2003*, in Carinci F. (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. I (a cura di Miscione M. e Ricci M.), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, p. 4 ss.

Roccella M. (2000), *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, LD, 351 ss.

Roccella M. (2004), *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali all'epoca del governo Berlusconi*, LD, di prossima pubblicazione (i riferimenti si intendono operati al dattiloscritto).

Romagnoli U. (1963), *Il contratto collettivo di impresa*, Giuffrè, Milano.

Romagnoli U. (1977), *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, RTDPC, p. 1048 ss.

Rusciano M. (1987), *Sul problema della rappresentanza sindacale*, DLRI, 229 ss.

Rusciano M. (1996), *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, DLRI, p. 245 ss.

Rusciano M. (2003), *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino.

Sandulli P. (1990), *Orario di lavoro. I) Rapporto di lavoro privato*, Enc. giur. Treccani, vol. XXI, Roma.

Santoro Passarelli G. (1976), *Sulla libertà sindacale dell'imprenditore*, RTDPC, p. 170 ss.

Santoro Passarelli G. (1989), *Istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale?*, DLRI, p. 329 ss.

Scaccia G. (2000), *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano.

Scarpelli F. (1993), *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, Milano.

Scarponi S. (2004), *Il lavoro a tempo parziale*, Working paper del Centro studi di diritto del lavoro europeo "Massimo D'Antona", n. 31, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione.

Serra C. (2003), *Il ruolo dell'autonomia collettiva*, in Tiraboschi M. (a cura di), *La riforma Biagi*, GL, Supplemento, n. 4, p. 16 ss.

Simitis S. (1986), *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, DLRI, p. 215 ss.

Simonato D. (2003), *Commento all'art. 1, co. 2*, in Cester C., Mattarolo M.G., Tremolada M. (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Giuffrè, Milano, p. 37 ss.

Sorrentino F. (2002), *Le fonti del diritto*, ECIG, Genova.

Speziale V. (2001), *La nuova legge sul lavoro a termine*, DLRI, p. 361 ss.

Speziale V. (2004), *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro*, in Gragnoli E., Perulli A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al D.Lgs. 10.09.2003, n. 276*, Cedam, Padova, di prossima pubblicazione (i riferimenti si intendono operati al dattiloscritto).

Tarello G. (1967), *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Ed. di Comunità, Milano.

Tiraboschi M. (2002), *Apposizione del termine*, in Biagi M. (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, p. 87 ss.

Tiraboschi M., Russo A. (2003), *Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/Ce*, GL, n. 17, p. 10 ss.

Tosi P. (1985), *Contratto collettivo e rappresentanza sindacale*, PD, p. 363 ss.

Tosi P. (1988), *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, DLRI, p. 449 ss.

Tosi R. (1994), *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in Aa.Vv., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici* (atti del seminario di Roma, 13-14 ottobre 1992), Giuffrè, Milano, p. 277 ss.

Tremolada M. (2000), *Autonomia privata e parità di trattamento fra lavoratori*, Cedam, Padova.

Tremolada M. (2003), *Commento all'art. 1, co. 1*, in Cester C., Mattarolo M.G., Tremolada M. (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Giuffrè, Milano, p. 1 ss.

Treu T. (1968), *Teorie e ideologie nel diritto sindacale (a proposito di un recente libro)*, RTDPC, p. 1626 ss.

Treu T. (2004), *Il decreto legislativo 276/03 e la contrattazione collettiva*, in Pedersini R. (a cura di), *Oltre la flessibilità*, Ed. Lavoro, Roma, p. 111 ss.

Tursi A. (2001), *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano.

Tursi A. (2002), *Il contratto collettivo e la previdenza pensionistica pubblica e privata*, ne *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio Aidlass, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Giuffrè, Milano, p. 199 ss.

Vallebona A. (1997), *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, DLRI, p. 381 ss.

Vallebona A., Pisani C. (2001), *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova.

Veneziani B. (1989), *Il sindacato dalla rappresentanza alla rappresentatività*, DLRI, p. 373 ss.

Viscomi A. (2004), *Contratto e contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni*, in Santucci R., Zoppoli L. (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, p. 63 ss.

Voza R. (2004a), *La destrutturazione del tempo di lavoro:* part-time, *lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/*2003, Cacucci, Bari, p. 237 ss.

Voza R. (2004b), *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Cacucci, Bari.

Wedderburn B. Lord (1995), *Labour Law and Freedom*, Lawrence & Wishart, London.

Zilio Grandi G. (1998), *Parti sociali e contratto collettivo nell'Unione europea*, Giappichelli, Torino.

Zoli C. (1992), *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, Padova.

Zoli C. (2002), *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, ne *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio Aidlass, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Giuffrè, Milano, p. 303 ss.

Zoli C. (2004), *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, Relazione alle giornate di studio Aidlass, Padova, 21-22 maggio 2004 (i riferimenti si intendono operati al dattiloscritto).

Zoppoli L. (1997), *Il contratto collettivo per il lavoro pubblico: funzionalizzazione, soggettività e costituzionalità*, ne *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Atti delle giornate di studio Aidlass, L'Aquila, 31 maggio - 1° giugno 1996, Giuffrè, Milano, p. 263 ss.

Zoppoli L. (2002), *Il contratto collettivo con funzione normativa nel sistema delle fonti*, ne *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio Aidlass, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Giuffrè, Milano, p. 238 ss.

Zoppoli L. (2003), *Accertamento pregiudiziale e contratto collettivo nel lavoro pubblico: ancora una sentenza tranquillizzante*, DLM, p. 461 ss.

Zoppoli L. (2004), *L'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni*, in Carinci F., Zoppoli L. (diretto da), *Commentario del lavoro pubblico*, vol. II, Utet, Torino, p. 437 ss.

Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*

Franco Scarpelli

1. Problemi, interessi e tecniche nella disciplina del trasferimento d'azienda 77

2. La prosecuzione del rapporto di lavoro: cogenza o derogabilità della regola di continuità dal punto di vista del datore di lavoro. Il licenziamento 79

3. La continuità del rapporto di lavoro dal punto di vista del lavoratore: il (negato) diritto al dissenso 81

3.1. Segue: il conferimento di attività da parte delle pubbliche amministrazioni 84

4. Le dimissioni per sostanziale modifica delle condizioni di lavoro: problemi interpretativi 86

5. La conservazione dei diritti e degli obblighi che derivano dal rapporto di lavoro 90

5.1. I trattamenti collettivi 91

5.2. Il problema degli usi aziendali … 96

5.3. … e quello dei trattamenti previdenziali integrativi 98

6. L'obbligazione solidale prevista dal secondo comma dell'art. 2112 c.c. 101

7. Il regime di solidarietà negli appalti successivi al trasferimento di ramo d'azienda 103

8. Bibliografia 107

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 20/2004

1. Problemi, interessi e tecniche nella disciplina del trasferimento d'azienda

La disciplina del trasferimento d'azienda è al centro, da alcuni anni, di un rinnovato interesse e di un caotico succedersi di novità normative e contrasti interpretativi, sia in sede giurisprudenziale sia in sede dottrinale, tanto da dare luogo a un'intensa produzione di saggi in argomento. La ragione è ormai ampiamente segnalata e analizzata, e attiene alla centralità dell'argomento rispetto alle evoluzioni dei modelli organizzativi della produzione: in particolare, al progressivo affermarsi di tecniche di segmentazione dell'impresa. La disciplina lavoristica del trasferimento d'azienda si è dunque trovata a svolgere funzioni e sopportare tensioni interpretative non prevedibili, sino a che regolava la più semplice vicenda circolatoria di un'intera azienda da un titolare all'altro, e a dover trovare nuovi equilibri tra i più complessi o sfaccettati interessi chiamati in campo da fenomeni come le esternalizzazioni, le tecniche di terziarizzazione interna dei servizi, di articolazione contrattuale tra più soggetti imprenditoriali del processo produttivo, ecc. (tra i tanti contributi, vedi Corazza 2003, De Luca Tamajo 2002, AIDLaSS 2000).

Il tema, si diceva, è stato percorso così frequentemente da non dover essere ripreso ancora una volta dal principio, potendo rinviare ai numerosi studi organici in materia (tra gli altri Romei 1993; Cosio 1995; Lambertucci 1999; Villani 2000): peraltro, sul piano tecnico esso è emerso soprattutto nel dibattito sulla nozione di azienda e ramo d'azienda, ovvero sul problema del campo di applicazione della disciplina di cui all'art. 2112 c.c. e all'art. 47 l. 428/90, che appartiene alla competenza di altro contributo in questo volume. Il dibattito sulla fattispecie e sul campo di applicazione, cioè, è stato il prioritario terreno di emersione delle tensioni sulle regole, ovvero sugli effetti in termini di disciplina: il segno e l'effettività di questa vengono messi in forte discussione dal mutamento del fenomeno regolato (Vallauri 2002, p. 638), cosicché lo scontro delle diverse opzioni interpretative si è prodotto sul *se* dell'applicazione della disciplina, prima ancora che sui suoi contenuti; ciò che può essere bene evidenziato da una veloce analisi delle fattispecie concrete oggetto delle sentenze pubblicate nelle annate recenti delle riviste di settore, nelle quali sono spesso i datori di lavoro a invocare l'applicazione di una normativa alla quale in passato tendevano a sottrarsi.

L'assetto degli interessi investiti dalle regole legali è oggi assai più complesso, superando la tradizionale dialettica binaria (Romei 2000, p. 142), così da rendere più difficile ricostruire in via interpretativa - a fronte di un dato normativo spesso ambiguo o incompleto - punti corretti di equilibrio tra gli interessi in campo, nella valorizzazione maggiore o minore dell'una o dell'altra *ratio* sottesa alla disciplina legale. L'interesse imprenditoriale può andare oltre quello desumibile dalla specifica operazione contrattuale di cessione dell'azienda e connettersi a operazioni di ristrutturazione 'morbida' dell'impresa (evitando le più onerose riduzioni del personale) ovvero di riorganizzazione dell'attività produttiva mediante affidamento di sue porzioni a soggetti distinti, ma fortemente integrati; dal lato dei lavoratori la continuità del contratto in capo al cessionario non sempre (come in genere avveniva in passato) costituisce sufficiente garanzia di stabilità nel tempo del rapporto, della collocazione professionale e dei trattamento economici; sul piano collettivo, infine, viene in gioco l'interesse al mantenimento di un'omogenea area contrattuale e di adeguate condizioni di radicamento tra i lavoratori, minacciato dal processo di frammentazione dell'impresa.

Nella nostra analisi dobbiamo dare per risolto il problema della fattispecie e rivolgerci ai casi in cui, in base all'una o all'altra soluzione interpretativa, sia postulata l'applicazione della disciplina dell'art. 2112 c.c. (in tal senso, faremo uso della locuzione riassuntiva "trasferimento d'azienda",

senza richiamare il complesso dibattito sulla sua stessa attuale idoneità): non è dubbio tuttavia che le medesime tensioni interpretative riemergano puntualmente su singoli aspetti di disciplina, i più rilevanti dei quali sono rappresentati dalla cogenza o derogabilità della regola di continuità del rapporto di lavoro in capo al cessionario e dal destino del patrimonio di regole, diritti ed obblighi (soprattutto di fonte collettiva) già vigenti presso il cedente. Il nostro proposito, in questa sede, è dunque quello di procedere per problemi interpretativi, dando maggiore spazio a quelli più controversi e tentando per ognuno di essi di enucleare le ragioni del dibattito.

Per molte questioni, la ricostruzione è resa complessa dall'inseguirsi e sovrapporsi dei 'materiali' da prendere in considerazione: la direttiva comunitaria (oggi riformulata nella versione della Dir. 2001/23/CE del 12 marzo 2001), la giurisprudenza della Corte di Giustizia, il succedersi di interventi legislativi di riforma dell'art. 2112.

Il rapporto col diritto comunitario rivela, in questi argomenti, difficoltà metodologiche di non poco impegno. Se infatti è vero che i contenuti della direttiva e le pronunce della Corte di Lussemburgo rappresentano un punto di riferimento continuo per l'interpretazione del diritto interno, questa si svolge su un piano differente da quello tipico del diritto europeo, che è un diritto non dogmatico, funzionale, orientato alla realizzazione di obiettivi: l'interpretazione della disciplina interna va quindi svolta realizzando nei limiti del possibile la coerenza con gli obblighi derivanti dal diritto europeo, ma senza abbandonare il piano della corretta ricostruzione dogmatica e sistematica, nel nostro ordinamento, dei singoli istituti giuridici (segnala il problema Grandi s.d., p. 1), regola che non sempre appare rispettata (come si vedrà, ad esempio, in materia di successione dei contratti collettivi).

Anche il confronto con l'intervento del legislatore pone talvolta difficoltà nuove. Ciò avviene, ad esempio, nei casi in cui la legge opera la trasposizione nell'ordinamento interno di nozioni del diritto comunitario tralasciando appunto di darne adeguato e coerente sviluppo in rapporto a regole e strumenti della specifica tradizione giuridica nazionale: è quanto verificatosi con la previsione delle dimissioni dovute alla sostanziale modifica delle condizioni di lavoro, istituto che pone rilevanti difficoltà applicative e di collocazione sistematica (v. *infra*).

Ma il legislatore degli ultimi anni pare anche incorrere, con maggiore frequenza, in quello che a me pare un difetto e un errore, oltre che un preoccupante indice di un eccesso di regolazione, da un lato, e di un rapporto non equilibrato tra funzione regolativa e funzione dell'interpretazione: è la tendenza (alla quale soprattutto il legislatore-tecnico, in sede di decretazione delegata, sembra non riuscire a sottrarsi) a intervenire con la regola legale per risolvere minuti problemi interpretativi della previgente disciplina, ovvero per arrestare o prevenire sviluppi giurisprudenziali e dottrinali ritenuti in contrasto con la linea di politica del diritto prescelta; in poche parole, la tendenza del legislatore a scendere dal piano della regolazione generale a quello dell'interpretazione. Tale tendenza ha assunto dimensioni preoccupanti con la recentissima legislazione sul mercato del lavoro (d.lgs; 276/2003), ma non ne mancano esempi in precedenza e in particolare, quel che più ci interessa, nella riforma del D.Lgs. 18/2001 sul trasferimento d'azienda. Se in qualche caso, come nell'opera di cesello sulla nozione di ramo d'azienda, il dialogo tra legislatore e interprete attiene comunque a un punto chiave dell'operazione di politica del diritto, altri interventi iperregolativi paiono meno giustificati e forieri di problemi più che di soluzioni: è il caso, come si vedrà, delle modifiche apportate nel 2001 alla regola legale in materia di successione dei trattamenti collettivi, che è intervenuta su un dibattito ancora ben poco maturo (almeno sul piano giurisprudenziale) introducendo una regola foriera di ulteriori problemi.

2. La prosecuzione del rapporto di lavoro: cogenza o derogabilità della regola di continuità dal punto di vista del datore di lavoro. Il licenziamento

La regola di continuità del rapporto in capo al cessionario dell'azienda, ovvero la sostituzione soggettiva di quest'ultimo al cedente nella posizione di datore di lavoro, è stata da sempre il prioritario terreno di tensione applicativa della norma. Nella Direttiva, essa si esprime ellitticamente nella garanzia del trasferimento al cessionario dei "diritti e (de)gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento"; nell'art. 2112 viene evidenziata affermando ancora più direttamente che il rapporto di lavoro "continua con il cessionario", presupposto in forza del quale il lavoratore "conserva tutti i diritti che ne derivano".

Il tradizionale carico protettivo di tale regola - intesa a garantire la stabilità dell'occupazione legando il contratto di lavoro in via prioritaria al substrato materiale e organizzativo dell'impresa, più che al suo titolare - si esprime normalmente nelle controversie miranti a dare effettività al comando, disvelando le operazioni mascherate di cessione dell'azienda (ad esempio perché operate con la cessione di singoli beni e rapporti, ma non dei - o di parte dei - lavoratori) e affermando il diritto dei lavoratori a seguirne i destini presso il nuovo titolare, mediante sentenza di accertamento della prosecuzione del rapporto in capo a quest'ultimo, ove il lavoratore sia stato licenziato dall'originario datore di lavoro[241]. In questo senso, la regola lavoristica pone un limite agli interessi commerciali degli imprenditori cedente e cessionario, non più (come erano nella *ratio* originaria dell'art. 2112: Grandi 1972, p. 249 ss.; Luciani 2003, p. 562) liberi di disporre della dimensione di organico del personale da dedurre nell'accordo sul trasferimento: in linea generale, può affermarsi che in tale prospettiva *ratio* commercialistica e *ratio* lavoristica si combinino virtuosamente, in quanto la tutela dell'occupazione si sposa ad una valutazione astratta del legame lavoro-azienda, in virtù dell'idoneità di quest'ultima ad essere compiuto strumento dell'attività di impresa. La regola di continuità dei rapporti si presenta dunque con carattere imperativo e inderogabile per i soggetti dell'operazione commerciale, affermato tanto nell'ambito del diritto comunitario[242] quanto, pacificamente, nell'analisi dell'art. 2112 (Ballestrero 2002, p. 206).

Il problema di un'eventuale diversa valutazione, da parte degli imprenditori coinvolti nell'operazione commerciale, riemerge però sotto altri profili. In primo luogo si discute della possibilità dell'imprenditore, in caso di cessioni parziali di attività, di 'scegliere' quali lavoratori cedere, trattenendo presso di sé una parte dei dipendenti addetti all'attività ceduta, anche eventualmente in accordo col cessionario[243]. In linea generale, anche in considerazione della chiara giurisprudenza comunitaria in merito, tale possibilità deve essere esclusa, ponendosi semmai il problema concreto dell'individuazione dei lavoratori effettivamente addetti al ramo ceduto, tanto più complesso ove si ammetta una nozione di ramo d'azienda slegata da dati materiali o dal consolidato assetto produttivo dell'impresa nelle vicende preesistenti al trasferimento[244]. Sul piano teorico, dunque, pur scontandone i problemi di applicazione concreta, può formularsi una sorta di regola di cristallizzazione dell'organico addetto al ramo d'azienda ceduto, che cedente e cessionario non possono alterare in occasione del trasferimento. Ciò evidentemente non può impedire che *prima*

---

[241] V. di recente Trib. Firenze 29 novembre 2001, in *D&L*, 2002, 2, 390.

[242] Da ultimo Corte Giust. 24 gennaio 2002, *Temco Service*, causa C 51/00, in *D&L*, 2002, 1, 57.

[243] V. in senso positivo Trib. Milano 30 maggio 1998, in *ADL*, 1998, n. 3, p. 1019; sul tema v. Petrassi, 1998 e Aimo, 1999.

[244] Per il criterio della prevalenza delle mansioni svolte v. Corte App. Milano, 4 giugno 2002, in *D&L*, 2002, 3, 650.

del trasferimento il datore di lavoro cedente, nell'utilizzo del proprio potere direttivo, trasferisca il dipendente ad altra funzione o ad altro luogo di lavoro: nel caso, oltre alla normale verifica della correttezza e legittimità dell'atto di gestione del rapporto di lavoro (ai sensi dell'art. 2103, delle norme antidiscriminatorie, ecc.), dovrà dedicarsi particolare attenzione al profilo dell'eventuale nullità dell'atto per frode alla legge, da valutarsi in relazione alla sussistenza di ragioni organizzative effettivamente autonome rispetto all'operazione imprenditoriale di cessione dell'attività.

In secondo luogo, il tema dell'inderogabilità della regola di continuità del rapporto si connette a quello del regime del recesso, sul quale sia la direttiva sia la norma interna sentono il bisogno di precisare che il trasferimento d'azienda non costituisce "di per sé" motivo di licenziamento: resta ferma peraltro la disciplina generale del recesso e in particolare, secondo la direttiva, la possibilità di licenziamenti "per motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione".

Sul punto si è sviluppato un dibattito teorico piuttosto vivace (v. riassuntivamente Lambertucci 1999, p. 59 ss.), teso a distinguere i limiti al recesso in capo al cedente e al cessionario, ovvero il profilo dei licenziamenti individuali o collettivi per motivi organizzativi. La riformulazione della norma col suo inserimento nel corpo dell'art. 2112 (e non più nell'art. 47 l. 428/90, ove faceva riferimento al solo alienante) dovrebbe far comprendere che, almeno sul piano teorico, il principio è chiaro: l'eventuale recesso deve essere giustificato in relazione a vicende del tutto autonome rispetto al mutamento di titolarità dell'azienda, che al massimo ne potrà costituire l'occasione storica; sul piano del rapporto causale, la giustificazione del recesso deve 'reggere' al sindacato giudiziario anche con riferimento all'ipotesi in cui il trasferimento non fosse avvenuto.

È evidente che, in pratica, l'applicazione di tale schema teorico potrà non essere scontata, e in questa prospettiva possono giustificarsi le distinzioni affacciatesi in dottrina: non tanto quella tra licenziamenti individuali e collettivi, che presuppone una differenza ontologica tra le due fattispecie definitivamente superata con la legge 223/1991 (v., se vuoi, Scarpelli 1997), quanto quella tra cedente e cessionario, poiché il primo non potrà giustificare licenziamenti le cui ragioni affondino in esigenze oggettive dell'organizzazione del lavoro proiettate successivamente alla cessione dell'azienda, licenziamenti che dunque dal suo punto di vista trovano unico motivo nell'agevolazione (eventualmente su richiesta del cessionario) del trasferimento. Diversamente dovrà dirsi per licenziamenti coincidenti con una riorganizzazione aziendale pre-cessione, che dia luogo a una nuova organizzazione del lavoro in grado di funzionare a prescindere dalla cessione dell'azienda; se tale requisito sussiste, poco importa che lo snellimento dell'organizzazione aziendale sia posto in essere anche per rendere più appetibile la cessione. Per fare degli esempi, potrà ritenersi giustificata una riduzione del personale amministrativo operata (prima ed eventualmente anche in vista della cessione) sulla base di un modello di organizzazione del lavoro idoneo a funzionare anche ove la cessione non si perfezioni; non così, invece, ove il licenziamento di alcuni lavoratori da parte del cedente trovi fondamento nella duplicazione di figure professionali successiva all'imminente cessione.

I licenziamenti giustificati da esigenze e mutamenti dell'organizzazione del lavoro conseguenti alla cessione dell'azienda (ed eventualmente al suo inserimento in un diverso più ampio contesto organizzativo) potranno dunque essere intimati dal solo cessionario: non senza precisare che, ove gli stessi siano connessi alla cessione dovranno essere oggetto dell'informazione ed eventuale consultazione in sede di procedura ex art. 47 l. 428/90, essendo indubbio che si tratta di "conseguenze" giuridiche e sociali del trasferimento stesso. In tal senso, la connessione tra trasferimento

e licenziamento dovrà essere valutata oggettivamente, in termini di causa ed effetto, a prescindere dalla soggettiva coscienza e volontà del cessionario: la breve distanza temporale dei licenziamenti è certo un indice del rapporto di conseguenzialità, ma ciò che più conta (sia nel breve sia nel medio periodo) è se tra il trasferimento e gli stessi siano intervenuti fatti nuovi, circostanze o avvenimenti, sia interni all'impresa sia di mercato, tali da determinare autonomamente la necessità e volontà di riduzione del personale (o comunque di licenziamento per motivi oggettivi), senza che le medesime possano più considerarsi originate dalla cessione[245]. Si tratta di un giudizio che dovrà essere operato sulla base di criteri di normalità tecnica, e che presuppone evidentemente in capo al cedente e al cessionario, in sede procedurale, un onere previsionale e di completa programmazione degli effetti conseguenti all'acquisizione della azienda, la cui sanzione si riflette sia sul piano collettivo sia sul piano individuale: ove sia accertato il collegamento causale, infatti, la mancata considerazione di tali conseguenze in sede procedurale dovrà considerarsi comportamento antisindacale ma sarà altresì, sul piano del rapporto individuale, motivo di inefficacia dei licenziamenti[246].

Un problema connesso è quello se la sede procedurale ex art. 47 (e dunque in un momento precedente al passaggio dei rapporti) possa costituire il luogo ove assolvere anche gli obblighi procedurali ex art. 4 l. 223/1991, quando il cessionario voglia anticipare i tempi di una riduzione del personale, purché, si ripete, le ragioni della medesima siano effettivamente autonome rispetto alla cessione. In linea teorica non vedo motivi ostativi alla sovrapposizione delle due procedure, ove siano rispettati pienamente gli obblighi formali e sostanziali previsti da entrambe le norme[247] e la riduzione del personale interessi specificamente l'azienda trasferita. Invece, tale sovrapposizione non sarà ammissibile quando le ragioni oggettive dei licenziamenti non riguardino la sola azienda ceduta ma la diversa organizzazione del lavoro destinata a crearsi successivamente al trasferimento (soprattutto nei casi di incorporazione di un ramo d'azienda in una più ampia organizzazione produttiva): in tale ipotesi, l'ambito di interazione degli interessi collettivi e individuali coinvolti nei licenziamenti sarà diverso da quello interessato alla procedura ex art. 47; in particolare, i lavoratori ceduti e potenzialmente licenziandi avranno diritto alla comparazione della loro posizione, sotto il profilo dei criteri di scelta ex art. 5 l. 223, nell'intero complesso aziendale prodottosi a seguito della cessione.

3. La continuità del rapporto di lavoro dal punto di vista del lavoratore: il (negato) diritto al dissenso

Negli ultimi anni si è sviluppato un dibattito piuttosto vivace sulla questione se la regola di continuità del rapporto di lavoro sia cogente anche nei confronti del lavoratore, ovvero se lo stesso possa opporre il proprio dissenso alla sostituzione soggettiva del datore di lavoro, proseguendo il rapporto di lavoro (salvi i successivi sviluppi, anche eventualmente in termini di licenziamento) in

---

[245] Per considerazioni analoghe sulla ricostruzione del nesso di causalità tra trasferimento - e relativi obblighi procedurali - e successive decisioni organizzative del cessionario (sia pure in una fattispecie ove non si trattava di licenziamenti), Trib. Milano, 20 settembre 2002, in *D&L*, 2003, 1, 49, spec. 56.

[246] Secondo la corretta linea interpretativa, in materia di rilevanza degli obblighi procedurali collettivi, adottata in materia di cassa integrazione e licenziamenti collettivi: v. Cass. S.U. 11 maggio 2000, n. 302, in *RIDL*, 2001, 4, 777.

[247] Potrebbe obiettarsi che in sede procedurale il cessionario non ha ancora la qualità di datore di lavoro presupposta dalla legge 223/91: ciò che a mio parere comporta l'impossibilità di una intimazione dei licenziamenti prima del perfezionarsi della cessione ma non, pena un irragionevole formalismo, l'inidoneità ad avviare la procedura di confronto con le organizzazioni sindacali. La possibilità di unificare le procedure, oltretutto, può ampliare i margini di disponibilità di soluzioni alternative ai recessi, laddove il rinvio a un momento successivo alla cessione può determinare che i giochi siano in parte già fatti e ridurre lo spazio di negoziazione sindacale.

capo al cedente. Un dibattito che si spiega proprio in relazione alle problematiche nuove insorte nei casi di separazione ed esternalizzazione, mediante trasferimento ex art. 2112, di rami d'azienda spesso consistenti in attività accessorie al *core business*: casi nei quali molto spesso le organizzazioni sindacali e i singoli lavoratori, vedendo nella cessione dei rapporti una mascherata riduzione del personale o comunque una forte compromissione delle prospettive occupazionali o professionali, hanno contestato la sussistenza di un legittimo trasferimento e hanno comunque opposto la pretesa di rimanere alle dipendenze del cedente. Peraltro, tale discussione non può essere completamente compresa senza connetterla al coevo tentativo, da parte delle giurisprudenza e di settori della dottrina, di indebolire i presupposti di fattispecie del ramo aziendale, avvalendosi (a nostro parere, in maniera metodologicamente scorretta) di alcuni sviluppi della giurisprudenza della Corte di Giustizia apparentemente legittimanti una nozione sempre più smaterializzata di azienda o attività d'impresa: un tentativo il cui segno è quello di accompagnare "le esigenze dei processi di ristrutturazione aziendale, di riconversione industriale e di delocalizzazione delle imprese"[248], così adattando a diverse finalità una normativa sorta per la tutela di valori spesso compromessi da quegli stessi processi e imponendo il passaggio del lavoratore al cessionario, anche in casi nei quali si modifica sostanzialmente il nesso con il tipo di organizzazione imprenditoriale rispetto alla quale si era instaurato, con l'assunzione, il sinallagma contrattuale.

Tale opzione è ampiamente condivisa, tanto da apparire oggi maggioritaria nonostante il valore eversivo della *ratio* tradizionale della normativa lavoristica e l'alterazione dell'equilibrio di interessi che questa tutelava. La 'naturalezza' del passaggio del lavoratore alle dipendenze del cessionario era, a mio modo di vedere, connessa proprio alla relativa invarianza (nell'intera azienda o anche in un ramo di essa, se inteso nel senso tradizionale di stabilimento o unità produttiva complessa) del collegamento tra *rapporti contrattuali* di lavoro e *organizzazione tecnica* del lavoro[249]: di conseguenza, la cessione dell'azienda non altera significativamente (non più di quanto potesse avvenire in forza di evoluzioni degli assetti organizzativi presso il cedente) le condizioni di inserimento professionale, le prospettive di stabilità occupazionale, gli equilibri di potere collettivo, l'area di applicazione dei trattamenti contrattuali, ecc. Ben diverso è ciò che avviene, ad esempio, con la cessione di un ramo 'servizi generali' da un'impresa industriale a un'impresa di servizi, di dimensione e collocazione di mercato totalmente diverse, con diversi rapporti collettivi, che aspira a collocarsi nell'area di un diverso contratto collettivo nazionale, ecc. L'impressione è che la dimensione collettiva (in senso economico e funzionale, non in senso sindacale) delle esternalizzazioni provochi nell'interprete una sorta di atteggiamento necessitato, quasi per timore di opporsi a sviluppi dotati di una propria ineluttabilità, nonostante gli stessi pongano in secondo piano i valori dell'autonomia e dei diritti individuali.

In ogni caso, la questione è troppo dibattuta e nota per riprenderla qui nei suoi termini complessi (v. tra i contributi più recenti Cascioli 2001; Lepore 2001; Cosio 2002; Frediani 2002; Montemarano 2002), sui quali chi scrive ha avuto modo più volte di pronunciarsi (Scarpelli 1999a, 1999b, 2003): peraltro, anche in giurisprudenza come già in dottrina la tesi della rilevanza del consenso del lavoratore pare destinata a rimanere minoritaria (ma non mancano consensi: da ultimo

---

[248] Sono le parole di Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, in *RIDL*, 2003 II, 148.

[249] È un nesso lucidamente evidenziato, ad esempio, da Minervini, 1958, p. 635.

Mazziotti 2004, p. 622), pur se l'importanza ad essa assegnata al fine di respingerla testimonia la rilevanza delle questioni che le sono sottese[250]. In questa sede, ci si limita pertanto a svolgere alcune osservazioni sugli sviluppi più recenti del dibattito.

In primo luogo, come si è detto, la questione del dissenso assume diversa rilevanza a seconda del quadro interpretativo in cui essa si colloca, con riferimento alla parallela questione della nozione di ramo d'azienda. Essa, non a caso, è stata proposta quale correttivo all'alterazione più estrema dell'equilibrio di valori e interessi insito nella disciplina lavoristica del trasferimento d'azienda, prodotta dall'orientamento che attenuava fortemente i criteri di controllo della consistenza organizzativa dell'attività oggetto dei processi di esternalizzazione: nelle contrarie prese di posizione giurisprudenziali e dottrinali, dunque, pare certamente più apprezzabile la posizione che alla critica alla teoria del consenso accosta una più rigorosa ricostruzione del substrato organizzativo della nozione di ramo d'azienda, in assenza del quale non è possibile per l'impresa avvalersi dello schema ex art. 2112 per la (necessaria) cessione dei contratti di lavoro[251]. Il tema, almeno da un punto di vista di politica del diritto, rischia ora di riaprirsi alla luce della recente riforma della norma codicistica, nei limiti in cui l'eliminazione del requisito della "preesistenza" dell'articolazione funzionalmente autonoma oggetto di cessione dovesse tornare a dare legittimità all'orientamento sopra richiamato (sul punto si rinvia al contributo che precede sui confini della fattispecie; v. anche Santoro Passarelli, 2003; Cester 2004).

In secondo luogo deve rilevarsi che dalla presa d'atto del carattere minoritario della tesi che sostiene l'attuale possibilità del dissenso del lavoratore, in caso di cessione parziale dell'attività d'impresa, pare inevitabile dedurre un vuoto di attuazione del diritto comunitario (salva l'ipotesi che si formulerà in conclusione del par. 4). Infatti, se pure è vero che la Direttiva non si esprime direttamente in materia, la giurisprudenza della Corte di Giustizia appare chiara nel disegnare un diverso assetto di interessi: l'affermazione del carattere inderogabile della regola di continuità del rapporto di lavoro nei confronti di cedente e cessionario e del diritto del lavoratore di opporsi alla cessione del medesimo al cedente[252], pare un indice inequivocabile della rilevanza, sul piano del diritto comunitario, della sola *ratio* lavoristica (diritto e non obbligo di continuità) della disciplina del trasferimento d'azienda, e del fatto che a quel livello non è introiettata anche la *ratio* commercialistica (diritto delle imprese a pretendere il passaggio dei dipendenti per garantire la potenzialità produttiva dell'azienda ceduta). È ben vero che la Corte di Lussemburgo ha ripetutamente affermato che le forme e conseguenze del diritto d'opposizione sono lasciate alla libera determinazione del legislatore nazionale, e che dunque non esiste un obbligo di disciplinarlo in termini di diritto a restare alle dipendenze del cedente: e tuttavia, sulla base di tali premesse, deve allora ritenersi che tale aspetto non sia stato disciplinato in alcun modo dal diritto italiano. Se si esclude l'ipotesi di applicare i principi generali del contratto (che condurrebbero a riconoscere la permanenza del rapporto in capo al cedente), in omaggio alla tesi prevalente che li ritiene

---

[250] V., nella giurisprudenza di legittimità le pronunce, tutte in senso negativo sul diritto al consenso ma con accenti diversi per altre questioni, di Cass. 22 luglio 2002, n. 10701, Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, in *RIDL*, 2003, II, 148.

[251] Questa posizione è ben rappresentata da Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, cit., provvedimento conclusivo del *leading case* dell'industria Ansaldo.

[252] Poiché, secondo la Corte, un obbligo del genere comprometterebbe i diritti fondamentali del lavoratore, e in particolare la libera scelta del proprio datore di lavoro: da ultimo Corte Giust. 24 gennaio 2002, *Temco Service*, cit.; in precedenza sent. 16 dicembre 1992, *Katsikas*, Racc. 1992, p. 6577; sent. 7 marzo 1996, *Mercks*, in *Lav. giur.,* 1996, n. 6, p. 717, con nota Corazza; sent. 12 novembre 1998, *Europièces*, Racc. 1998, p. 6979.

incompatibili con l'art. 2112, dovrebbe dunque concludersi per una carenza di attuazione del diritto comunitario, eventualmente rilevabile sul terreno dell'azione risarcitoria nei confronti dello Stato.

In realtà, è diffusa tra gli interpreti (Maresca 2001; Vallauri 2002, p. 642) una diversa tesi secondo la quale l'ordinamento interno, a seguito della riforma del 2001, conterrebbe una regola in materia, rappresentata dal diritto del lavoratore di dimettersi nei tre mesi successivi al trasferimento (imputando le dimissioni a colpa del datore di lavoro) quando subisca una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro. In merito, non si può non osservare che, con riferimento alle tematiche qui analizzate, il nuovo istituto delle dimissioni per mutamento sostanziale delle condizioni di lavoro attribuisce al lavoratore, nella gran parte dei casi, una tutela assai debole rispetto al pregiudizio derivante dall'affidamento che aveva operato sull'inserimento in una certa organizzazione del lavoro, al momento dell'assunzione presso il cedente. In ogni caso tale tesi non appare tecnicamente corretta, poiché il diritto di opposizione attiene agli effetti della cessione sui rapporti di lavoro, laddove la novella in tema di dimissioni presuppone appunto l'avvenuto mutamento del datore di lavoro e si proietta in un momento successivo a quello della cessione (così anche De Marchis 2001, p. 123); su tale piano si obietta che con tale scelta il legislatore ha comunque preso posizione sul punto, negando una diversa soluzione (Cester 2001, p. 512), ma riconoscendo che in materia manca una soluzione definitiva (Ballestrero 2002, p. 208)[253]. Potrebbe allora prospettarsi un'ulteriore tesi interpretativa, diretta a consentire l'esercizio delle dimissioni per sostanziale modifica delle condizioni di lavoro anche nei confronti del cedente: sul punto torneremo tra breve, occupandoci di tale istituto.

Una segnalazione merita, ancora, la recente emersione in giurisprudenza di una diversa tecnica di tutela del lavoratore contro esiti gravemente pregiudizievoli dell'effetto legale necessario della successione del contratto in capo al cessionario, nei casi in cui i processi di esternalizzazione, posti in essere con lo strumento giuridico del trasferimento d'azienda, siano attuati allo scopo prevalente di liberarsi di personale non gradito o in esubero. Si tratta dell'applicazione alla fattispecie dello schema della frode alla legge, anche eventualmente in forza di accertamenti fondati su elementi presuntivi concordanti[254]: una strada certamente interessante, anche se non priva di difficoltà e idonea a operare soltanto nelle fattispecie più estreme (cfr. Quadri 2003, p. 337 ss.).

3.1. Segue: il conferimento di attività da parte delle pubbliche amministrazioni

Infine, deve essere dedicato qualche cenno alla questione del passaggio dei lavoratori nel caso di trasferimento o conferimento a terzi di attività svolte da pubbliche amministrazioni (v. di recente, anche per riferimenti alla scarsa dottrina in materia, Casale 2003): questione che pare porre qualche problema ulteriore e si presenta con aspetti di particolare complessità e delicatezza, che lo

---

[253] E dunque, nuovamente, dovrebbe ritenersi un vuoto d' attuazione del diritto comunitario: sul punto, appaiono chiare le parole della Corte di Giustizia (sent. *Temco Service*, cit., par. 36): in caso di dissenso "la situazione del lavoratore dipende dalla normativa di ogni Stato membro: o il contratto può essere considerato risolto, nell'impresa cedente, su domanda del datore di lavoro o su domanda del dipendente, o il contratto può continuare con tale impresa"; le conseguenze del diritto di opposizione, dunque, devono svilupparsi necessariamente e per coerenza nella sfera giuridica del rapporto tra lavoratore e impresa cedente, e non invece (come avviene nella norma sulle dimissioni) nella sfera del cessionario.

[254] Trib. Padova 25 maggio 2002, in *LG*, 2003, 4, 361, con nota Barraco; Corte App. Napoli 23 marzo 2001, in *RGL*, 2001, II, 283, con nota Serreti, e in *LG*, 2001, 948, con nota Venditti; Trib. Nocera Inferiore 29 maggio 2001, in *RGL*, 2002, 3, 564, con nota Trimboli.

spazio del presente contributo non consente di affrontare a fondo. Peraltro, si tratta di problema destinato ad assumere sempre maggiore rilevanza per la tendenza all'incremento dei processi di privatizzazione ed esternalizzazione di attività e funzioni pubbliche (Novella 2001, De Simone 2001), oggetto di una precisa direttiva da parte del legislatore negli artt. 28 e 29 della legge finanziaria per il 2002[255]. L'art. 31 del D.Lgs. 165/2001 interviene in materia, rinviando all'applicazione della disciplina degli art. 2112 c.c. e 47 l. 428/1990: la disposizione tuttavia pone più di un interrogativo e sconsiglia un'automatica e non riflettuta estensione, ai lavoratori pubblici, di principi e regole dell'ambito privatistico.

In primo luogo, e in sintesi, deve rilevarsi che la fattispecie di applicazione individuata dal testo unico appare più ampia di quella del codice civile (Stancanelli 2003, p. 612), anche in considerazione della maggiore difficoltà ad applicare alle pubbliche amministrazioni il concetto di attività economica organizzata, definito con riferimento all'impresa: in ogni caso, il legislatore fa qui ampio riferimento al trasferimento di "attività", che sembra poter comprendere casi in cui ciò avvenga in assenza del conferimento di una struttura 'aziendale' nel senso definito dall'art. 2112. In tali ultime ipotesi, deve quantomeno dubitarsi della possibilità di un'automatica applicazione dell'effetto legale (necessario, secondo la tesi maggioritaria) di continuità del rapporto in capo al cessionario, effetto che nella disciplina privatistica viene giustificato proprio per la connessione tra il rapporto di lavoro e il substrato organizzativo dell'impresa.

In secondo luogo, la formulazione della norma non consente di dare per scontata la regola di continuità, poiché l'art. 31 pare rovesciarne il rapporto rispetto alla norma del codice: il testo unico, infatti, non rinvia seccamente all'art. 2112 quale fonte (nel suo primo comma) della regola di continuità, ma prevede che "al personale che passa alle dipendenze" dei soggetti cessionari dell'attività si applichi la disciplina delle fonti privatistiche. In sostanza, il problema dell'eventuale passaggio dei lavoratori pubblici al soggetto terzo sembra collocarsi sul terreno dell'art. 31, e quindi dei presupposti di operatività del rinvio alla norma codicistica, e non nell'ambito dei suoi effetti: rinvio che dunque pare operare per gli altri aspetti di disciplina (conservazione dei diritti, responsabilità solidale, successione dei trattamenti collettivi, ecc.) (così, sembra, Mainardi 2003. P. 707).

La prudenza sul punto, peraltro, pare imposta dalla considerazione che gli effetti della cessione del rapporto di lavoro, in caso di conferimento di attività da una pubblica amministrazione a un soggetto privato, sono particolarmente rilevanti, dato il radicale mutamento del complessivo *status* giuridico collegato alla perdita della qualità di lavoratore pubblico: e se è vero che negli anni recenti è fortemente diminuita la distanza tra le discipline del lavoro pubblico e privato, è altresì vero che vi sono ancora alcune significative differenze giuridiche (si pensi alla gestione della mobilità tra le pubbliche amministrazioni) e di condizione sociale. Non si può non considerare, inoltre, che l'accesso alle pubbliche amministrazioni è governato da regole particolarmente stringenti: è dunque comprensibile che da parte di lavoratori che hanno dovuto superare selezioni e concorsi per l'immissione in ruolo venga un'aspettativa di certezza in ordine alla conservazione di tale condizione, o almeno alla non disponibilità della medesima in assenza di adeguate garanzie.

---

[255] L. 28 dicembre 2001, n. 448, in *Suppl. ord.* n. 285/L alla *G.U.*, Serie generale, n. 301 del 29 dicembre 2001.

Forse è per tale motivo che, significativamente, recenti pronunce in materia di lavoro pubblico hanno riproposto la tematica del diritto del lavoratore di opporsi al trasferimento e optare per rimanere alle dipendenze del datore di lavoro pubblico, anche eventualmente al fine dell'inserimento nelle procedure di disponibilità e di mobilità tra le pubbliche amministrazioni[256].

La questione è indubbiamente delicata. Il dubbio qui proposto sulla possibilità di fondare, sulla connessione tra art. 31 e art. 2112, un obbligo di passaggio del lavoratore pubblico alle dipendenze del cessionario lascia aperta la questione di quale sia, allora, la regola applicabile a simili vicende: incertezza foriera di gravi problemi gestionali dei richiamati processi di privatizzazione ed esternalizzazione verso privati di attività delle pubbliche amministrazioni. Una diversa soluzione interpretativa dovrebbe tuttavia farsi carico, quantomeno, di integrare il rapporto tra testo unico e codice civile ritenendo necessaria, per l'eventuale operare della regola/obbligo di continuità del rapporto di cui al primo comma, *anche* la presenza nella fattispecie dei requisiti di qualificazione dell'azienda (attività economica organizzata) definiti dal quinto comma dell'art. 2112; per gli altri casi, il rinvio dell'art. 31 può valere solo per gli ulteriori aspetti di disciplina. Diversamente, si introdurrebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra lavoratori pubblici e privati, poiché i primi - nei casi in cui risultino assenti i requisiti di fattispecie dell'art. 2112 - dovrebbero subire una cessione del contratto che, per i secondi, sarebbe certamente governata dalla regola del consenso ex art. 1406 c.c.

In tale quadro di incertezza, la migliore soluzione dei problemi originati dai processi di 'dimagrimento' della pubblica amministrazione pare affidata alla gestione collettiva, che infatti interviene significativamente in tali vicende, ad esempio con la previsione del mantenimento di un'area contrattuale unitaria e dunque l'applicazione ai rapporti di lavoro, anche presso i soggetti di natura privata, dei contratti collettivi dei comparti pubblici di provenienza.

4. Le dimissioni per sostanziale modifica delle condizioni di lavoro: problemi interpretativi

Per contiguità tematica, dunque, possono dedicarsi subito alcune considerazioni alla novella del 2001, la quale intende dare attuazione all'art. 4, par. 2 della Direttiva che prevede che la risoluzione del rapporto, dovuta al fatto che il trasferimento comporta a scapito del lavoratore una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro, "è considerata come dovuta alla responsabilità del datore di lavoro". Come si accennava in via di premessa, la trasposizione della norma comunitaria è avvenuta senza porsi adeguatamente il problema del coerente inserimento di un simile principio, espresso necessariamente in termini molto generali dalla Direttiva, nella sistematica interna: sul fronte degli elementi di fattispecie, da un lato, viene riportato senza alcuna specificazione un concetto - quello della sostanziale modifica delle condizioni di lavoro - assente sino ad oggi nel nostro ordinamento; sul fronte della disciplina, dall'altro, viene effettuato un rinvio all'istituto delle dimissioni per giusta causa, foriero di dubbi applicativi.

Quanto al primo aspetto, si è correttamente rilevato che il concetto di modifica delle condizioni di lavoro è tipico del diritto comunitario, che a sua volta ne è debitore verso altre esperienze giuridiche, in particolare quella francese (Ballestrero 2002, p. 211): in quest'ultima, peraltro, tale

---

[256] Trib. Siena, ord. 6 marzo 2003; Trib. Siena, ord. 21 maggio 2003; *contra* Trib. Catanzaro, 27 novembre 2002, che tuttavia ritiene che il necessario passaggio del dipendente per combinazione degli art. 31 D.Lgs. 165/01 e 2112 c.c. presupponga comunque il trasferimento "di un complesso di competenze od un servizio potenzialmente in grado di autonomo esercizio": tutte in *LPA*, 2003, 935 ss.

istituto ha subito nel tempo correzioni e mutamenti, e pare comunque connesso al diverso quadro giuridico di regolamentazione dei poteri del datore di lavoro (in assenza ad esempio di una norma come l'art. 2103 c.c. sullo *ius variandi*) (Waquet Ph. 1996). Il suo approfondimento non potrà dunque prescindere dalla comprensione della genesi e del ruolo di tale concetto nell'esperienza d'oltralpe e comunitaria, ma anche dal difficile adattamento alla diversa realtà normativa italiana: si tratta tuttavia di sviluppi incompatibili con lo spazio di questo contributo (per una completa analisi del problema nel quadro europeo, Pappalardo 2004).

Limitandoci a pochi cenni, deve rilevarsi che si pone in primo luogo un problema di individuazione dei confini delle condizioni di lavoro il cui mutamento può legittimare le dimissioni, e in secondo luogo un problema di rilevanza della modifica (il carattere sostanziale della medesima). Quanto al primo aspetto, in assenza di migliore specificazione da parte del legislatore del 2001, è probabilmente opportuno sottrarsi al tentativo di definizioni atecniche o intuitive, inevitabilmente apodittiche o incontrollabili, e, stante il carattere di istituto di diretta derivazione comunitaria, cercare nel tessuto del medesimo diritto europeo una qualche indicazione orientativa, pur nella coscienza che anche in quel contesto l'espressione è utilizzata con più significati. Probabilmente, l'opzione più corretta (Pappalardo 2004) conduce ad assumere quale terreno prioritario di riferimento la Direttiva 91/533/CEE concernente l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle "condizioni" applicabili al contratto o al rapporto di lavoro e delle loro successive modifiche: riferimento che ci offre un parametro sistematico anche nell'ambito del nostro ordinamento, data l'attuazione della citata direttiva da parte del D.Lgs. n. 152 del 1997 (su cui Rivara 1999, Scarpelli 1999c). Di tale fonte dovranno essere presi in considerazione i rinvii ad aspetti del rapporto di lavoro che possono essere legittimamente oggetto di modifica successivamente al trasferimento, poiché per gli altri l'eventuale illegittima o unilaterale modifica potrà essere contestata dal lavoratore quale inadempimento, con ben maggiore effettività di tutela.

L'istituto delle dimissioni ex art. 2112, infatti, si pone su un piano diverso da quello della tutela dei *diritti* del lavoratore, per attingere entro certi limiti a quello della tutela degli *interessi* e delle *aspettative* del medesimo, assegnando una sorta di compensazione (per la via della cessazione indennizzata del rapporto) al significativo mutamento del contesto lavorativo, del tipo di inserimento professionale, del rapporto sinallagmatico tra prestazione e trattamenti economici e normativi, ecc. Il piano è quindi diverso o ulteriore rispetto a quello dell'inadempimento, sul quale opera l'istituto delle dimissioni per giusta causa (richiamate dall'art. 2112 solo per quanto attiene agli effetti). Si è sostenuto in proposito che il legislatore, avendo previsto la continuità del rapporto come effetto automatico *ex lege*, sembra aver recuperato spazio alla volontà del lavoratore dando rilevanza "a quelle modificazioni 'importanti' (e sfavorevoli) nelle condizioni di lavoro che, indipendentemente dalla loro fonte (la legge o il contratto collettivo applicabile; un atto unilaterale in sé legittimo del datore di lavoro), possono determinare il dissenso del lavoratore alla continuazione del rapporto presso il cessionario" (Ballestrero 2002, p. 213).

Dovrà dunque farsi riferimento, in primo luogo, alle condizioni di lavoro che direttamente o indirettamente possono subire modifiche nell'esercizio dei poteri datoriali, ma anche a quelle discendenti dalla legge e dalla contrattazione collettiva se e nei limiti in cui il lavoratore debba subirne il mutamento (v. *infra*). Nel catalogo individuato dall'art. 1 del D.Lgs. 152 vengono perciò in rilievo con più evidenza il luogo di lavoro, l'inquadramento del lavoratore e le caratteristiche del lavoro svolto, la retribuzione, le ferie, l'orario di lavoro, il preavviso di recesso. È con riferimento a tali istituti che, a mio parere, può iniziare a definirsi l'ambito di operatività della disposizione in analisi,

rendendo concreto e controllabile il riferimento a "tutti gli elementi che definiscono comprensivamente il modo di essere del lavoratore in una certa struttura produttiva" (Cester 2001, p. 513). Qualche dubbio potrebbe sussistere per le modifiche di trattamento che derivano dal mutamento delle regole legali applicabili al rapporto di lavoro (ad esempio, il passaggio ad un regime di stabilità obbligatoria in considerazione del minor numero di dipendenti presso la cessionaria, la perdita del diritto agli ammortizzatori sociali, ecc.), che in qualche caso potrà investirne l'intero statuto giuridico (si pensi al trasferimento di attività da un datore di lavoro di natura pubblica a un'impresa privata: v. *supra)*: tali modifiche, che in qualche caso potranno essere assai significative, possono forse ricondursi al riferimento che l'art. 1 D.Lgs. 152/97 fa all'identità delle parti, inteso non in senso formale ma quale elemento idoneo a definire appunto una serie di condizioni connesse alla natura del datore di lavoro.

La modifica delle condizioni di lavoro, per legittimare le dimissioni, deve avere natura sostanziale: la legge fa qui rinvio, necessariamente e inevitabilmente, a un apprezzamento concreto affidato all'interprete (come peraltro avviene anche in altre fattispecie: si pensi al carattere "notevole" dell'inadempimento nella disciplina del licenziamento per motivi soggettivi). L'incertezza della formula legale è destinata a essere attenuata nel tempo dall'interpretazione giurisprudenziale: questa peraltro dovrà apprezzare caso per caso la rilevanza della modifica del contesto lavorativo, sia nei suoi profili oggettivi sia talvolta in quelli soggettivi (ad esempio, la modifica delle caratteristiche del lavoro svolto e del sistema di inquadramento può essere ritenuta più rilevante per un lavoratore di professionalità elevata e specialistica, per un lavoratore che recentemente fosse stato assunto lasciando un precedente impiego proprio per interesse a quello specifico lavoro, ecc.; la modifica peggiorativa dei trattamenti retributivi dovrà alterare significativamente le condizioni di reddito del lavoratore anche in relazione alla sua situazione familiare, ecc.). Il catalogo delle ipotesi potrebbe essere infinito, muovendo dal mutamento delle aspettative di guadagno connesse alle caratteristiche del lavoro (si pensi a un addetto alle vendite che a seguito del trasferimento e del mutamento di prodotti, listini, aree di competenza, ecc. vede fortemente depotenziato il sistema incentivante definito dal contratto individuale), al mutamento della sede di lavoro, al mutamento degli orari o dei turni di lavoro idoneo a incidere significativamente sull'organizzazione della vita personale, ecc. In alcuni casi il giudice potrà rinvenire elementi di valutazione in indici tratti dall'ordinamento o dalla contrattazione collettiva; ad esempio, in tema di mutamento del luogo di lavoro potranno essere assunti quali parametri di valutazione del carattere (non) sostanziale i limiti territoriali (bacino, distanza dal domicilio, tempi di trasporto con i mezzi pubblici) fissati dalle Regioni ai sensi dell'art. 4 D.Lgs. 181/2000 ai fini della perdita dello stato di disoccupazione in conseguenza del rifiuto di un'offerta di lavoro.

Per quanto attiene agli effetti delle dimissioni, l'indicazione della Direttiva relativa all'imputabilità delle medesime "alla responsabilità del datore di lavoro" viene risolta col rinvio all'art. 2119, primo comma. Se inteso letteralmente il rinvio può apparire confuso o lacunoso: la norma richiamata infatti definisce a sua volta la (diversa) fattispecie del recesso per giusta causa (e quindi il rinvio non opera per tale aspetto: Ciucciovino 2003, p. 113), mentre per quanto attiene agli effetti si limita (nel secondo periodo) a precisarli per il contratto a tempo indeterminato, stabilendo il diritto del prestatore di lavoro all'indennità sostitutiva del preavviso ex art. 2118, secondo comma. Ad una lettura superficiale, potrebbe ritenersi che il legislatore abbia voluto semplicemente attribuire al lavoratore dimissionario, a prescindere dalla natura del rapporto, l'indennità di mancato preavviso prevista per i lavoratori a tempo indeterminato: se così fosse, tuttavia, la

norma avrebbe dovuto più correttamente rinviare direttamente all'art. 2118, secondo comma. Peraltro, l'obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario - che non entra in aspetti di disciplina, ma è chiaro nell'individuare un regime di responsabilità del datore di lavoro - dovrebbe spingere a leggere la disposizione, pur imprecisa, quale rinvio al regime risarcitorio delle dimissioni per giusta causa, che l'art. 2119 specifica per il solo lavoratore a tempo indeterminato: per i lavoratori a termine, anche in considerazione del diverso affidamento e impegno posto dalle parti nella stabilità del rapporto, dovrà applicarsi un regime risarcitorio secondo i principi generali, commisurato in primo luogo al mancato guadagno sino all'originaria scadenza del contratto.

Per quanto appaia poco probabile l'utilizzo dell'istituto da parte di lavoratori privi di alternativa occupazionale, è il caso di precisare che, a seguito delle dimissioni per mutamento sostanziale delle condizioni di lavoro, deve essere riconosciuto al lavoratore il diritto a percepire l'indennità ordinaria di disoccupazione, non dovendosi applicare l'esclusione prevista dall'art. 34 della l. 448/1998: tale conclusione pare sostenibile sia richiamando le argomentazioni che la Corte Costituzionale ha svolto con riferimento all'ipotesi delle dimissioni per giusta causa[257] sia nuovamente per un obbligo di interpretazione conforme alla direttiva europea, essendo indubitabile che nel caso dell'ipotesi dell'art. 2112, quarto comma, lo stato di disoccupazione debba essere ascritto alla responsabilità del datore di lavoro, e considerarsi perciò involontario ai fini della disciplina previdenziale.

È evidente che, in pratica, l'istituto si prospetta di un qualche interesse per i lavoratori di elevata qualifica, dotati di migliori possibilità di reimpiego e avvantaggiati da termini di preavviso più elevati, idonei a rendere economicamente interessanti le dimissioni. Con riferimento a tali ipotesi, può osservarsi che l'ordinamento pone in capo al cessionario un rischio non indifferente, ovvero il pericolo di perdere subito dopo la cessione le risorse più qualificate, dovendosi anche addossare il costo delle relative indennità risarcitorie: si tratta di una sorta di rischio d'impresa connesso all'operazione di cessione, che potrà essere contrastato soltanto acquisendo sul piano della contrattazione individuale il consenso del lavoratore alla permanenza nella nuova organizzazione, o eventualmente concordando col cedente clausole di assunzione totale o parziale della responsabilità (ovviamente non opponibili al lavoratore).

A questo proposito, e per tornare al tema trattato nel precedente paragrafo, va osservato che il legislatore italiano ha disciplinato le dimissioni per mutamento sostanziale delle condizioni di lavoro nei confronti del solo cessionario. In realtà, sul punto, la Direttiva europea è asettica: la disposizione sulla modifica delle condizioni non è collocata nell'art. 3, che si occupa dei diritti del lavoratore successivamente al trasferimento, ma nell'art. 4 dedicato al licenziamento; essa dunque, nell'attribuire la risoluzione del contratto per modifica delle condizioni alla responsabilità del datore di lavoro, non fa riferimento specifico né al cedente né al cessionario. Se si condivide quanto si è sopra osservato, relativamente al fatto che (sempre nell'ipotesi di accettazione dell'orientamento maggioritario) manca tuttora nel nostro ordinamento una disciplina del diritto di opposizione, potrebbe allora ritenersi, in via di applicazione analogica e per obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario, che ove la modifica sostanziale delle condizioni di lavoro sia evidente già al momento della cessione il lavoratore possa dimettersi per tale ragione nei confronti del cedente, anche in questo caso con applicazione degli effetti delle dimissioni per

---

[257] Corte cost. 24 giugno 2002, n. 269, in *DPL*, 2002, 32, 2148.

giusta causa (ma essendo sufficiente allegare la sostanziale modifica delle condizioni di lavoro, senza la necessità di provare la sussistenza di una causa che non consentirebbe la prosecuzione nemmeno temporanea del rapporto). Tale ipotesi, tra l'altro, pare distribuire in maniera più equilibrata tra cedente e cessionario il rischio connesso alle dimissioni dei lavoratori in corso di trasferimento; l'interesse di questi ultimi a dare le dimissioni per mutamento sostanziale nei confronti del cedente può trovare ragione nella maggiore o più semplice solvibilità dello stesso, rispetto al cessionario, con riferimento al credito per l'indennità sostitutiva del preavviso.

5. La conservazione dei diritti e degli obblighi che derivano dal rapporto di lavoro

In caso di trasferimento, il lavoratore conserva tutti i diritti che derivano dal rapporto di lavoro: come è stato sottolineato, la sostituzione del concetto di rapporto a quello di contratto contenuto nel vecchio testo dell'art. 2112 non è particolarmente rilevante, ma denota in maniera più adeguata il riferimento all'insieme delle posizioni soggettive che trovano fondamento nell'originario regolamento negoziale (Ballestrero, 2001, p. 282) e nel contempo la proiezione dinamica della regola, che attiene non tanto alla conservazione di diritti già maturati e acquisiti al patrimonio del lavoratore, semmai tutelati dal secondo comma dell'art. 2112, quanto la conservazione del complessivo regolamento negoziale del rapporto (Salimbeni 2004, p. 600) (salvo quanto si dirà sulle fonti collettive). D'altronde, in questi termini pare esprimersi anche la Direttiva europea, che (art. 3, par. 1) parla di trasferimento al cessionario dei diritti e degli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento: la norma interna, con una concessione lessicale alla *ratio* essenzialmente protettiva, si esprime esclusivamente in termini di conservazione dei diritti del lavoratore, ma è ovvio che la regola di continuità del rapporto implica la sostituzione del cessionario nella posizione di contraente-datore di lavoro e l'assunzione integrale di ogni relativa posizione attiva e passiva, derivante dal complessivo regolamento negoziale applicabile.

Tra breve dedicheremo apposita analisi ad alcuni aspetti particolarmente problematici del tema. Intanto può dirsi che la regola di continuità delle posizioni soggettive non può trovare in generale limiti, se e in quanto il lavoratore sia titolare di un diritto radicato nel rapporto; diverso è il tema dell'eventuale modifica di tale diritto derivante dall'evoluzione delle fonti di disciplina, anche occasionata dalla cessione dell'azienda. In particolare, su tutta una serie di diritti potranno influire le diverse fonti applicabili nel nuovo contesto produttivo, poiché la conservazione garantita dal primo comma dell'art. 2112 non si estende all'aspettativa connessa all'applicazione nel tempo di una certa disciplina[258] se quest'ultima legittimamente muta in conseguenza del trasferimento; essa invece tutela anche i diritti in via di formazione (Ballestrero 2001, p. 286), salvo che sulla loro progressiva maturazione incida nuovamente il mutamento della fonte regolativa.

Nessuna limitazione, si ritiene, può essere sostenuta con riferimento alla qualità o al contenuto dei diritti, tra i quali rientrano "anche quelli non strettamente inerenti alla relazione sinallagmatica, ma pur tuttavia pertinenti alla conformazione del rapporto (ad es. diritti personali o sindacali)" (Salimbeni 2004, p. 601): in particolare, non è ammissibile alcuna limitazione connessa ai

[258] Cfr., in materia di mutamento del regime di stabilità, Cass. 10 novembre 1999, n. 12492, in *OGL*, 2000, 1, 132.

concetti (per lo più di valore descrittivo) di trattamenti economici e normativi (locuzione utilizzata invece dal legislatore nel terzo comma dell'art. 2112) poiché - salva sempre l'evoluzione dinamica dei medesimi o il venir meno dei presupposti di applicabilità della fonte istitutiva - il lavoratore conserva tutti i diritti configurabili a titolarità individuale, e pertanto anche quelli che si proiettano nella sfera delle relazioni collettive[259].

5.1. I trattamenti collettivi

In tale contesto si inserisce la questione, particolarmente dibattuta e impegnativa, della sorte dei trattamenti di fonte collettiva applicabili al rapporto, dopo il trasferimento. Anche con riferimento a questo tema, per ragioni di sintesi, ci limiteremo ad alcune osservazioni problematiche nel confronto con gli orientamenti in campo, rinviando ai tanti contributi in materia l'analisi più approfondita del dibattito e delle singole posizioni (v., oltre alle opere di carattere monografico citate inizialmente, Castelvetri 2000a, Lunardon 1999).

Conviene ancora una volta partire dal dato di diritto comunitario: la Direttiva, all'art. 1 par. 3, stabilisce che a seguito del trasferimento il cessionario "mantiene le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo nei termini previsti da quest'ultimo per il cedente fino alla data della risoluzione o della scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di un altro contratto collettivo", aggiungendo poi che gli Stati membri possono limitare il periodo del mantenimento delle condizioni di lavoro derivanti dal contratto collettivo, purché esso non sia inferiore ad un anno. La disposizione va poi posta in collegamento con quanto prevede l'art. 6, diretto a garantire la continuità di rappresentanza collettiva dei lavoratori interessati al trasferimento.

A chi scrive pare evidente che il legislatore comunitario, conscio dell'importanza della dimensione collettiva nell'equilibrio di interessi e regolazione dei rapporti di lavoro subordinato, intenda assicurarne la continuità (sotto il profilo degli strumenti - la rappresentanza - e dei risultati - i trattamenti fissati dai contratti -) nel periodo successivo alla cessione d'azienda: quest'ultima, infatti, modificando il substrato organizzativo che è alla base della formazione di interessi collettivi omogenei, e delle relative forme di organizzazione, espressione e regolazione, può fortemente disarticolare gli assetti raggiunti nella dialettica tra potere manageriale e contropotere collettivo: soprattutto nei casi di cessione parziale d'azienda, il gruppo di lavoratori interessato può vedersi separato dalle logiche precedenti di rappresentanza, aggregato a un diverso gruppo di colleghi, eventualmente collocato in una diversa area di articolazione dei rapporti contrattuali, anche extra-aziendali. Il segnale che la Direttiva invia agli ordinamenti, su tale terreno, pare dunque quello della garanzia di un relativo periodo di stabilità degli assetti precedenti (preoccupandosi di stabilirne anche la misura minima di un anno) nel quale dare modo alle relazioni collettive e di rappresentanza di riassestarsi, per poi tornare ai fisiologici sviluppi affidati ai rapporti di forza.

Deve ancora aggiungersi che, come si sottolineava in premessa, il diritto comunitario esprime finalità di armonizzazione di ordinamenti caratterizzati da differenti tradizioni giuridiche e dogmatiche, nel merito delle quali non si avventura (o lo fa con estrema prudenza): ciò vale a maggior forza per il diritto dei rapporti collettivi, che ha caratteristiche anche molto diverse tra i singoli

---

[259] Cfr., in relazione alla conservazione della carica di rappresentante sindacale aziendale, Cass. 3 maggio 2003, n. 6723, in *RIDL*, 2004, 1, II, 174, con nota Vallauri. Sul punto peraltro incidono anche le regole dell'art. 6 della Direttiva sul mantenimento della *status* e delle funzioni dei rappresentanti dei lavoratori.

ordinamenti dei paesi europei e nel quale, come è noto, il diritto comunitario interviene solo per aspetti specifici (diritti di informazione, rappresentanze sovranazionali, ecc.). Ciò significa che le disposizioni della Direttiva non possono, di per sé, essere accostate dall'interprete come fossero norme a immediata rilevanza strutturale e dunque idonee a definire regole interne di efficacia o applicazione dei contratti collettivi; in secondo luogo, la norma interna di trasposizione della Direttiva deve essere interpretata nel modo più conforme alla finalità di armonizzazione, ma anche in modo coerente ai principi regolativi del diritto sindacale interno (che non possono certamente essere alterati in forza della Direttiva stessa). Questi principi devono dunque guidare l'accostamento al terzo comma dell'art. 2112, e in particolare a quel concetto di "contratti collettivi applicabili" sul quale il confronto è più vivace.

La norma del codice afferma l'obbligo del cessionario di applicare ai lavoratori ceduti (non i contratti collettivi stessi, ma) i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi di vario livello vigenti (*rectius*: applicati ai rapporti di lavoro) nell'azienda o parte d'azienda oggetto del trasferimento: tale obbligo permane fino alla scadenza dei contratti che sono fonte dei trattamenti vincolanti, "salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario". A tale disposizione la novella del 2001 ha aggiunto un periodo finale[260], il quale prevede che "l'effetto di sostituzione si produce esclusivamente tra contratti collettivi del medesimo livello".

Come è noto, prima della riforma del 2001 si sono formati soprattutto due orientamenti interpretativi (cfr. riassuntivamente Lambertucci 1999, p. 47 ss.): l'uno che afferma la possibilità di una sostituzione (o armonizzazione, secondo l'efficace linguaggio sindacale) dei trattamenti collettivi, prima della scadenza delle relative fonti, soltanto mediante l'intervento di un altro contratto collettivo efficace per il cessionario e per i lavoratori interessati, cosa che eventualmente potrà avvenire anche in sede di procedura con la stipulazione di un c.d. contratto collettivo di ingresso; l'altra che ammette invece la sostituzione anche immediata, evidentemente per decisione unilaterale del cessionario, tutte le volte in cui presso quest'ultimo sia presente e applicato un diverso contratto collettivo. A tale seconda tesi ha aderito l'unica (a quanto consta) pronuncia del Giudice di legittimità, la quale ha affermato che nel caso in cui l'impresa acquirente "segua comunque una contrattazione collettiva" non avrebbe più ragion d'essere "la preoccupazione della continuità di una copertura contrattuale": "In tal caso la regola - afferma apoditticamente la Corte - è che la contrattazione collettiva dell'acquirente, successiva a quella dell'alienante, sostituisca immediatamente e in tutto la prima disciplina collettiva"[261]. Nel confronto col dato comunitario si afferma, come già ritenuto dalla dottrina che aveva sostenuto questa interpretazione (Lambertucci 1999, p. 52), che il limite temporale di un anno previsto dal secondo periodo del par. 3 della Direttiva non integra la regola che lo precede ma si pone su un piano separato, ed è destinato ad operare solo per l'ipotesi in cui non si sia appunto verificata una sostituzione immediata dei trattamenti collettivi[262].

---

[260] Oltre ad apportare una modifica lessicale al primo periodo, inserendo il riferimento anche ai contratti collettivi territoriali, che tuttavia non pare significativa data la libertà, nel nostro ordinamento, di sviluppo e articolazione delle fonti collettive.

[261] Cass. 8 settembre 1999, n. 9545, in *MGL*, 1999, 11, 1147, con nota Lunardon, e in *RIDL*, 2000, II, 341, con nota Castelvetri.

[262] Peraltro la Corte decideva un caso affatto peculiare, nel quale si discuteva della vigenza di un accordo aziendale (sul trattamento retributivo delle festività cadenti al sabato) nel passaggio tra due imprese che applicavano il medesimo contratto collettivo nazionale,

A mio parere la tesi seguita dalla Corte e da una parte della dottrina è sbagliata, ed è in aperto contrasto sia con la Direttiva sia, soprattutto, con le regole e i principi della nostra tradizione giuridica in tema di contrattazione collettiva. Essa mostra di essere vittima di una concezione del contratto collettivo come fonte eteronoma che prescinde del tutto, sul piano del rapporto contrattuale tra lavoratori trasferiti e cessionario, dalla consolidata concezione del contratto collettivo in termini di atto di autonomia negoziale privata.

Lo spazio di questo saggio e la complessità degli argomenti teorici toccati, che costringerebbero a confrontarsi con principi, dubbi e aporie dell'intero diritto sindacale italiano, mi inducono a sviluppare il ragionamento nella forma più sintetica, pur conscio dei rischi di semplificazione.

In primo luogo deve rilevarsi che, in assenza della regola specifica del terzo comma dell'art. 2112, il cessionario che subentra nella posizione del datore di lavoro rimarrebbe vincolato alla scelta della fonte contrattuale collettiva operata dalle parti del contratto, prima della cessione: nella gran parte dei casi, nei quali il rinvio alla contrattazione collettiva avviene in sede di stipulazione del contratto individuale di lavoro, o per comportamenti concludenti delle parti, ciò comporterebbe l'obbligo di applicazione delle medesime fonti collettive nella loro evoluzione dinamica, in quanto lo stesso rientra certamente nei diritti ed obblighi risultanti dallo stesso contratto di lavoro. Ciò avverrebbe, sia ben chiaro, non perché i contenuti del contratto collettivo si 'incorporino' nel contratto individuale, ma perché con quest'ultimo le parti hanno reciprocamente assunto l'impegno di integrare il regolamento negoziale del rapporto col rinvio dinamico a una certa fonte collettiva (quando ciò sia avvenuto, si intende, dovendo verificare caso per caso il "rinvio mobile" - Prosperetti 1989, p. 163 - operato dalle parti alle fonti collettive). Per inciso, tale effetto non comporterebbe alcuna violazione del principio di libertà sindacale del nuovo datore di lavoro, poiché la fonte collettiva non sarebbe imposta dall'ordinamento ma in forza di un normale effetto di limitazione dell'autonomia privata, che subisce chiunque subentra in un regolamento negoziale già determinato da altri soggetti.

La regola del terzo comma dunque, introducendo un'asimmetria rispetto al primo comma (Salimbeni 2004, p. 602), attribuisce al nuovo titolare dell'azienda la possibilità di svincolarsi, in prospettiva, da fonti collettive che altrimenti sarebbe tenuto ad osservare: per la verità, tale effetto si produce parzialmente all'atto stesso della cessione, nel momento in cui la norma stabilisce che il cessionario sia tenuto non all'applicazione *tout court* dei contratti vigenti, ma dei trattamenti economici e normativi previsti dai medesimi. Questi ultimi devono essere garantiti sino alla scadenza delle fonti collettive che li hanno previsti, salva la loro sostituzione nei limiti che si diranno tra breve[263]: sul punto, il legislatore non ha ritenuto di introdurre la garanzia temporale minima di un anno prevista dalla Direttiva, così producendosi un dubbio di corretta trasposizione per l'ipotesi

---

e nella cessionaria erano efficaci accordi aziendali disciplinanti altre materie; inoltre, nella decisione si fanno riferimenti impropri alle regole di successione nel tempo dei contratti collettivi, riportate sulla diversa fattispecie della successione (non temporale tra contratti del medesimo ambito, ma tra accordi di diversi ambiti) per passaggio dall'una all'altra azienda.

[263] Per il caso di contratti collettivi a tempo indeterminato la possibilità di svincolarsi passerà per le regole, di costruzione interpretativa, sulla risoluzione dei medesimi previa negoziazione secondo correttezza e buona fede dell'eventuale modifica: v. in tema Tursi 1996, 220 ss.

in cui la scadenza dei precedenti contratti intervenga prima del decorso dell'anno successivo alla cessione[264].

A parte quest'ultima osservazione, tali regole paiono nel complesso coerenti al quadro funzionale prefigurato dalla Direttiva la quale, come si è visto, si preoccupa che l'evoluzione dei trattamenti si determini in un periodo che consenta ai protagonisti dei rapporti collettivi di ricostituire le fisiologiche dinamiche di conflitto/negoziazione, sulla base di un rinnovato rapporto di rappresentatività (anche presuntivo, come normalmente avviene) con i lavoratori inseriti nel nuovo contesto aziendale. Alla scadenza dei precedenti contratti, e secondo le consuete dinamiche di effettività e rapporti di forza, il nuovo datore di lavoro potrà negoziare con le organizzazioni sindacali che ritiene rappresentative dei propri dipendenti l'applicazione di una diversa contrattazione; ovvero, in assenza di significative relazioni sindacali, tale applicazione potrà essere il frutto dell'accordo (di fatto, normalmente, forzata accettazione) con gli stessi lavoratori; o ancora, potrà ritenersi libero dall'obbligo di applicazione di alcuna fonte collettiva[265].

L'alternativa alla dinamica ora descritta è quella della sostituzione dei precedenti trattamenti con nuove fonti collettive "applicabili". La formulazione della norma, che parla di contratti applicabili "all'impresa del cessionario", può effettivamente indurre a una lettura superficiale che consideri i contratti collettivi alla stregua di fonti eteronome dotate di un loro oggettivo campo di applicazione: così non è, tuttavia, e basta richiamare in merito il dibattito sulla (non) applicabilità ai contratti post-corporativi dell'art. 2070 c.c.[266] (cfr. Lambertucci, 2000, p. 95 ss.). L'efficacia tra i soggetti del rapporto di lavoro di un contratto collettivo, secondo i principi generali, non è mai frutto di scelte unilaterali ma di un atto di volontà negoziale: l'obbligo assunto con l'adesione alle parti stipulanti, ma soprattutto e più frequentemente il rinvio consensuale all'atto della stipulazione del contratto individuale.

Nel nostro ordinamento, un contratto collettivo è "applicabile" se e nei limiti in cui su di esso si formi il consenso di entrambe le parti del rapporto: normalmente l'accettazione da parte dei lavoratori del contratto prescelto dall'impresa è necessitata, salve le pressioni collettive per ottenere diversi e migliori trattamenti; tuttavia, una volta che le parti del contratto abbiano convenuto la scelta di una certa fonte collettiva, questa non può essere modificata unilateralmente ma solo in via nuovamente negoziale, ciò che in via generale può avvenire anche sul piano sindacale. In concreto, alla pretesa del datore di lavoro di sostituire le fonti collettive, il lavoratore potrà opporre la vincolatività *inter partes* della precedente scelta: nel caso del trasferimento d'azienda, tuttavia, tale opposizione potrà svolgersi, in forza dell'art. 2112 terzo comma, nei soli limiti della conservazione dei trattamenti derivanti dalla fonte precedentemente vincolante, e fino alla scadenza della medesima. Al contrario, la sostituzione dei precedenti trattamenti con una nuova

---

[264] Ci si potrebbe domandare se tale limite sia superabile in sede interpretativa, integrando per tale ipotesi la norma codicistica con riferimento al disposto della Direttiva. Ciò tuttavia, in base delle regole di efficacia delle direttive comunitarie nei rapporti interprivati, non pare possibile: per il lavoratore eventualmente pregiudicato dal venir meno dei trattamenti prima dell'anno sembra residuare la sola possibilità di azione risarcitoria nei confronti dello Stato per inadempimento degli obblighi comunitari.

[265] Salvo l'obbligo di riconoscere trattamenti retributivi parametrati ai minimi dei contratti di settore, discendente dall'art. 36 Cost., ovvero l'operare degli altri meccanismi che direttamente o indirettamente inducono le imprese ad applicare i contratti collettivi di settore, quali ad esempio quelli connessi alla partecipazione al mercato degli appalti pubblici.

[266] V. Cass. S.U. 26 marzo 1997, n. 2665, in *GC*, 1997, I, 1199.

fonte collettiva potrà avvenire con un accordo sindacale, e quindi consensualmente, da parte di soggetti sindacali rappresentativi dei lavoratori interessati[267]: in questa luce appare dunque corretta la tesi dottrinale che ammette la disponibilità del principio legale di conservazione dei trattamenti (solo) mediante un nuovo contratto collettivo, quale regola che corrisponde "a una più effettiva sensibilità per la dinamica collettiva" (Castelvetri, 2000a, p. 359).

La tesi opposta, che ammette la sostituzione per il solo fatto che l'impresa cessionaria, soprattutto nei casi di incorporazione di un ramo d'azienda, applichi già un diverso contratto collettivo, si fonda normalmente su argomenti privi di rilevanza giuridica, quale ad esempio l'esigenza imprenditoriale di uniformità dei trattamenti (oltretutto smentita dai frequenti casi in cui le stesse imprese preferiscono, per non aumentare i costi, mantenere al loro interno trattamenti collettivi differenziati in relazione alla provenienza di gruppi di lavoratori da diverse acquisizioni di azienda)[268]; essa soprattutto, come si è detto, è in insanabile contrasto con le regole di efficacia dei contratti collettivi, certamente non superabile con l'indebito appoggio alla Direttiva comunitaria. Tale tesi, inoltre, consentirebbe irragionevoli differenze di trattamento: così, ad esempio, i dipendenti di un ramo d'azienda acquisito da una nuova impresa avrebbero diritto alla conservazione dei precedenti trattamenti, ma basterebbe che la medesima pochi giorni prima della cessione assuma anche un solo lavoratore, applicando allo stesso un certo contratto collettivo, per ritenere sussistente la condizione per operare la sostituzione automatica per tutti i lavoratori successivamente acquisiti!

In tale quadro, la novella del 2001 contiene un disposto ambiguo, e portatore a mio modo di vedere di complicazioni più che benefici. Appare evidente, nell'intenzione del legislatore, la finalità di temperare gli effetti pregiudizievoli della tesi qui criticata e fatta propria dalla Corte di Cassazione (Roccella 2004, p. 358): sennonchè in tal modo il legislatore interviene in una controversia interpretativa ancora ben poco matura[269] e può dare l'impressione (Cester 2001, p. 510; Ballestrero 2002, p. 216) di aver fatto proprio, sia pure ponendovi dei limiti, l'orientamento più criticabile e in contrasto coi principi dell'ordinamento. Tali considerazioni, in ogni caso, non possono avere effetto decisivo nell'interpretazione della norma: il riferimento dell'ultimo periodo del terzo comma all' "effetto di sostituzione" non implica necessariamente una presa di posizione del legislatore sulle origini di tale effetto, che per le ragioni esposte non può essere legale ma derivare esclusivamente dalle dinamiche negoziali sopra descritte. Semmai la norma, nel suo intento di tutela, introduce rigidi limiti alla dinamica della contrattazione collettiva, che paiono non del tutto ragionevoli e forse in contrasto con il principio di libertà sindacale: in sede di contrattazione sull'armonizzazione, le parti sembrano ora vincolate a operare partitamente sui diversi livelli, senza poter operare una libera scelta di quale sia il trattamento collettivo complessivamente più adatto alla regolamentazione dei rapporti di lavoro. Si pensi all'ipotesi di un accordo di armonizzazione relativo alla cessione di un ramo d'azienda da parte di un'impresa impiantistica, che applica la contrattazione nazionale e aziendale del settore metalmeccanico, a un'impresa che applica quella del settore edile articolata sui livelli nazionale e provinciale: ove debba ritenersi la

---

[267] Non si può approfondire in questa sede, ovviamente, la complessa tematica della legittimazione negoziale delle organizzazioni sindacali e dell'efficacia dei contratti nei confronti dei lavoratori.

[268] Differenza di trattamenti peraltro ritenuta legittima dalla giurisprudenza: v. da ultimo Cass. 23 dicembre 2003, n. 19681, segnalata in *RGLNews*, 2004, 1, 9.

[269] Con una sola pronuncia di legittimità, per di più emanata a soluzione di una vicenda affatto particolare.

norma legale vincolante, le parti si troverebbero nella difficile situazione di non poter armonizzare i trattamenti previsti dal vigente contratto aziendale col passaggio a quelli del contratto territoriale del diverso settore.

Infine, non può non segnalarsi che la norma utilizza un concetto tipico delle relazioni sindacali (il "livello" di contrattazione) che è privo nel nostro ordinamento di un preciso significato giuridico, anche in forza della libertà costituzionalmente garantita degli sviluppi della contrattazione collettiva, che sarebbe limitata da una formalizzazione giuridica dei livelli e degli ambiti di contrattazione. Così facendo, la legge provoca anche in questo caso notevoli dubbi interpretativi: si pensi all'ipotesi di quelle grandi imprese, o gruppi di imprese, nelle quali il contratto aziendale o di gruppo è anche contratto nazionale (era il caso, ad esempio, del contratto delle ferrovie, solo di recente sostituito dal contratto collettivo nazionale del settore delle attività ferroviarie). In caso di cessione di un'azienda da un tale settore ad altra impresa, che voglia concordare con le organizzazioni sindacali il passaggio alla disciplina di un diverso contratto collettivo nazionale, le due fonti in comparazione potranno ritenersi del medesimo livello? E se quell'impresa offre anche l'applicazione di un contratto aziendale integrativo del contratto di categoria, quali sono i terreni corretti di confronto? Come si vede, è necessaria un'opzione interpretativa diretta a rimuovere il carattere vincolante, per le parti collettive, della norma, pena la sua assurdità e l'inevitabile censura di illegittimità costituzionale.

5.2. Il problema degli usi aziendali…

La conservazione dei diritti del lavoratore prevista dal primo comma dell'art. 2112 implica, come si è detto, che il cessionario riconosca ai lavoratori divenuti suoi dipendenti tutti i diritti contenuti nel contratto individuale: ciò vale anche per l'effetto di eventuali usi aziendali che lo abbiano integrato. Sotto questo profilo si ripropone, dunque, la dibattuta questione di quale sia il comportamento del datore di lavoro cedente che, reiterato nel tempo con apprezzabile continuità, e caratterizzato dalla cd. spontaneità, dalla generalità, oltre che dal carattere favorevole per i lavoratori, non potrà in quanto tale essere modificato dalla disciplina collettiva del cessionario (cfr. Cester, Miscione, Zoli 1998, I, p. CVII). Si pone dunque il problema di fare il punto - certamente in maniera non esaustiva - sulla qualificazione degli "usi aziendali" (Liebman 1991, p. 141; Castelvetri 1997, p. 161) e soprattutto di valutare l'effetto che questi ultimi producono, qualora creatisi anteriormente al trasferimento del complesso aziendale o di un ramo di esso, sotto il profilo della loro rilevanza e dell'obbligatorietà nei confronti del cessionario (vedi, ancora, Romei 1993, p. 157; Cester, Miscione, Zoli 1998, p. CX).

In merito, deve subito segnalarsi che qualora un diritto esistente al momento del trasferimento trovi origine in un uso aziendale, la giurisprudenza prevalente (Bellestrero 2001, p. 288) continua a ritenere che lo stesso integri il contratto individuale di lavoro, e in quanto tale non sia derogabile *in peius* dalla contrattazione collettiva e sia vincolante nei confronti del cessionario[270]. L'univocità delle pronunce di legittimità, la cui massima può dirsi ormai divenuta tralaticia[271], si ferma tuttavia all'esito dell'*iter* logico-argomentativo delle singole motivazioni: sembra, infatti, condivisibile l'osservazione (Liebman 2000, p. 596) che se la Suprema Corte pare aver chiaro il risultato da

[270] Cfr. Cass. 30 marzo 2001, n. 4773, in *NGL*, 2001, 574; Cass. S.U. 17 marzo 1995, n. 3101, in *MGL*, 1995, 162; Cass. S.U. 30 marzo 1994, n. 3134, in *FI*, 1994, I, 2114; Cass. 24 maggio 1991, n. 5903, in *MGL*, 1991, 641; Cass. 19 aprile 1980, n. 2585, in *FI*, 1980, I, 2504.
[271] V. da ultimo Cass. 17 maggio 2002, n. 7200, in *MGL*, 8-9, 2002, 596.

perseguire - ovvero, l'obbligatorietà della prassi aziendale - affannosa e contraddittoria si rivela, di contro, la ricerca di un fondamento normativo dell'istituto in esame.

Tornando dunque a monte delle questioni poste, è opportuno dare atto che i percorsi finora intrapresi dalla giurisprudenza per mantenere vitale una fattispecie che rischia altrimenti di ridursi ad una mera convenzione linguistica (Castelvetri 2000b, p. 610) sono, in linea di massima, così sintetizzabili: a) accertata *a posteriori* la spontaneità del comportamento datoriale, l'uso aziendale, che deriva dal mero fatto della sua reiterazione, sarebbe assimilabile alle clausole d'uso disciplinate dall'art. 1340 c.c., concorrendo a integrare il contenuto del contratto individuale in difetto della contraria volontà delle parti[272]; irrilevante sarebbe, in tal senso, l'indagine relativa all'elemento soggettivo o psicologico posto a base della condotta del datore di lavoro; b) in presenza delle acquisite caratteristiche strutturali - attribuzione spontanea e ripetuta, a tutti i dipendenti o ad una categoria di essi, di un trattamento più vantaggioso - l'uso aziendale, come comportamento concludente, svolgerebbe una funzione interpretativa della volontà dei contraenti individuali, in quanto tale integrativa del contenuto di ciascun singolo regolamento negoziale ai sensi dell'art. 1374 c.c.[273].

Come noto, la contraddittorietà di tale filone interpretativo, fatta salva l'identità dei risultati conseguiti anche attraverso confuse soluzioni mediane, è stata a più riprese sottolineata dalla dottrina (cfr. Liebman 1995, p. 215; Liebman 1997, p. 7; Castelvetri 2000b, p. 608; Gandi 2000, p. 77; Valente 2002, p. 227), le cui critiche vanno ben al di là della mancata correttezza dei riferimenti normativi fondanti le pronunce di legittimità. Prima fra tutte, un'obiezione di metodo (Liebman 1995, p. 219) che ha indotto a interrogarsi sul perché la giurisprudenza abbia sempre ricondotto alla medesima qualificazione di "usi aziendali" fattispecie concrete profondamente diverse: da un lato, situazioni in cui sia in discussione la legittimità di un disimpegno unilaterale dell'imprenditore da obbligazioni sorte verso soggetti che già sono stati ripetutamente destinatari di un determinato beneficio; dall'altro, casi nei quali la controversia abbia ad oggetto la pretesa sussistenza del medesimo vincolo anche nei confronti di lavoratori diversi dai beneficiari originari, alla sola condizione che questi vengano a trovarsi nella medesima situazione di fatto.

Accogliendo le numerose sollecitazioni della dottrina (che qui non è possibile ripercorrere integralmente), la Cassazione in alcune pronunce ha fornito una differente ricostruzione del fenomeno: esclusa la correttezza dei riferimenti normativi precedentemente adottati e rivalutata l'esigenza di ricondurre nell'ottica negoziale l'inquadramento e gli effetti degli usi aziendali, la Suprema Corte ha stabilito che qualora sia possibile rilevare l'avvenuta formazione di una volontà del datore di lavoro di riconoscere un beneficio non obbligatorio ai singoli o ad una cerchia di dipendenti, in presenza di una ripetizione di tale comportamento, l'uso aziendale sarebbe idoneo a far "sorgere un obbligo unilaterale di carattere collettivo, che agisce sul piano dei singoli rapporti individuali allo stesso modo e con la stessa efficacia di un contratto collettivo aziendale, sostituendo alle clausole contrattuali e quelle collettive in vigore, quelle più favorevoli dell'uso aziendale"[274].

---

[272] V. tra le tante Cass. S.U. 30 marzo 1994, n. 3134; Cass. S.U. 23 agosto 1990, n. 8573, in *MGL*, 1990, 119.

[273] V. tra le meno risalenti Cass. 17 aprile 1984, n. 2498, in *NGL*, 1984, 541.

[274] V. Cass. 6 novembre 1996, n. 9690, in *RIDL*, 1997, II, 687 con nota di Occhino, 693; Cass. 27 novembre 1999, n. 13294 in *OGL*, 2000, 1, 61.

Parte della dottrina e qualche sporadica pronuncia vanno, tuttavia, oltre tale riconduzione dell'istituto all'interno dello schema negoziale e della logica volontaristica, traendone la conseguenza che "l'uso aziendale in sé non esista" (Liebman 2000, p. 595), in quanto gli effetti che ne conseguono "non possono che essere ricondotti ad una delle due sole ipotesi alternativamente possibili: in un caso, l'eventuale stabilizzazione del vincolo nei confronti di coloro che già siano stati beneficiari del trattamento favorevole, a seguito di una modifica, per fatti concludenti, dei singoli contratti individuali; nell'altro, l'avvenuta stipulazione di un contratto collettivo tacito, qualora l'effettiva presenza di un interlocutore sindacale e il complessivo comportamento delle parti consentano di collocare ragionevolmente il fenomeno sul piano dei rapporti collettivo-sindacali"[275].

Le alternative di inquadramento risultanti da questa schematica ricostruzione di un istituto di esclusiva creazione giurisprudenziale - che, proprio in quanto tale, necessariamente risente delle oscillazioni degli indirizzi interpretativi - producono diversi effetti nella vicenda del trasferimento d'azienda. La ripetuta e consolidata soluzione secondo cui l'uso integra il contenuto del contratto individuale conduce, come si è detto, a ribadire l'orientamento largamente prevalente secondo il quale i trattamenti migliorativi da esso derivanti assumono carattere vincolante per il cessionario; diversa, ovviamente, è la prospettiva aperta dalla tesi di una valenza collettiva della fattispecie in esame[276], che ne consentirebbe l'inquadramento nelle regole di evoluzione dinamica dei trattamenti di fonte collettiva sopra analizzate, e dunque la modificabilità dell'uso, ma soltanto in forza di un nuovo contratto collettivo in materia. Peraltro una simile prospettiva, certamente più sensibile alle dinamiche del confronto collettivo, non potrebbe essere imboccata acriticamente, ma dovrebbe essere filtrata dall'accertamento concreto, secondo criteri d'esperienza e in relazione alle circostanze del caso specifico (prudente Romei 1993, p. 163), che il comportamento originariamente unilaterale del datore di lavoro abbia effettivamente dato vita per volontà delle parti - datore di lavoro e sindacati, effettivamente e attivamente presenti nella realtà aziendale - a un contratto collettivo tacito. In proposito - e pur muovendo da opzioni culturali che inducono a guardare simpateticamente alla lettura 'collettivo-sindacale' degli usi aziendali - non si può non rilevare che essa rischia di perdere progressivamente legittimazione e praticabilità in un contesto che, proprio in forza della crescente frammentazione e riduzione delle dimensioni di impresa, vede restringersi sempre più gli spazi di radicamento del potere sindacale, e dunque di concreto sviluppo di un effettivo contropotere collettivo.

5.3. … e quello dei trattamenti previdenziali integrativi

L'intreccio delle situazioni giuridiche che vedono implicati, all'interno della vicenda circolatoria dell'azienda, il lavoratore, il datore di lavoro e gli enti di gestione dei fondi di previdenza complementare ha per lungo tempo costituito un terreno d'indagine meno esplorato rispetto alle tematiche classiche sopra analizzate (v. Villani 2000, p. 68). Nell'ultimo decennio, tuttavia, si registrare un crescente interesse verso l'argomento (per tutti, Tursi 1994; Tursi 2001, p. 463; Miani Canevari 2001, p. 186) giustificato dalla centralità che il sistema di previdenza ha assunto nelle scelte dei modelli di sviluppo.

Per quanto riguarda il profilo che qui maggiormente interessa, è noto che il dibattito dottrinale avente ad oggetto gli effetti giuridici del trasferimento d'impresa sui diritti alle prestazioni

---

[275] Così Trib. Milano 10 luglio 1998, in *MGL*, 1999, 43.

[276] Nella sua versione più estrema, vedi l'isolato precedente Cass. 19 marzo 1986, n. 1916, in *ADL*, 1995, 1, 393.

pensionistiche complementari prende avvio da due osservazioni: la deroga di cui all'art. 3, par. 3 della Direttiva sul trasferimento d'azienda, che consente di sottrarre alle regole generali, in materia di tutela dei diritti derivanti dal contratto individuale e dal contratto collettivo, "i diritti dei lavoratori a prestazioni di vecchiaia, d'invalidità o per i superstiti dei regimi complementari di previdenza professionali o interprofessionali, esistenti al di fuori dei regimi legali di sicurezza sociale degli Stati membri" (vedi, Foglia 1986, p. 431); l'assenza nell'art. 2112 c.c. di una previsione espressa circa il mantenimento di tali diritti (Romei, 1993, p. 168) in capo a dipendenti che fossero destinatari di una forma di previdenza complementare presso il cedente.

Il medesimo punto della Direttiva citata, peraltro, pone l'obbligo agli Stati membri di adottare le misure necessarie per tutelare gli interessi dei lavoratori "per quanto riguarda i diritti, da essi maturati o in corso di maturazione", relativi "ai regimi di previdenza complementare": parte della dottrina (Cinelli 1991, p. 273; Persiani 1992, p. 76) si è dunque interrogata sulla possibilità di comprendere tali posizioni giuridiche nella nozione dei diritti "derivanti" dal rapporto di lavoro disciplinati dal primo comma dell'art. 2112 c.c., e sulla completa e corretta attuazione, da quest'ultimo punto di vista, della Direttiva (Cester 2004, p. 241).

L'orientamento prevalente ritiene (Cinelli 1991, p. 279; Piccininno 1992, p. 268; Romei 1993, p. 171), invero, che la risposta relativa all'idoneità o meno dell'art. 2112 c.c. a tutelare le obbligazioni inerenti a fondi di previdenza integrativa vada fornita distinguendo gli assetti strutturali che contraddistinguono le sue varie tipologie (sulle quali vedi, Romagnoli 1960, p. 858; Ghera 1988, p. 115). Nel caso di fondi "interni", ovvero quando il cedente applichi una fonte istitutiva di un fondo, di norma un contratto collettivo aziendale o di categoria, per cui tra datore di lavoro e lavoratore intercorre un rapporto obbligatorio accessorio, compenetrato al rapporto di lavoro stesso, sarebbe possibile e necessaria la prosecuzione con il cessionario dei rapporti afferenti il fondo pensione, nei limiti e con le modalità di cui all'art. 2112, comma 3 c.c. (meglio, con tutti i problemi di definizione dell'effetto sostitutivo: v. *supra*).

Qualora, invece, le obbligazioni previdenziali ineriscano a un fondo dotato di personalità giuridica, lo schermo costituito da tale distinta soggettività e l'inesistenza di un rapporto accessorio "derivante" da quello di lavoro impedirebbero l'applicabilità del principio di mantenimento (da ultimo, Passalacqua 2002, p. 538), dovendosi nella fattispecie dei fondi "esterni" fare ricorso all'art. 2558 c.c., secondo il quale il subentro del cessionario ha luogo solo "se non è pattuito diversamente".

Soffermandosi, per evidenti esigenze di sintesi, sui fondi istituiti successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. 124/93, parte della dottrina ha ritenuto che l'unica norma collegata alla tematica in esame e rappresentativa della soluzione adottata dal legislatore italiano - su sollecitazione di quello comunitario - sia l'art. 10 del menzionato decreto il quale, offrendo un'apposita regolamentazione dei diritti del lavoratore alla garanzia della propria posizione previdenziale in caso di trasferimento da un fondo all'altro, ben si presterebbe a disciplinare anche l'ipotesi in cui tale mutamento dipenda da vicende che travalicano la sfera individuale del lavoratore (vedi, anche sulle forme considerate dagli artt. 2117 e 2123 c.c., Cinelli 2002, p. 55; Passalacqua 2002, p. 539).

Di contro si è rilevato (Tursi 2003, p. 451) come la ricordata Direttiva non autorizzi affatto una distinzione tra fondi 'esterni' e 'interni' ai fini dell'applicabilità dell'art. 2112 e che l'art. 10, primo comma, D.Lgs. 124/93 più che sostituire la norma generale a questa si affianca, concorrendo con la stessa a disciplinare una fase logicamente successiva a quella del trasferimento d'azienda. Sembra, infatti, condivisibile il ragionamento secondo cui solo qualora il trasferimento dell'impresa, o

di un ramo di essa, abbia determinato la fuoriuscita dall'ambito di applicazione della fonte istitutiva del fondo pensione (ad esempio, perché il cessionario transiti legittimamente all'applicazione di un diverso contratto collettivo), si sarà in presenza di una cessazione dei requisiti di partecipazione, con conseguente attribuzione ai lavoratori del diritto a esercitare una delle opzioni previste dall'art. 10, cit.; allorquando, invece, la vicenda circolatoria veda coinvolte aziende in cui operi un medesimo fondo, di gruppo o di categoria, non troverà applicazione la disposizione speciale, mentre la disciplina di cui all'art. 2112 "troverà un concreto spazio di operatività non tanto con riferimento alla perpetuazione degli obblighi afferenti per il futuro al fondo - ché tali obblighi incombono sulle parti in virtù dell'adesione al fondo, non interrotta dalla vicenda traslativa aziendale -, quanto con riguardo alla regola della responsabilità solidale tra vecchio e nuovo datore di lavoro per le obbligazioni pregresse" (Tursi 2001, p. 474).

Una conferma di tale tesi pare essere stata fornita proprio dal giudice comunitario[277], il quale ha affermato che i diritti a una prestazione di pensionamento anticipato, prevista e disciplinata da un contratto collettivo, e non ricadenti in alcuna delle ipotesi di esclusione di cui all'art. 3, par. 3 della Direttiva 77/187/CE, si trasferiscono automaticamente e inderogabilmente in capo al cessionario. In altre parole, le argomentazioni che sulla base dell'autonomia del rapporto di previdenza complementare dal rapporto di lavoro tendevano a negare l'applicabilità dell'art. 2112 e quindi dell'effetto traslativo sembrerebbero definitivamente superate alla luce del criterio adottato dalla Corte, di stretta interpretazione delle fattispecie contemplate dalla deroga al principio generale.

Un ultimo cenno va fatto a un'ulteriore questione che si è posta soprattutto in passato, a fronte della diffusa affermazione dottrinale (vedi, in tale senso Persiani 1992, p. 74; Romei 1993, p. 172) della natura retributiva, in quanto corrispettiva dell'attività lavorativa svolta, delle prestazioni erogate dai regimi di previdenza complementare. Il problema - che sembrava ormai chiuso alla luce delle pronunce della Corte Costituzionale[278], sebbene recentemente risollevato dalla Cassazione[279] - assumeva e assume notevole interesse in relazione alla possibilità che per le forme pensionistiche complementari la contrattazione collettiva (dello stesso livello) applicata dal cessionario imprima all'effetto sostitutivo una dinamica distinta rispetto a quella coinvolgente i trattamenti economici e normativi latamente intesi (vedi, ancora, Tursi 2001, p. 130).

In particolare, se è possibile sostenere che il diritto alle prestazioni previdenziali si è certamente perfezionato in capo ai singoli beneficiari il cui rapporto di lavoro sia cessato anteriormente al trasferimento, nell'ipotesi di prosecuzione del rapporto presso un cessionario (eventualmente) non soggetto alla disciplina collettiva istitutiva del fondo sorge la questione della conservazione, o della rilevanza, di quanto è stato accantonato per il periodo in cui la prestazione è stata eseguita nell'impresa cedente. Affermare la natura di retribuzione differita dei trattamenti di previdenza integrativa, per quanto opinabile a seguito del D.Lgs. 124/93, significava, da un lato, ammettere

---

[277] Corte di Giustizia 4 giugno 2002, *Beckmann Dynamco Whicheloe Macfarlane Ltd.*, C 164/00, in *RIDL*, 2003, II, 397.

[278] V., tra le tante nel senso della natura strettamente previdenziale dei contributi in esame, C. Cost. 8 settembre 1995 n. 421, in *MGL*, 1995, 535; C. Cost. 8 giugno 2000 n. 178, in *MGL*, 2001, 91; per una sintesi in dottrina, Miani Canevari 2001, p. 195; Poso 2002, p. 318.

[279] Cass. 2 novembre 2001 n. 13558, in *RIDL*, 2002, II, 312; cfr. in senso critico, Tursi 2002, 489.

l'intangibilità delle quote accantonate presso il fondo di provenienza, in qualità di somme già entrate nel patrimonio dei singoli lavoratori, pur essendo la loro erogazione differita al momento dell'estinzione del rapporto di lavoro (cfr. Persiani 1992, p. 81; Romei 1993, p. 174); dall'altro, fornire una risposta soddisfacente alla scansione fra mere aspettative e situazioni giuridiche definite nella logica dei diritti quesiti[280] (vedi, Spagnuolo Vigorita 1995, p. 32; Villani 2000, p. 116).

Se, invece, come si sostiene anche alla luce dell'art. 7, comma quinto, D.Lgs. 124/93 (oltre che della ricordata giurisprudenza costituzionale), si abbandona l'idea che il trattamento pensionistico complementare si configuri come corrispettivo del lavoro svolto, per aderire alla tesi secondo cui "la natura lavoristicamente corrispettiva dei contributi di previdenza complementare altro non è che la necessaria implicazione della caratterizzazione contrattuale e volontaria" di tali forme contributive (Tursi 2002, p. 497), ne discende che difficilmente la soluzione di tutela di tali posizioni potrà passare attraverso l'intangibilità dei cd. "diritti acquisiti"[281]. In tale seconda prospettiva, la risposta andrebbe dunque cercata nel rapporto "di concorrenza" (v. Tursi 1994, p. 113) che sussiste tra la disciplina del trasferimento d'azienda e la normativa speciale (artt. 11 e 18, comma settimo, D.Lgs. 124/93), laddove, a fronte di un cessionario che intenda (nei limiti in cui ciò possa legittimamente avvenire) sottrarsi agli obblighi derivanti dal fondo operante presso il cedente, ricorrerà un'ipotesi di "scioglimento del fondo pensioni per vicende concernenti i soggetti tenuti alla contribuzione" (art. 11, comma primo) la quale prevede una copertura assicurativa diretta per i pensionati, e il rinvio, per i lavoratori in servizio, alle opzioni di cui all'art. 10 (adesione al nuovo fondo; adesione ad un "fondo aperto"; riscatto della posizione individuale).

6. L'obbligazione solidale prevista dal secondo comma dell'art. 2112 c.c.

Se nell'ambito della modifica soggettiva dal lato del datore di lavoro la prima e fondamentale tutela per i lavoratori trasferiti consiste nella continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario, l'ulteriore strumento utilizzato dal legislatore in funzione di garanzia della posizione creditoria è rappresentato, come noto, dalla particolare ipotesi di responsabilità solidale prevista dal secondo comma della norma in commento.

A quadro normativo immutato sul punto, sembra inopportuno ripercorrere interamente il dibattito che ha animato la dottrina a seguito della scomparsa (con l'art. 47, l. 428/90) di ogni criterio limitativo della responsabilità del cessionario, rappresentato dalla "conoscenza o dalla conoscibilità" del credito di cui lavoratore ceduto fosse titolare al momento del trasferimento, piuttosto che dall'espresso riferimento ai crediti che "trovano causa nella disdetta data dall'alienante" (su cui Grandi 1972, p. 361; Romei 1993, p. 175; Cosio 1995, p. 105). Le problematiche su cui pare opportuno soffermarsi sinteticamente in questa sede riguardano, da un lato, l'inquadramento teorico della fattispecie "obbligazione solidale", dall'altro, la definizione del campo di applicazione del principio di solidarietà: di tutela dei crediti dei soli lavoratori ceduti ovvero anche di coloro il cui rapporto di lavoro sia legittimamente cessato in un momento anteriore al trasferimento d'azienda.

Sotto il primo profilo, la dottrina prevalente (per una ricostruzione degli orientamenti sul punto, vedi Romei 1993, p. 176; Lambertucci 1999, p. 38) ha affermato che la previsione contenuta nel

---

[280] Cfr. Cass. 12 febbraio 1990, n. 987, in *RIDL* 1990, II, 290.

[281] Cfr. Cass. 23 aprile 1999, n. 4069, in *MGL*, 1999, 717.

secondo comma dell'art. 2112 c.c. non determina, in ordine alla responsabilità solidale, la successione del cessionario nel debito del cedente, bensì l'accessione di un nuovo obbligato a quello originario, per cui, a seguito dell'ingresso *ex lege* di un nuovo soggetto nel rapporto, si verificherebbe, dal punto di vista del soggetto passivo, la trasformazione dell'obbligazione da semplice a complessa. Se l'aggiunta di un nuovo soggetto obbligato (il cessionario) all'originario debitore si giustifica, in termini funzionali, in una logica di sostanziale rafforzamento della posizione creditoria del lavoratore, una recente rilettura dell'istituto (Corazza 1997) ne ha invero suggerito un diverso e interessante inquadramento che tenga conto dell'ambito nel quale questo strumento viene utilizzato. Ripercorrendo le diverse nozioni di solidarietà accolte dalla dottrina civilistica, si è a tal fine sottolineato come il vero nodo problematico che ha caratterizzato l'inquadramento delle obbligazioni solidali, nell'ambito delle obbligazioni soggettivamente complesse, riguardi l'individuazione dell'*eadem causa obligandi.* La legge parla, infatti, in generale di solidarietà con riferimento a due ambiti non omogenei: le obbligazioni contratte nell'interesse esclusivo di uno dei coobbligati - dove la connessione si esprime in termini di accessorietà, per cui a un'obbligazione principale se ne aggiunge una con funzione di garanzia - e le obbligazioni caratterizzate dalla comunione di interessi tra i contraenti, comprese nella più ampia categoria delle obbligazioni soggettivamente complesse (Corazza 2003, p. 227). In quest'ultima prospettiva, si è proposto di valorizzare l'operazione economica complessa che coinvolge le prestazioni lavorative (sino a individuarvi profili di collegamento negoziale), cui l'ordinamento ricondurrebbe conseguenze giuridiche che vanno oltre la mera funzione di garanzia della parte debole del rapporto, in funzione appunto "di regolazione delle operazioni economiche che attraverso complesse vicende negoziali utilizzano o coinvolgono l'attività lavorativa" (Corazza 1997, p. 91).

Quanto al campo di applicazione del secondo comma dell'art. 2112, è ormai prevalente in giurisprudenza l'orientamento secondo cui la solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti vantati dal lavoratore al momento del trasferimento presuppone la vigenza del rapporto, e non è quindi riferibile ai lavoratori il cui rapporto sia cessato prima del trasferimento stesso, per i quali troverebbe applicazione l'art. 2560 c.c.[282]; ciononostante, i contributi dottrinali sul punto continuano a dividersi (v., anche per una sintetica analisi dell'evoluzione giurisprudenziale, Luzzana 1998, p. 120; Del Conte 1998, p. 238).

Secondo un'opinione che ha trovato eco nella ricordata giurisprudenza, la normativa italiana andava invero letta sulla scorta di un'unitaria ricostruzione della disciplina comunitaria, di cui ha poi costituito il recepimento. E se l'art. 3 par. 1 della Direttiva 77/187/CE prevedeva solo in via facoltativa la possibilità che gli Stati membri disciplinassero la responsabilità solidale del cedente, per gli obblighi anteriori al trasferimento, la normativa comunitaria sarebbe comunque stata "pienamente idonea a conformare l'interpretazione di cui debbono essere poi oggetto le disposizioni di diritto interno" (Liebman 1993, 845). A tale stregua, e nel quadro dell'eliminazione dell'inciso che includeva nell'area della responsabilità solidale quel "credito che trova causa nella disdetta data dall'alienante", sarebbe parso incongruo - anche perché contrario a esigenze di razionalizzazione degli scambi commerciali - ipotizzare che il cessionario dovesse rispondere anche dei crediti di

[282] V. Cass. 16 giugno 2001, in *MGL*, 2001, 836; Cass. 19 dicembre 1997, n. 12889, in *RIDL*, 1998, II, 764; nella giurisprudenza di merito Trib. Milano 25 ottobre 2001, in *OGL*, 2002, 1, 151; Trib. Milano 15 marzo 2000, in *OGL,* 2000, 2, 464; Trib. Milano 10 luglio 1998, in *OGL*, 1998, 636.

lavoratori il cui rapporto di lavoro si fosse definitivamente risolto anteriormente alla cessione (Lambertucci 1999, p. 49).

Di contro si riteneva che la responsabilità solidale dovesse abbracciare ogni credito vantato dal lavoratore che trovasse causa nel rapporto di lavoro, purché maturato in epoca anteriore al subingresso dell'acquirente nella titolarità dell'azienda (vedi, Grandi 1972, p. 358; Magrini 1980, p. 203; Romei 1993, p. 183). Secondo questa tesi, se è vero che i crediti anteriori al trasferimento e relativi a rapporti di lavoro già cessati rimangono estranei alla vicenda successoria di cui al primo comma dell'art. 2112 c.c., a maggior ragione si pone per gli stessi un problema di garanzie realizzate attraverso lo strumento della responsabilità solidale tra cedente e cessionario (cfr. Romei 1998, p. 769). In questo senso, e non senza indici normativi a favore di tale orientamento (la soppressione della regola di "conoscenza e conoscibilità dei crediti": vedi, Cosio 1995, p. 109), si è sostenuto che la differenziazione fra crediti e crediti in ragione della continuazione del rapporto sarebbe contraddittoria rispetto alla *ratio* stessa del principio di solidarietà, rappresentato dall'esigenza di assicurare a tutti i lavoratori la permanenza di quelle ragioni di garanzia costituite dal complesso dei beni aziendali[283].

Nel bilanciamento degli interessi in gioco - l'interesse al credito derivante dal rapporto di lavoro e l'interesse alla circolazione dell'azienda - non pare che gli argomenti letterali riferiti al diritto interno o a quello comunitario assumano valore decisivo: semmai viene da osservare - quasi sul piano del contesto culturale dell'operazione interpretativa - che l'accentuazione del nesso tra rapporti di lavoro e azienda, che l'orientamento dominante ha fortemente promosso per legittimare le operazioni di scorporo ed esternalizzazione (tale per cui il contratto si lega necessariamente e quasi oggettivamente all'azienda, annullando la dimensione soggettiva dell'autonomia nel rapporto con il titolare della medesima) dovrebbe per coerenza avvalorare l'orientamento che nell'azienda riconosce la principale garanzia patrimoniale dei crediti del lavoratore, perciò destinata a permanere anche dopo la cessione a prescindere dalla vitalità del rapporto al momento della stessa.

7. Il regime di solidarietà negli appalti successivi al trasferimento di ramo d'azienda

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 276/2003 (art. 32), l'art.2112 c.c. si è arricchito di un sesto comma del quale appare oscura la formulazione, tale da suscitare subito una pluralità di interpretazioni. Al fine di proporne una lettura coerente e ragionevole, è opportuno richiamare lo sviluppo e il contesto della norma: la legge delega n. 30/2003, all'art. 1, comma secondo, lett. *p)*, prevede la revisione della disciplina del trasferimento d'azienda indicando, al terzo criterio di delega, la previsione "di un regime particolare di solidarietà tra appaltante e appaltatore, nei limiti di cui all'art. 1676 del codice civile, per le ipotesi in cui il contratto di appalto sia connesso ad una cessione di ramo d'azienda". Tale disposizione trova origine nell'accordo tra Governo e parti sociali (con esclusione della Cgil) del luglio 2002, e sembra dunque sottintendere la volontà di prevedere una tutela aggiuntiva per i lavoratori nei casi di esternalizzazione, anche quale bilanciamento dell'attenuazione dei criteri di controllo del trasferimento dovuto all'eliminazione del requisito della "preesistenza" in tema di definizione della fattispecie (così Biagi, Tiraboschi 2003, p. 487): il

[283] In giurisprudenza, sia pure con carattere di orientamento minoritario, v. Trib. Milano 25 marzo 2000, in *Lav. Giur.*, 200, 799; Trib. Milano 10 luglio 1999, in *Lav. Giur.*, 1999, 1162; Cass. 27 novembre 1992, n. 12665, in *RIDL*, 1993, II, 838; Cass. 23 marzo 1991, n. 3115, in *MGL*, 1991, 241.

legislatore delegato, tuttavia, ha adempiuto a tale compito con una disposizione mal formulata, senza sviluppare adeguatamente il contenuto della delega e anzi, se possibile, rendendolo ancor meno perspicuo.

Il nuovo ultimo comma dell'art. 2112 fa riferimento al caso in cui, dopo il trasferimento di un ramo d'azienda, si instauri tra cedente e cessionario (qui scorrettamente nominati alienante e acquirente) un contratto di appalto "la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione": in tale ipotesi la norma dispone che tra appaltante e appaltatore operi "un regime di solidarietà di cui all'articolo 1676". Quest'ultima norma, come è noto, prevede che i dipendenti dell'appaltatore impiegati nell'opera o nel servizio appaltati possano proporre un'azione diretta contro il committente per ottenere il pagamento di quanto è loro dovuto, ma con il limite del debito che il committente ha verso l'appaltatore (in genere, a titolo di residuo corrispettivo dell'opera o del servizio) al momento in cui viene proposta la domanda.

Il fenomeno regolato, come accennato, è con tutta evidenza quello delle esternalizzazioni, e in particolare di quelle operazioni che - nei limiti consentiti dalla corretta interpretazione della disciplina del trasferimento d'azienda, qui dati per presupposti - vedono la cessione a terzi di un ramo d'azienda funzionalmente autonomo, non finalizzata tuttavia alla definitiva dismissione dal ciclo produttivo di una parte di attività: il cedente rinuncia bensì alla gestione diretta della stessa per affidarla a un terzo, mantenendola nella propria complessiva attività produttiva sulla base di un rapporto di integrazione contrattuale (per tale concetto, che anche nel seguito della nostra analisi assumerà rilievo centrale, v. Corazza 2003). La finalità del legislatore sembra essere quella di indirizzare l'attore principale dell'operazione (l'impresa decentrante) verso la scelta di imprese terze serie e responsabili, e impedire che l'operazione abbandoni i lavoratori coinvolti a soggetti di scarsa affidabilità patrimoniale; sembra quasi che il legislatore voglia sottolineare che il decentramento di attività a terzi post-cessione d'azienda rischi maggiormente, rispetto al decentramento puro verso un soggetto già presente sul mercato con una propria organizzazione, di dar luogo alla presenza di imprese in condizioni di dipendenza e economica e minore solvibilità. Tuttavia, la giusta direttiva trova poi uno sviluppo debole e confuso, in realtà già compromesso dal riferimento della legge delega ai limiti di cui all'art. 1676.

La norma, infatti, pone problemi sia per la corretta individuazione del suo campo di applicazione, oggettivo e soggettivo, sia per quanto attiene agli effetti di disciplina. Quanto al primo profilo, il generico riferimento all'appalto svolto utilizzando il ramo d'azienda ceduta fonda il dubbio se tra cessione e contratto d'appalto debba esservi continuità, ovvero se la regola operi anche verso un appalto attivato in un momento successivo (cfr. Cester 2004, p. 269; Chisari 2004, p. 592). Inoltre, non è chiaro se destinatari della norma siano i lavoratori originariamente addetti al ramo d'azienda ceduto, ovvero solo quelli poi effettivamente impiegati nell'attività appaltata. Sotto il secondo profilo, si pongono i problemi del rapporto con il secondo comma dell'art. 2112 - solidarietà per i crediti sussistenti all'atto della cessione -, con l'art. 29 del D.Lgs. 276 - solidarietà tra committente e appaltatore negli appalti di servizi - e con lo stesso l'art. 1676 c.c. - rispetto al quale la norma potrebbe sembrare un'inutile ripetizione di una regola già operante, sulla base appunto del disposto codicistico.

È mia opinione che ognuno di tali problemi, nella faticosa ricostruzione di un significato ragionevole della norma, vada affrontato avendo presente il contesto e le finalità sopra descritti. Ciò consente di respingere qualsiasi tesi che abbia un carattere limitativo di garanzie attribuite ai lavoratori in forza di altre disposizioni: è evidente infatti che l'intenzione del legislatore, per

quanto mal tradotta, fosse quella di rafforzare la garanzia dei crediti e non di indebolirla, quando l'appalto succeda ad una esternalizzazione mediante trasferimento d'azienda. Pertanto, dovrà rintracciarsi un significato della disposizione che aggiunga garanzie altrimenti non previste.

È certo infondata, in primo luogo, l'idea che il sesto comma dell'art. 2112 deroghi in senso peggiorativo all'obbligazione solidale piena tra cedente e cessionario, prevista dal secondo comma, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento (così Salimbeni 2004, p. 605). Ciò deve ritenersi sia per coerenza alla volontà del legislatore (Biagi, Tiraboschi 2003, p. 487) sia soprattutto per la differenza di fattispecie regolate, poiché il sesto comma dell'art. 2112, a differenza del secondo, incide sui rapporti di credito che insorgono nella vicenda successiva al trasferimento (Corazza 2003, p. 225; Chisari 2004, p. 590; Cester 2004, p. 268). L'ipotizzata attenuazione della garanzia di solidarietà all'atto del trasferimento d'azienda dovrebbe inoltre considerarsi viziata da un eccesso di delega rispetto all'art. 1 della l. 30/2003, nonché dalla violazione della clausola di non regresso nell'attuazione della direttiva, implicitamente richiamata dallo stesso incipit dell'art. 32, primo comma, D.Lgs. 276/2003, nella parte in cui interviene sulla disciplina del trasferimento (Cester 2004, p. 247).

Appena più complicato appare il rapporto tra la norma in commento e l'art. 29, secondo comma, D.Lgs. 276, nella parte in cui prevede che negli appalti di servizi - che ben potrebbero essere appalti la cui esecuzione avviene utilizzando un ramo d'azienda oggetto in precedenza di cessione - il committente sia obbligato in solido per i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti ai dipendenti dell'appaltatore, senza alcun limite se non quello temporale di un anno dalla cessazione dell'appalto (Scarpelli 2004, par. 8): vi è dunque una parziale sovrapposizione di fattispecie e l'intreccio di due regimi di garanzia differenti (quello del 2112 peggiorativo quanto all'apposizione di un limite al debito del committente, ma più ampio quanto ai crediti tutelati; v. *infra*). Anche in questo caso dev'essere respinta la tesi, per quanto proposta criticamente (Salimbeni 2004, p. 606; Cester 2004, p. 270; Roccella 2004, p. 366; Corazza 2003, p. 226) secondo la quale il sesto comma dell'art. 2112 renderebbe inapplicabile il secondo comma della norma sugli appalti di servizi: vi osta la necessità di una lettura coerente alla legge delega e la non coincidenza di fattispecie e discipline, tale da rendere improponibile un rapporto derogatorio tra norma generale e norma speciale. Inoltre, l'irragionevole disparità di trattamento tra lavoratori coinvolti in un appalto di servizi, a seconda del fatto che lo stesso sia connesso, o non, a una precedente cessione di ramo d'azienda, esporrebbe inevitabilmente la norma a censura di legittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza; del resto non può ritenersi che nello spazio di due norme quasi contigue il legislatore del 2003, che con l'art. 32 voleva aggiungere garanzie nelle vicende di esternalizzazione, abbia inteso ridurre quanto appena riconosciuto nell'art. 29: si deve perciò concludere che la regola dell'art. 32 si affianchi a quella dell'art. 29, senza affatto derogarvi, e che i lavoratori provenienti dal ramo d'azienda ceduto, impiegati in un appalto di servizi col cedente/committente, godano anche della solidarietà piena (senza il limite del debito tra le imprese) per i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali (Ichino 2003, par. 32).

Ciò premesso, deve dunque stabilirsi quale sia il contenuto della garanzia dell'ultimo comma dell'art. 2112, anche per rispondere all'interrogativo di quale sia il senso della previsione atteso che l'art. 1676 c.c., in quanto norma generale, deve ritenersi applicabile per forza propria ad ogni appalto. La risposta può trarsi dal richiamo delle descritte finalità del legislatore - introdurre garanzie aggiuntive per gli appalti post-esternalizzazione - e dall'attenta analisi del (mal formulato) disposto legislativo, che criteri di interpretazione sistematica e di coerenza costituzionale

impongono di leggere alla luce della legge delega. Quest'ultima, infatti, non prevedeva affatto di applicare l'art. 1676 agli appalti connessi a una cessione di ramo (previsione che sarebbe stata del tutto pleonastica, essendo la norma del codice applicabile per forza propria) ma invitava il legislatore delegato a introdurre una regola di solidarietà "nei limiti", ma non coi contenuti, dell'art. 1676: il rinvio alla norma codicistica non vale dunque per ogni aspetto di disciplina, ma solo per quello relativo al limite del credito azionabile in via solidale verso il committente, che non può superare quanto dovuto da questi all'appaltatore.

La pessima formula adottata in sede d'attuazione della delega deve dunque essere interpretata in tal senso, e alla luce delle finalità della riforma. In mancanza di un più analitico sviluppo della disciplina, deve ritenersi a mio parere che il sesto comma dell'art. 2112 preveda, per i casi di cessione di ramo d'azienda, *una fattispecie autonoma di obbligazione solidale*: cioè un'ampia obbligazione solidale del cedente/committente verso tutti i lavoratori ceduti, responsabilità che permarrà nel tempo sino a quanto il cedente intrattenga col cessionario rapporti di articolazione contrattuale dell'attività d'impresa. La collocazione della regola nello stesso art. 2112 (e non nella rinnovata disciplina degli appalti) induce a ritenere che la garanzia si indirizzi a tutti i lavoratori già dipendenti del cedente, a prescindere dal fatto che siano poi impiegati nell'attività appaltata (Biagi, Tiraboschi 2003, p. 487), poiché tale garanzia si proietta nel periodo successivo al trasferimento ma trova in questo la propria ragione: con il che si è individuato un primo significato di tutela aggiuntiva rispetto alla regola codicistica.

Quanto al problema della connessione temporale dell'appalto con la precedente cessione di ramo d'azienda, esso va risolto con ragionevolezza: se pare evidente il riferimento del legislatore a vicende nelle quali l'appalto succede alla cessione senza soluzione di continuità, tale requisito non può essere assunto in maniera formalistica, pena la facilissima elusione della disciplina. Dunque, la garanzia opererà ogni qualvolta permanga, anche a distanza di qualche tempo, una connessione tecnico-funzionale tra l'operazione imprenditoriale di cessione e il successivo appalto; non invece quando l'appalto sia frutto di un nuovo 'incontro' nel futuro tra le due imprese, tale da non presupporre quel nesso di dipendenza funzionale ed economica tra i due soggetti, scaturente dalla precedente esternalizzazione, che il legislatore sembra aver avuto in mente.

In secondo luogo - e ancora in senso aggiuntivo rispetto ad altre disposizioni -, l'obbligazione solidale opererà con riferimento a ogni credito del lavoratore, per qualsiasi titolo connesso al rapporto di lavoro, proprio perché la legge intende rafforzare le garanzie del dipendente 'estromesso' dal precedente contesto aziendale, ma ceduto a un'impresa i cui rapporti di mercato sono ancora 'condizionati' dall'originario datore di lavoro: con il che l'ultimo comma dell'art. 2112 assume un significato diverso e parzialmente migliorativo rispetto alla garanzia dettata per gli appalti di servizi dall'art. 29 D.Lgs. 276[284], ed evita ogni dubbio connesso al dibattito sulla latitudine della garanzia ex art. 1676 c.c. (per quanto, anche con riferimento alla norma codicistica, appaia più corretta la lettura che estende la garanzia a ogni credito del lavoratore: Marinelli 2002, p. 140).

[284] Il quale invece, appunto per i soli appalti di servizi e, sembrerebbe, per i soli lavoratori addetti all'attività appaltata, prevede una garanzia più ridotta quanto ai contenuti - i soli crediti retributivi e il diritto al versamento dei contributi - ma più estesa quanto all'azionabilità della medesima, che non incontra il limite del debito del committente verso l'appaltatore.

Credo che la lettura ora esposta dia un senso a una norma altrimenti oscura o dagli esiti irragionevoli: certamente rimane il fatto della debolezza della garanzia attribuita dal legislatore, per l'operare del rinvio all'art. 1676 per l'aspetto relativo al limite di esigibilità diretta dei crediti, connesso al debito attuale del committente verso l'appaltatore. Anche tale limite, tuttavia, può apparire meno pesante alla luce della ricostruita *ratio* della norma: se questa intende disciplinare un rapporto dinamico nel tempo, garantendo i dipendenti dell'appaltatore in una situazione di articolazione contrattuale dell'attività di impresa, nella quale sono passati alle dipendenze del soggetto presumibilmente più debole ed economicamente dipendente, si può presumere che il committente abbia un interesse imprenditoriale alla prosecuzione di tale modalità operativa, così da rinnovare nel tempo il debito verso l'appaltatore sul quale possono contare i dipendenti di quest'ultimo per l'eventuale attivazione della garanzia.

8. Bibliografia

AIDLaSS (2000), *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle Giornate di Studio di Trento, 5-6 giugno 1999, Milano: Giuffrè.

Aimo M. (1999), *Il trasferimento di azienda tra diritto comunitario e diritto interno: le garanzie individuali dei lavoratori*, in *RGL*, 4, 839.

Ballestrero M.V. (2001), *Servizi pubblici e trasferimento d'azienda. Il trattamento economico e normativo dei lavoratori*, in *LD*, 2, 279.

Ballestrero M.V. (2002), *Trasferimento d'azienda e trattamento dei lavoratori*, in *LD*, 2, 201.

Biagi M., Tiraboschi M. (2003), *Istituzioni di diritto del lavoro,* II ed., Milano: Giuffrè.

Casale D. (2003), *Le esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni fra trasferimento di funzioni e gestione delle eccedenze*, in *LPA*, 945.

Cascioli S. (2001), *Il trasferimento d'azienda e la rilevanza del consenso del lavoratore alla cessione del contratto*, in *D&L*, 3, 563.

Castelvetri L. (1997), *Una nuova prospettiva teorica per gli usi aziendali*, in *ADL*, p. 161.

Castelvetri L. (2000a), *Trattamenti normativi e contratto collettivo applicabile nel trasferimento d'azienda*, in *RGL*, II, 345.

Castelvetri L. (2000b), *Ma l'uso aziendale esiste?*, in *RIDL*, 2, p. 608.

Cester C. (2001), *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *LG*, 6, 505.

Cester C. (2004), *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?,* in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276,* coordinato da F. Carinci, II, Milano: Ipsoa, 238.

Cester C., Miscione M., Zoli C. (1998), *Le fonti del diritto del lavoro,* in *Diritto del lavoro. Commentario,* diretto da F. Carinci, I, Torino: Utet, CVII.

Chisari C. (2004), *Cessione di ramo d'azienda, appalto e solidarietà,* in De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli: Editoriale Scientifica, 587.

Cinelli M. (1991), *Trasferimenti d'azienda, trasformazioni di impresa e previdenza integrativa*, in *RIDL*, I, p. 272.

Cinelli M. (2002), *Trasferimento o conferimento di attività economica organizzata, principio di mantenimento ei diritti dei lavoratori e previdenza,* in *RDSS*, 1, 9.

Ciucciovino S. (2002), *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d.lgs. 18/2001,* in De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 83.

Corazza L. (1997), *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro,* in *RIDL*, 1, I, 77.

Corazza L. (2003), "*Contractual integration" e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Trento: ed. provv.

Cosio R. (1995), *Discipline del trasferimento d'azienda. Differenziazione e unità dell'ordinamento giuridico*, Milano: Franco Angeli.

Cosio R. (2002), *Il trasferimento d'impresa: dal d.leg. 18/01 al Patto per l'Italia*, in *FI*, I, 2280.

De Luca Tamajo R. (2002), *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura,* in De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 9.

De Marchis C. (2001), *Aspetti vecchi e nuovi del trasferimento d'azienda alla luce del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18*, in *RGL*, 2, 113.

De Simone G. (2001), *La 'privatizzazione' dei servizi pubblici locali, tra norme speciali e disciplina del trasferimento d'azienda*, in *LD*, 2, 257.

Del Conte M. (1998), *Crediti del lavoratore e responsabilità del cessionario e del cedente nel trasferimento d'azienda, ai sensi dell'art. 2112, secondo comma, c.c.*, in *MGL*, 238.

Frediani M. (2002), *Ancora sul consenso del lavoratore nel trasferimento d'azienda*, in *LG*, 4, 3.

Gandi S. (2000), *Usi aziendali: prime conferme al revirement della Cassazione*, in *OGL*, 4, p. 71.

Ghera E. (1988), *Forme speciali e integrative di previdenza sociale*, in *DL*, I, p. 115.

Grandi M. (1972), *Le modificazioni del rapporto di lavoro. I. Le modificazioni soggettive*, Milano: Giuffrè.

Grandi M. (s.d.), *Trasferimento d'azienda (dir. Lav.)*, *EGT*, agg., vol. IV.

Ichino P. (2003), *La somministrazione di lavoro*, in corso di pubbl. in *Comm. Zanichelli d.lgs. 276/2003*.

Lambertucci P. (1999), *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino: Giappichelli.

Lambertucci P. (2000), *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in AIDLaSS (2000), *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle Giornate di Studio di Trento, 5-6 giugno 1999, Milano: Giuffrè, 87.

Lepore A. (2001), *Trasferimento del ramo d'azienda e diritto di opposizione del lavoratore alla sua cessione (anche con riferimento al nuovo articolo 2112 cod. civ. in attuazione della Direttiva comunitaria n. 98/50)*, in *RGL*, II, 356.

Liebman S. (1991), *Individuale e collettivo nel rapporto di lavoro: il problema degli "usi aziendali" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *DRI*, 1, 141.

Liebman S. (1995), *Gli "usi aziendali" davanti alle Sezioni Unite della Cassazione: l'occasione per un bilancio (e per alcune puntualizzazioni),* in *ADL*, 1, 215.

Liebman S. (1997), *Ancora in tema di usi aziendali e contrattazione collettiva* in *MGL*, 1, 7.

Liebman S. (2000), *Comportamenti unilaterali dell'imprenditore, usi aziendali e teoria delle fonti di regolamentazione del rapporto di lavoro*, 6, 594.

Luciani V. (2004), *Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori: il bilanciamento di interessi nell'evoluzione dell'art. 2112 c.c.,* in De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli: Editoriale Scientifica, 561.

Lunardon F. (1999), *Avvicendamento delle discipline collettive e continuità del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in *MGL*, 11, 1142.

Luzzana M. (1998), *Responsabilità solidale per i crediti di lavoro nel trasferimento d'azienda e continuazione dei rapporti nel testo novellato dell'art. 2112 c.c.*, in *OGL*, 120.

Magrini S. (1980), *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè.

Mainardi S. (2003), *"Azienda" e "ramo d'azienda": il trasferimento nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in *DLM*, 3, 683.

Maresca A. (2001), *Le <novità> del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, n. 2, 587.

Marinelli M. (2002), *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori,* Torino: Giappichelli.

Mazziotti F. (2004), *Trasferimento d'azienda e tutele dei lavoratori,* in De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli: Editoriale Scientifica, 617.

Miani Canevari F. (2001), *Svolgimenti recenti della giurisprudenza costituzionale e contributo all'evoluzione del sistema previdenziale*, in *RDSS*, 1, p. 186.

Minervini G. (1958), *Contro la 'funzionalizzazione' dell'impresa privata*, in *RDC*, 618.

Novella M. (2001), *Aspetti giuslavoristici delle trasformazioni dei servizi pubblici locali*, in *LD*, 2, 207.

Pappalardo F. (2004), *La modifica delle condizioni di lavoro nel diritto comunitario*, Università di Ferrara, tesi di dottorato di ricerca.

Passalacqua P. (2002), *Corte di Giustizia, trasferimento d'impresa e previdenza: riflessi nell'ordinamento interno e problematiche aperte*, in *RDSS*, 2, p. 533.

Persiani M. (1992), *Trasferimento di imprese e regimi previdenziali*, in AA.VV. *Le trasformazioni aziendali in vista del mercato europeo,* in *NGL* suppl., p. 74.

Petrassi M. (1998), *Trasferimento di ramo di azienda e trasferimento parziale dei dipendenti ad esso addetti*, in *ADL.*, n. 3, 917.

Piccininno S. (1992), *La disciplina comunitaria del trasferimento d'azienda e la previdenza complementare*, in AA.VV. *Le trasformazioni aziendali in vista del mercato europeo* in *NGL* suppl., p. 268

Poso V. (2002), *Una premessa assai discutibile e una conclusione errata a proposito della natura retributiva dei trattamenti pensionistici integrativi aziendali*, in *RIDL*, II, 312.

Prosperetti G. (1989), *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Milano: Franco Angeli.

Quadri G. (2003), *I limiti all'applicabilità dell'art. 2112 c.c. ai processi di 'esternalizzazione'*, in *DML*, 1-2, 307.

Rivara A. (1999), La direttiva sull'informazione: problemi di effettività dei diritti, in *DLRI*, 134.

Roccella M. (2004), *Manuale di diritto del lavoro*, Torino: Giappichelli.

Romagnoli U. (1960), *Natura giuridica dei fondi di previdenza (art. 2117 c.c.)*, in *RTDPC*, 2, 858.

Romei R. (1993), *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda. Art. 2112*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano: Giuffrè.

Romei R. (1998), *La responsabilità solidale per i crediti di lavoro in caso di trasferimento di azienda al vaglio della giurisprudenza*, in *RIDL*, II, 765.

Romei R. (2000), *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, in AIDLaSS, 2000, 139.

Salimbeni M.T. (2004), *Trasferimento d'azienda e conservazione dei diritti dei lavoratori,* in De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli: Editoriale Scientifica, 599.

Santoro Passarelli G. (2003), *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in *RIDL,* 2, I, 189.

Scarpelli F. (1997), *I licenziamenti collettivi. La nozione e il controllo del giudice*, in *QDLRI*, n. 19, 29.

Scarpelli F. (1999a), *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, *DRI*, 3, 351.

Scarpelli F. (1999b), *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di (Mariella Magnani e) Franco Scarpelli*, *DLRI*, 82-83, 491.

Scarpelli F. (1999c), *Diritti di informazione individuali e collettivi: l'incidenza sulla configurazione del contratto di lavoro*, *RGL*, 2, 271.

Scarpelli F. (2003), *Nozione di trasferimento di ramo d'azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, in *RIDL* 1, II, 150.

Scarpelli F. (2004), *Commento all'art. 29*, in corso di pubbl. in *Commentario al d.lgs. 276/2003 diretto da E. Gragnoli e A. Perulli*, Padova: Cedam.

Spagnuolo Vigorita L. (1995), *Obiettivi collettivi e strumenti contrattuali. I diritti acquisiti in tema di pensione integrativa*, in *ADL*, 2, 17.

Stancanelli A. (2003), *Articolo 31,* in AA.VV., *L'impiego pubblico. Commento al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, Milano: Giuffrè, 613.

Tursi A. (1994), *Riflessioni sulla nuova disciplina della previdenza complementare*, in *ADL*, 1, p. 77.

Tursi A. (1996), *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Torino: Giappichelli.

Tursi A. (2001), *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Milano: Giuffrè.

Tursi A. (2002), *La natura giuridica e la disciplina legale dell'obbligazione contributiva del datore di lavoro nelle forme pensionistiche complementari*, in *RPPP*, 4, 489.

Tursi A. (2003), *Previdenza complementare e trasferimento d'impresa*, in *RIDL*, 2, 397.

Valente L. (2002), *Uso aziendale e agevolazioni tariffarie: quando un comportamento liberale del datore di lavoro diventa obbligatorio per l'azienda*, in *RGL*, 2, 227.

Vallauri M.L. (2002), *Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.*, in *LD*, n. 4, 629.

Villani G. (2000), *Trasferimento d'azienda. Profili di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Torino: Utet.

Waquet Ph. (1996), *La modification du contrat de travail e le changement des conditions de travail*, in *RJS*, 12, 791.

Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*

Valerio Speziale

1. Introduzione 113
2. La tutela in forma specifica nel diritto del lavoro e l'approccio "ideologico" alla materia 113
3. Gli strumenti di realizzazione della tutela: rimedi generali e speciali 115
4. La reintegrazione nel posto di lavoro 116
5. Segue: il pagamento delle retribuzioni a titolo di risarcimento del danno per licenziamento illegittimo e quale astreinte 125
6. La repressione della condotta antisindacale 128
7. La tutela antidiscriminatoria 132
8. I rimedi generali previsti dal codice civile 136
9. Il diritto alla salute e la violazione degli obblighi di sicurezza 138
10. Il collocamento obbligatorio 139
11. Il part time 143
12. La dequalificazione e la reintegra nelle mansioni 144
13. Il trasferimento illegittimo del lavoratore 148
14. La cassa integrazione guadagni 149
15. Il risarcimento del danno in forma specifica 151
16. Conclusioni 154
17. Riferimenti bibliografici 156

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 23/2004

1. Introduzione

La tutela specifica nel rapporto di lavoro è un argomento di grande complessità tecnica e di forte interdisciplinarietà, perché coinvolge delicate questioni di diritto civile, diritto del lavoro e diritto processuale civile. Il tema è stato affrontato già in passato in generale[285] e con riferimento specifico a norme speciali[286]. Si tratta di verificare se, in coerenza con la più recente evoluzione normativa e con le profonde modifiche intervenute nei modi di produrre e lavorare, vi siano innovazioni che consentano di pervenire a conclusioni diverse da quelle da tempo espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che vedono nel diritto del lavoro il luogo dove il "dogma" della incoercibilità degli obblighi di fare trova la sua massima espressione.

2. La tutela in forma specifica nel diritto del lavoro e l'approccio "ideologico" alla materia

In un importante saggio degli anni '70 Andrea Proto Pisani sintetizzava in modo efficace le problematiche connesse alla tutela in forma specifica[287]. L'autore sosteneva che "la tutela per l'equivalente monetario, se può presentarsi come forma di tutela giurisdizionale adeguata a situazioni di vantaggio a carattere esclusivamente patrimoniale, è invece forma di tutela giurisdizionale affatto inadeguata ove il bene da garantire attenga a situazioni di vantaggio a carattere esclusivamente (o prevalentemente) non patrimoniale ed il bene, non essendo ancora stato distrutto, possa essere ancora conseguito attraverso la cooperazione dell'obbligato; si pensi a tutte le situazioni di vantaggio che siano concretizzate dalle libertà affermate dalla Costituzione nei 'principi fondamentali' e in tutta la sua parte prima relativa ai 'diritti e doveri del cittadino': situazioni soggettive non patrimoniali implicate dai rapporti tra cittadini e Stato, nei rapporti di famiglia, nei rapporti di lavoro ecc. I problemi di tutela posti da queste ipotesi assumono pertanto oggi una gravità particolare, perché la Costituzione impedisce di risolverli attraverso il comodo espediente della tutela per equivalente monetario"[288].

Quando il risarcimento economico del valore leso non è in grado di garantire alcuni diritti fondamentali, si sente l'esigenza di tecniche di protezione di tipo satisfattivo che in qualche misura assicurino la reintegrazione in natura del bene. Quest'esigenza, che è particolarmente sentita in alcuni settori dell'ordinamento giuridico, assume un rilievo particolare nel diritto del lavoro, dove l'adempimento della prestazione lavorativa non è soltanto l'esecuzione di un obbligo nell'ambito di un contratto a prestazioni corrispettive, ma è anche un mezzo di espressione della personalità del dipendente, che attraverso il lavoro socializza con altri e realizza le proprie capacità intellettuali. Lo svolgimento dell'attività lavorativa, inoltre, è connesso a diritti fondamentali, tra i quali la libertà di espressione nel luogo di lavoro, la libertà di costituire associazioni sindacali, di svolgere attività sindacali e di esercitare i diritti garantiti dallo statuto dei lavoratori. La retribuzione,

---

[285] GHERA, 1979, p. 305 ss.; ID., 1989, p. 1077 ss.; ID., 1991, p. 633 ss.; VALLEBONA, 1995.

[286] In relazione alla reintegrazione prevista dall'art. 18 dello statuto dei lavoratori si rinvia, tra gli altri, a D'ANTONA, 1979, p. 175 ss.; PEDRAZZOLI, 1973, p. 1020 ss.; GAROFALO M.G., 1975, p. 574 ss.; RENNA, 1984, p. 9 ss. (a cui si rimanda per le ulteriori indicazioni bibliografiche); TARUFFO, 1976, p. 804 ss.; ID., 1996, p. 1 ss.; PROTO PISANI, 1982, p. 118 ss.; NAPOLI, 1980; NAPOLI, 1993, p. 71 ss.; CERRETA, 2001, p. 854 ss.

[287] Sul tema in generale si vedano PROTO PISANI, 2003a, p. 76 ss.; PROTO PISANI, 2003b, p. 15 ss.; MAZZAMUTO, 1978; ID., 1998, p. 298 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche); CHIARLONI, 1980; MONTESANO, 1994; BORRÈ, 1966.

[288] PROTO PISANI, 1978, ora 2003a, p. 121.

infine, non è soltanto un corrispettivo contrattuale ma un reddito che incide su bisogni fondamentali del lavoratore (e gli esempi potrebbero continuare).

L'insieme di queste situazioni soggettive attribuisce al lavoro un significato particolare che non può esaurirsi nella mera logica dello scambio contrattuale. Di qui l'importanza di strumenti che assicurino l'effettivo godimento delle situazioni soggettive[289].

Prima di analizzare il contenuto di queste tecniche di tutela va detto che nel diritto del lavoro il dibattito è stato fortemente condizionato da opzioni di carattere ideologico. Si è rilevato come si sia assistito, con particolare riferimento all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, a "reazioni scomposte (non meno 'ideologiche') in alcuni settori della nostra dottrina processualistica poco usi al necessario *fair play* del dibattito scientifico e più propensi per accreditare le loro tesi alla *cognitio* sommaria che a quella *plena*"[290]. Questo giudizio può essere tranquillamente esteso anche ai giuslavoristi. Si ha l'impressione che le forme di tutela specifica che mirino a realizzare l'effettività della prestazione lavorativa vengano considerate come una forma di "espropriazione forzata" dell'azienda, del tutto incompatibile con i valori costituzionali oggi esistenti. Il potere di organizzazione del lavoro e dei fattori produttivi assume per queste interpretazioni un significato "sacrale" che rimanda ad ideologie ottocentesche, lontane dalla nostra Costituzione e dall'assetto giuridico attuale e che configura qualsiasi tentativo di imporre all'impresa dei vincoli giuridici come un attacco proditorio alla "cittadella dell'imprenditore"[291]. In tale ambito, ad esempio, l'imposizione di alcuni obblighi di comportamento in capo al datore di lavoro è stato considerata come lesiva del potere organizzativo "riservato……. all'imprenditore e ai suoi collaboratori gerarchici"[292] o come una violazione dell'art. 41 della Costituzione[293]. È interessante osservare che quando un imprenditore non paga un proprio fornitore e questi, utilizzando gli strumenti del processo esecutivo, gli "espropria" (nel senso tecnico del termine) i macchinari incidendo in modo penetrante sull'organizzazione produttiva (ed in misura certamente superiore, ad esempio, agli effetti connessi alla reintegrazione nel posto di lavoro), nessuno ha mai affermato che questo tipo di tutela costituisca una violazione della libertà di iniziativa economica privata. In sostanza, gli ordinari strumenti di diritto sostanziale e processuale, che non sono messi in discussione quando consentono la protezione di diritti economici, diventano invece "eversivi" quando vengono applicati al rapporto di lavoro. La comprensione del fenomeno pertanto impone, innanzitutto, di sgombrare il campo da ogni apriorismo ideologico e di svolgere un'analisi che, anche se attenta ai valori costituzionali in gioco, si muova sul piano delle interpretazioni giuridiche del quadro normativo esistente.

Non va dimenticato, inoltre, che nel diritto civile, soprattutto nel settore della produzione di beni e servizi e della tutela del consumatore, si vanno diffondendo, sia a livello comunitario che nella

---

[289] Alcuni tra i diritti indicati, tra l'altro, presuppongono la presenza fisica del dipendente in azienda e rendono, quindi, ancora più forte l'esigenza di una tutela ripristinatoria delle ordinarie modalità di svolgimento del lavoro.

[290] MAZZAMUTO, 1998, p. 341, nota 173, a cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche. Ed il rilievo sul carattere ideologico del dibattito sull'art. 18 è sottolineato anche da DI MAJO, 2001, p. 298.

[291] MAZZAMUTO, 1978, p. 166 (che peraltro utilizza l'espressione in un contesto del tutto differente).

[292] GHERA, 1989, pp. 1084 – 1085.

[293] MENGONI, 1989, pp. 154 – 155.

legislazione nazionale, strumenti di esecuzione in forma specifica. Si è affermato che "il primato della tutela risarcitoria", propria del modello liberale di mercato, si è rivelato "fallace". In un mercato regolato, nel caso di inadempimento del produttore, si attribuisce al consumatore la possibilità di chiedere non solo il risarcimento dei danni subiti, ma anche la sostituzione o la riparazione del bene rivelatosi difforme rispetto alle qualità promesse ed al contempo gli è inibito chiedere la risoluzione del contratto se non quando la strada dell'adempimento in forma specifica si sia rivelata inadeguata[294].

La prevalenza, nell'ambito della produzione materiale, "dell'azione di adempimento"[295] rispetto al mero profilo risarcitorio rende particolarmente attuali le tecniche di tutela in forma specifica che sono proprie del diritto del lavoro. Se, infatti, anche in relazione ai diritti patrimoniali si avverte l'esigenza di promuovere strumenti che garantiscano l'effettiva realizzazione del programma negoziale, a maggior ragione una simile esigenza si pone nel diritto del lavoro, dove l'esecuzione della prestazione coinvolge quei profili relativi alla personalità ed ai bisogni fondamentali del lavoratore già descritti.

3. Gli strumenti di realizzazione della tutela: rimedi generali e speciali

L'analisi sarà concentrata sui profili generali del problema della tutela in forma specifica, senza analizzare tutti gli aspetti di un tema così complesso[296]. In particolare verranno esaminate le tecniche di coazione diretta od indiretta all'adempimento e del risarcimento del danno in forma specifica. Nel primo ambito sono ricompresi i rimedi finalizzati a garantire l'effettivo adempimento dell'obbligo e non la ricostituzione economica del patrimonio leso, mentre le seconde, pur agendo sempre nella logica risarcitoria, sono dirette ad assicurare non un equivalente pecuniario ma, se è possibile, il ripristino della situazione originaria. In tale contesto cercherò di valutare la posizione delle parti del rapporto di lavoro ed in che limiti le tecniche di tutela prima descritte siano effettivamente utilizzabili.

Una prima distinzione utile è tra i rimedi generali previsti dal codice civile o penale e quelli introdotti da leggi speciali[297]. Va in primo luogo considerata l'azione di esatto adempimento prevista dall'art. 1453 c.c. Vi sono poi gli artt. 2930 e ss. dello stesso codice, che regolano l'esecuzione forzata in forma specifica degli obblighi di consegna, di fare, non fare, di concludere un contratto[298]. Non va dimenticato, inoltre, che l'eliminazione del pregiudizio subito può essere realizzata con la reintegrazione del danneggiato (art. 2058 cod. civ.), ferma restando la funzione

---

[294] MAZZAMUTO, 2003, pp. 8 - 9. Il consumatore diventa "agente della razionalità del mercato" (p. 9).

[295] MAZZAMUTO, 2003, p. 9.

[296] Non esaminerò gli aspetti della tutela in forma specifica connessi al lavoro pubblico o i problemi collegati ai poteri privati (per questi due aspetti rinvio alle specifiche relazioni) o i profili processuali (anche questi oggetto di studi da parte di altri relatori del convegno). Non mi occuperò neanche dell'analisi dettagliata delle norme penali finalizzate a garantire l'attuazione degli obblighi di fare o delle sanzioni amministrative ecc.

[297] Il termine "rimedio" è utilizzato da DI MAJO, 2001, p. 54, in coerenza con la tesi di BIANCA, 1999, p. 413, secondo il quale "il principio della generale tutelabilità processuale dei diritti non toglie infatti che l'ordinamento predisponga determinati rimedi contro la violazione dei diritti: alcuni esercitabili in via giudiziale, altri in via stragiudiziale. I rimedi esercitabili in via giudiziale li chiamiamo processuali ma essi sono di natura sostanziale se fanno parte del contenuto del diritto, ampliando le facoltà del suo titolare".

[298] A tali disposizioni si affiancano quella del codice di procedura civile relative alla medesima materia (artt. 612 ss.) e finalizzate proprio a rendere concreta la tutela in forma specifica.

compulsiva che in determinati casi può essere esercitata dal risarcimento del danno (che deve indurre il debitore ad adempiere). Il codice penale prevede due norme (gli artt. 388 e 650) che assolvono una funzione preventiva, di coazione all'adempimento, e repressiva di comportamenti non attuativi di obblighi imposti da una pronuncia giurisdizionale. Tra le norme speciali vanno ricordati gli artt. 18 e 28 dello statuto dei lavoratori, l'art 15, comma 1, della legge n. 903 del 1977, l'art. 4, comma 9, della legge n. 125 del 1990 ed altre ancora.

Si è sostenuto che nel diritto del lavoro vi è una combinazione delle varie tecniche di tutela[299] ed in effetti l'osservazione è condivisibile. Infatti la reintegrazione nel posto di lavoro conseguente ad un licenziamento illegittimo è una forma di ricostituzione forzosa della possibilità di eseguire la prestazione lavorativa (e quindi un mezzo di coazione diretta all'adempimento). Inoltre il risarcimento del danno è utilizzato o come strumento di compensazione del pregiudizio patrimoniale subito o come mezzo di coazione indiretta (*astreinte*) finalizzato a garantire l'adempimento di un obbligo scaturente dalla legge e da un ordine del giudice. Le sanzioni penali (utilizzate da alcune norme) realizzano la duplice funzione prima descritta. In sostanza nel diritto del lavoro vi è un'ampia utilizzazione di tutti i rimedi risarcitori e satisfattivi previsti dall'ordinamento giuridico.

Le diverse tecniche di tutela devono essere analizzate separatamente, iniziando da quelle sulle quali si è maggiormente concentrata l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza.

4. La reintegrazione nel posto di lavoro

L'art. 18 dello statuto dei lavoratori prevede che il giudice, qualora accerti l'inefficacia, annullabilità o nullità del licenziamento individuale, "ordina al datore di lavoro… di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro". La norma non si limita a sancire l'inidoneità del recesso invalido/inefficace ad interrompere il rapporto di lavoro (che viene ricostituito con effetto *ex tunc*), ma introduce uno specifico comando giudiziale, che è finalizzato al concreto ripristino del vincolo contrattuale tramite la riadibizione allo svolgimento della prestazione lavorativa[300]. Sebbene trovi fondamento in una precisa disposizione di legge, si può asserire che, in questo caso, si è in presenza di una obbligazione *anche* di "fonte giudiziale", analogamente a quanto previsto dall'art. 2058 del codice civile[301].

La norma dello statuto dei lavoratori è quella sulla quale maggiormente si sono concentrati gli interpreti in relazione alla possibilità della tutela in forma specifica e per la quale il carattere ideologico del dibattito ha raggiunto la sua massima espressione. Nel 1980, un'autorevole giurista scriveva che "la tutela è 'reale' nei limiti del possibile, e cioè nei termini sopra riassunti, non certo nel senso che possa prefigurarsi l'esecuzione forzata dell'obbligo di reintegra in servizio, con una soluzione impositiva che è inimmaginabile fin quando le imprese (private o in mano pubblica, non importa) siano rette secondo le regole del diritto privato e non da funzionari *de facto e de jure* di stato"[302]. Viene qui paventata quell'idea dell'impresa come "cittadella" immune alle forme di

---

[299] NAPOLI, 2003, p. 25 ss.

[300] Si vedano, per tutti, D'ANTONA, 1979, p. 115 ss.; NAPOLI, 1993, p. 71; TARUFFO, 1996, p. 3.

[301] In relazione alla disposizione del codice civile quale obbligazione di fonte giudiziale si rinvia a DI MAJO, 2001, p. 56.

[302] PERA, 1980, p. 167.

coazione all'adempimento, che vede nella reintegrazione una sorta di espropriazione per fini pubblicistici del "regno" dell'iniziativa economica privata.

Tornando al diritto, va ricordato che in questo caso l'ordine di reintegra scaturisce dalla sentenza e trasforma il normale onere di cooperazione all'adempimento del datore di lavoro[303] in un obbligo[304], senza che vi sia la necessità di far ricorso a quelle interpretazioni, a mio avviso criticabili che configurano in generale un vero e proprio diritto al lavoro con conseguente obbligo di far lavorare[305]. Si pone, quindi, il problema dell'esecuzione in forma specifica di questa situazione soggettiva. Prima di analizzare questo aspetto, peraltro, è necessario confrontarsi con quelle opinioni, a cui si è già fatto riferimento in precedenza, secondo le quali la tutela satisfattiva della reintegrazione è impedita o dall'art. 41 della Costituzione o dal carattere esclusivo del potere organizzativo dell'imprenditore.

In realtà la norma costituzionale garantisce l'iniziativa economica privata nella sua dimensione fisiologica di attività eseguita nel rispetto della legge (che ne stabilisce i limiti "sociali" e di rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana)[306] e non può certo legittimare una sorta di "immunità" dell'imprenditore ad un ordine che scaturisce da una sentenza e che rende effettivo un diritto. L'esecuzione di un comando giudiziale è espressione di un obbligo che, se è costituzionalmente legittimo (e non mi sembra che si possano avere dubbi in proposito)[307], non può essere eluso in base ad una disposizione della Costituzione che certamente non è pensata per tutelare l'inadempimento. D'altra parte, vi sono numerose normative che condizionano l'iniziativa economica dell'imprenditore imponendo vincoli e costi all'attività produttiva (come nel caso, ad esempio, delle disposizioni in materia di sicurezza sul lavoro) e questi limiti, in larga misura assai superiori a quelli connessi alla reintegrazione nel posto di lavoro, non sono stati considerati di per sé come violativi della libertà garantita dall'art. 41 Cost.[308].

Considerazioni analoghe possono essere svolte per la tesi che nega la tutela in forma specifica in base alla pretesa "esclusività" del potere organizzativo dell'imprenditore[309]. L'organizzazione dell'impresa rientra certamente tra le prerogative manageriali ma non consente di violare obblighi che trovano fondamento nella legge. Quando una A.S.L. rileva che una attività produttiva è effettuata in violazione di normative che proteggono l'ambiente ed obbliga l'imprenditore a

---

[303] Mi permetto di rinviare, sul punto, a SPEZIALE, 1992, p. 192 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

[304] Non vi è quindi il problema, (sollevato da GAROFALO M.G., 1975, pp. 577 e 614) dell'impossibilità dell'esecuzione forzata in forma specifica di un onere. In senso conforme al testo, v. PIVETTI, 2003, p. 49.

[305] V. *infra* § 8, testo e note 126 ss.

[306] Sulla norma costituzionale v., in generale, BALDASSARRE, 1971, p. 582 ss.; GALGANO, 1982; OPPO, 1988, p. 309 ss.; MORBIDELLI, 1989, p. 1 ss.

[307] La Corte Costituzionale ha più volte esaminato la legittimità dell'art. 18, in genere con riferimento all'art. 3 (ma a volte anche in relazione all'art. 41 Cost.), ed ha sempre escluso la incostituzionalità della disposizione (si rinvia sul punto alla rassegna delle varie sentenze effettuata da AMOROSO, DI CERBO, MARESCA, 2001, p. 490 ss.).

[308] "La tutela della salute (è un) bene primario oggetto di un diritto fondamentale della persona richiedente piena ed esaustiva tutela sia in ambito pubblicistico che in quello dei rapporti di diritto privato…" (C. Cost., 20 dicembre 1996, n. 399, in *CS*, 1996, II, p. 2090). Se il diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost. legittima una "ponderazione" con l'art. 41 tale da condizionare in modo penetrante l'organizzazione dell'impresa (v. *infra* nel testo), ritengo che a conclusioni analoghe si dovrebbe giungere in considerazione del "valore forte" attribuito dalla Costituzione al lavoro ed al fatto che la tutela in forma specifica ha lo scopo primario di rendere effettivi i diritti protetti dalle norme costituzionali.

[309] È questa l'opinione di GHERA, 1989, p. 1084 ss.; ID., 1991, p. 635 ss.

rispettare la legge, essa può incidere in modo penetrante sugli assetti organizzativi (imponendo, ad esempio, costose apparecchiature per eliminare fumi o rumori nocivi). Nessuno potrebbe sostenere che l'adempimento di obblighi di tale natura sia illegittimo in quanto condiziona il potere imprenditoriale di organizzazione dei fattori produttivi e le stesse conclusioni possono essere raggiunte per i limiti alla gestione dell'impresa che derivano dall'esecuzione dell'obbligo di reintegra.

Se, dunque, non vi sono ostacoli costituzionali o di altro genere che possono escludere la legittimità di vincoli all'iniziativa economica privata o agli assetti organizzativi dell'impresa, questo non significa che sia consentito "espropriare" l'imprenditore del proprio potere organizzativo[310]. Infatti, qualora l'esecuzione coattiva della reintegra dovesse tradursi in una sostituzione forzosa del titolare dell'impresa, è evidente che si porrebbero delicati problemi di compatibilità con l'assetto giuridico esistente. Tuttavia, come si vedrà, un simile problema non esiste, perché la non surrogabilità di alcune forme di collaborazione del datore di lavoro esclude in radice la possibilità di sottrarre il potere di direzione dell'impresa.

Sgombrato il campo dalle questioni descritte, il problema della tutela in forma specifica deve essere ricondotto al suo ambito più tradizionale della fungibilità o meno dell'obbligo imposto al datore di lavoro. Un'autorevole dottrina ha sottolineato come il concetto di infungibilità "è uno dei più enigmatici dell'intricata materia e non esiste fra gli interpreti alcuna convenzione stipulativa intorno ad esso neppure sul piano strettamente terminologico"[311]. Si è rilevato, ad esempio, come spesso questo concetto sia equivalente alla "insostituibilità materiale del comportamento dovuto"[312], con riferimento ad un concetto di infungibilità "in natura" che, oltre ad essere smentito dallo sviluppo scientifico[313], è erroneo, perché "possono darsi…infungibilità giuridiche e non materiali – si può costringere, di fatto ma non *iure*, taluno ad ingerire un veleno – ma non certo infungibilità materiali e non giuridiche…"[314]. In tale ambito, si è giustamente osservato come l'esempio di scuola della infungibilità "materiale" (l'obbligo di eseguire un quadro da parte di un famoso pittore, non surrogabile da un altro soggetto) sia in realtà la dimostrazione dell'inesistenza di questa nozione. Infatti, l'insostituibilità della pittura non dipende dalla sua concreta ineseguibilità da parte di altri, bensì dal fatto che, se ciò accadesse, vi sarebbe una violazione dell'interesse (artistico) del creditore ad avere quello specifico quadro o dell'interesse economico connesso al diverso valore di mercato del prodotto realizzato da un pittore sconosciuto[315].

In realtà, si è osservato che "l'infungibilità deve essere valutata in relazione all'interesse creditorio oggettivato nella disciplina del singolo rapporto e del suo bilanciamento con il contrapposto interesse debitorio"[316]. Va detto che, se questa opinione fosse accolta, il dibattito sulla infungibilità

---

[310] La sottrazione integrale all'imprenditore del potere organizzativo, infatti, potrebbe legittimare i profili di incostituzionalità sollevati da MENGONI (v. *retro* n. 9) e le perplessità sollevate da GHERA (citato nella nota precedente).

[311] MAZZAMUTO, 1998, p. 328.

[312] MAZZAMUTO, 1998, p. 328.

[313] "...la scienza è in grado oggi di proporre manipolazioni sempre più sofisticate dell'agire umano; il rinvio alla natura fu sicuro presidio della libertà del singolo in epoca di giusnaturalismo ma è soltanto un suggestivo relitto nel moderno discorso analitico" (MAZZAMUTO, 1998, p. 329).

[314] MAZZAMUTO, 1998, p. 329.

[315] MAZZAMUTO, 1998, p. 329.

[316] MAZZAMUTO, 1998, p. 330; BORRÈ, 1966, p. 126 ss.; FERRONI, 1983, p. 172 ss.

dell'obbligo di reintegra dovrebbe considerarsi superato, perché esso si fonda, in realtà, sulla pretesa impossibilità di surrogare materialmente il datore di lavoro nelle prestazioni indispensabili a consentire lo svolgimento del lavoro e non su una valutazione dell'interesse creditorio (che in questo caso è quello del lavoratore) e del suo bilanciamento con quello imprenditoriale.

Ma anche nell'ambito dell'opinione tradizionale, secondo la quale l'infungibilità può essere naturale o giuridica[317], non necessariamente si giunge alla conclusione della non surrogabilità assoluta delle attività necessarie alla reintegrazione nel posto di lavoro. Infatti, già da tempo la dottrina ha sottolineato la possibilità di "scomporre" l'obbligo di reintegra in una serie di obblighi strumentali di *pati* o di fare fungibili[318] che certamente, in base ai canoni tradizionali, consentono l'esecuzione in forma specifica[319]. Ed è interessante notare che la Cassazione, con una importante sentenza di alcuni anni fa, aveva accolto l'interpretazione descritta[320], anche se vi sono altre decisioni che hanno riaffermato in via generale l'incoercibilità della reintegrazione[321]. Sulla scia di queste diverse opinioni, una giurisprudenza di merito ormai lontana nel tempo aveva ammesso l'accompagnamento in fabbrica del lavoratore con l'ufficiale giudiziario o con la forza pubblica[322], oppure ha provveduto alla nomina di un commissario *ad acta*, con il compito di porre in essere quanto è necessario per reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro[323]. Altre sentenze hanno confermato questo orientamento[324], anche se non sono mancate opinioni contrarie[325].

Il punto di partenza per una corretta soluzione del problema è quello, già rilevato, del carattere complesso dell'obbligo di reintegra, che è appunto costituito da un insieme di prestazioni di varia natura, per alcune delle quali non vi sono i tradizionali limiti propri della tutela in forma specifica. La reintegrazione, infatti, presuppone, in primo luogo degli obblighi negativi di astensione, che si sottraggono "all'alternativa *fungibilità/infungibilità*"[326]. Non vi è dubbio, dunque, che è possibile

---

317 Si rinvia, per tutti a MONTESANO, 1966, p. 533.

318 PROTO PISANI, 2003a, p. 116; ID., 1982, p. 117 ss.; TARUFFO, 1976, p. 805; ID., 1996, p. 4; LANFRANCHI, 1977, p. 385 ss.; FREDIANI, 1978, p. 99 ss.; GAROFALO M.G., 1975, p. 574 ss.; MAZZAMUTO, 1978, p. 183 ss.; D'ANTONA, 1979, p. 186 ss.; ID., 1994, p. 9.

319 In senso contrario MONTESANO, 1994, p. 209, nota 283 sul presupposto che è "indivisibile il comportamento del datore di lavoro in ordine alla collocazione del lavoratore nell'insieme dell'attività dell'impresa" e sostenendo che la mera reimissione in azienda non costituisce adempimento parziale, ma, di fatto, un comportamento inattuativo dell'obbligo per il datore di lavoro e privo di interesse per il lavoratore. Sul primo aspetto è lo stesso Montesano ad ammettere che le attività richieste al datore di lavoro per la reintegrazione sono "divisibili per (loro) natura" (superando così il problema dell'art. 1316 cod. civ.). Mentre, per quanto attiene alla seconda questione, è il lavoratore creditore a poter accettare l'adempimento parziale costituito dal semplice reingresso in azienda (visto che l'accettazione di una parte della prestazione dovuta – nel nostro caso l'obbligo di reintegra effettiva - rientra tra le sue facoltà ai sensi dell'art. 1181 cod. civ.: Cass., 15 aprile 1998, n. 3814: RENNA, 1984, p. 32, nota 52). D'altra parte, a volte la mera reimmissione in azienda è sufficiente a ripristinare integralmente la fisiologia del rapporto di lavoro (v. *infra* nel testo). La tesi della "scomposizione" dell'ordine di reintegra è contestata anche da ARANGUREN, 1981; MANDRIOLI, 1975, p. 9 ss.; ID. 1976, p. 1342 ss.

320 Cass., 20 gennaio 1978, n. 262, in *FI*, I, p. 1489.

321 Cass., 14 ottobre 2000, n. 13727 (seppure in modo implicito); Cass., 14 maggio 1998, n. 4881; Cass., 4 settembre 1990, n. 9125; Cass., 11 gennaio 1990, n. 46; Cass., 11 gennaio 1988, n. 112; Cass., 13 maggio 1987, n. 4431; Cass., 17 settembre 1986, n. 5649 ed altre ancora. Per un'analisi della giurisprudenza si rinvia a PIVETTI, 2003, p. 49 ss.

322 Pret. Milano, 21 aprile 1972, in *FI*, 1972, I, p. 1441; Pret. Milano, 31 gennaio 1975 e 28 gennaio 1975, in *FI*, 1975, I, p. 736; Pret. Domodossola, 14 aprile 1979 e Pret. Milano 20 febbraio 1979, in *RGL*, 1979, II, p. 682.

323 Pret. Roma, 25 agosto 1979, in *FI*, 1979, I, 2132 e le ulteriori sentenze citate da RENNA ,1984, p. 71.

324 Pret. Roma, 16 febbraio 1982, in *RGL*, 1982, II, p. 181; Pret. Roma, 18 dicembre 1979, in *RGL*, 1979, II, p. 1048.

325 Pret. Roma, 7 febbraio 1980, in *Temi romana*, 1979, p. 740.

326 DI MAJO, 2001, p. 289.

imporre all'imprenditore il reingresso del lavoratore in azienda o l'esercizio dei diritti sindacali, che richiedono soltanto un *pati* da parte del titolare dell'organizzazione produttiva. È indiscutibile, inoltre, che sono certamente fungibili (in quanto surrogabili dall'attività di un terzo) una serie di prestazioni di fare, già individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza: il reinserimento coattivo nel luogo di lavoro da parte dell'ufficiale giudiziario o della forza pubblica; la reiscrizione nei libri paga e matricola; la riapertura della posizione previdenziale, la marcatura del cartellino segnatempo, il pagamento dello stipendio[327]. A conclusioni analoghe deve giungersi per quanto attiene alla consegna della materia prima e delle attrezzature, trattandosi di incombenze puramente materiali che possono essere eseguite anche da persone diverse dal datore di lavoro e dai suoi collaboratori e con l'ausilio del lavoratore (che può indicare quali sono le materie prime e gli strumenti di lavoro abitualmente utilizzati).

Secondo l'opinione assolutamente prevalente, l'attività non surrogabile va ravvisata nell'esercizio del potere direttivo nelle sue varie componenti (assegnazione delle mansioni, definizione delle modalità esecutive della prestazione e dei tempi di lavoro, controllo dell'attività ecc.) che sono espressione del potere organizzativo e che, pertanto, "sono da ritenere necessariamente infungibili"[328]. In realtà, si era già rilevato che "quando l'attività produttiva segue ritmi preordinati e ciclici, le varie decisioni da adottare, sia per ciò che riguarda le materie prime e quant'altro occorra per far funzionare l'apparato produttivo, sia per quanto riguarda il personale, si risolvono in procedure automatiche esterne al vertice aziendale. In tal modo cade uno dei punti cardine della teoria della incoercibilità: la insostituibilità dell'individuo datore di lavoro, derivante dal suo *intuitus personae*, per adottare i necessari adempimenti al fine di rendere possibile la reintegra del lavoratore"[329].

Si tratta di verificare se queste considerazioni, pensate in un contesto di produzione fordista, siano oggi ancora valide, nell'era della economia post industriale e della fine della fabbrica tradizionale, ormai sostituita dall'impresa rete e dal decentramento produttivo, in una situazione caratterizzata dalla diffusione delle tecnologie informatiche, oltre che da profonde innovazioni nelle tecniche produttive e nei sistemi di organizzazione del lavoro e della produzione. Va detto, in realtà, che, con riferimento al tema della tutela in forma specifica dell'obbligo di reintegrazione, il mutamento complessivo in precedenza delineato non ha introdotto cambiamenti di rilievo ed anzi, in alcuni casi, ha ulteriormente aumentato il carattere fungibile del potere di coordinamento del lavoro.

Infatti, l'accentuata automazione dei processi produttivi ha creato figure professionali caratterizzate da mansioni ripetitive (di mero "supporto" alla macchina), nelle quali i compiti sono esattamente predefiniti e, dopo la fase di adibizione al lavoro e di avvio dello stesso, non richiedono

---

[327] Si rinvia, su tali aspetti, a D'ANTONA, 1979, p. 189 ss.; PROTO PISANI, 2003a, p. 115 ss.; RENNA, 1984, p. 73 ss. Nel senso indicato nel testo v. anche Trib. Latina, 5 dicembre 1997, in *FI*, 1999, I, 2117; Pret. Padova, 9 luglio 1980, in *RDP*, 1983, p. 715; Pret. Domodossola, 14 aprile 1979, in *GM*, 1979, p. 1123.

[328] GHERA, 1989, p. 1083. Sull'infungibilità del potere direttivo si veda, per tutti, D'ANTONA, 1979, p. 192 ss. In tale ambito si è detto che l'ordine di reintegra non è suscettibile di esecuzione forzata perché richiede "un indispensabile ed insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro di carattere organizzativo – funzionale, consistente, tra l'altro, nell'impartire al dipendente le opportune direttive, nell'ambito di una relazione di reciproca ed infungibile collaborazione" (Cass., 11 gennaio 1990., n. 46, in *FI*, 1990, I, p. 2908).

[329] RENNA, 1984, p. 70.

ulteriori specificazioni, ma consentono all'operatore di agire in piena autonomia[330]. Si può dire che in questo caso "il comando datoriale non si esercita attraverso…la gerarchia dei capi intermedi, ma al più attraverso la forma della incorporazione del sapere nella macchina"[331]. O, in altro modo, si può sostenere che le direttive sono in qualche misura "impresse" nella stessa organizzazione produttiva, secondo le suggestioni che ci vengono dalla giurisprudenza che ha enucleato questo concetto con riferimento alla distinzione tra autonomia e subordinazione[332].

In senso opposto, le innovazioni nei modi di produrre e lavorare hanno dato vita a mansioni che, come le tradizionali figure dirigenziali, sono caratterizzate da elevata autonomia e nelle quali il lavoratore è in grado di operare in assenza di direttive costanti e dettagliate ed è tenuto più al raggiungimento di obiettivi predefiniti che alla esecuzione puntuale di ordini specifici. Questa, tra l'altro, è sempre stata la caratteristica delle prestazioni ad alto contenuto intellettuale (si pensi all'insegnante o al formatore professionale, al direttore di un giornale)[333].

In tutti i casi indicati, il semplice reinserimento del lavoratore al proprio posto di lavoro (e la realizzazione degli obblighi negativi o di fare fungibile in precedenza indicati) è in grado di ricostruire pienamente la dimensione fisiologica del rapporto, restituendo il dipendente alla pienezza delle sue funzioni e senza che possa sostenersi un'incompatibilità strutturale tra tutela in forma specifica ed ordine di reintegrazione. Le caratteristiche delle mansioni descritte, infatti, sono tali da consentire al lavoratore di operare semplicemente riprendendo a svolgere i suoi normali compiti e senza che possa affermarsi una pretesa infungibilità della collaborazione del datore di lavoro che, nel caso di specie, si realizza attraverso forme che non richiedono un costante flusso di ordini e prescrizioni sul lavoro da svolgere[334].

In queste ipotesi, inoltre, non vi è alcuna espropriazione del potere organizzativo imprenditoriale. Anzi, la ricostruzione del vincolo obbligatorio e l'effettuazione della prestazione avvengono in piena conformità all'assetto produttivo liberamente scelto e realizzato dal datore di lavoro, che non viene in alcun modo ad essere intaccato dalla tutela in forma specifica, perché il lavoro si svolge "assecondando" le regole organizzative dell'impresa, e senza alcuna sostituzione forzosa delle prerogative manageriali. In sostanza la reintegra non impone modifiche organizzative

---

[330] Nell'anno 2004, in un'azienda metalmeccanica di quasi 2000 dipendenti appartenente ad una multinazionale, un operaio addetto alla produzione (e che lavora su una pressa) svolge i seguenti compiti: a) preleva una "boccola" (consistente in un piccolo cilindro vuoto) da un contenitore situato sul macchinario e la colloca in una apposita sede della macchina; b) successivamente prende da un altro contenitore un pezzo chiamato "supporto" e lo mette in un'altra sede della pressa che è in posizione opposta e corrispondente a quella in cui è inserita la boccola; c) con una pulsantiera viene quindi messo in moto il macchinario che combina i due pezzi (boccola e supporto), e il manufatto prodotto viene depositato in una scatola; d) successivamente, dopo la realizzazione di un certo numero di pezzi, l'operatore li ordina in fila all'interno della scatola.

[331] BARBIERI, 2003, p. 61.

[332] Il riferimento è a quelle decisioni secondo le quali il potere direttivo può "realizzarsi anche attraverso direttive programmatiche soltanto impresse nella struttura aziendale" (Cass., 6 luglio 2001, n. 9167).

[333] PIVETTI, 2003, p. 53; BARBIERI, 2003, p. 61.

[334] Per tornare all'esempio indicato nella nota 46: chi può dubitare che, in quell'ipotesi, la mera riammissione in azienda dell'operatore sia tale da consentirgli di lavorare in totale autonomia e senza la necessità di ordini dettagliati, con un potere direttivo che in qualche misura è "integrato" nella stessa organizzazione produttiva? In tal senso si è sostenuto che "ai fini dell'esecuzione dell'ordine di reintegrare il lavoratore licenziato nel posto di lavoro, è possibile, ai sensi dell'art. 612 c.p.c., determinare giudizialmente tutte le misure che non prevedano una specifica e continuativa cooperazione del datore di lavoro, non potendosi ipotizzare una infungibilità astratta ed assoluta della collaborazione del datore soprattutto nell'ipotesi di lavoro di carattere manuale o comunque inquadrato in un ciclo produttivo (nella specie, il pretore ha ordinato che, a cura di ufficiale giudiziario, il lavoratore addetto al mescolatore e al caricamento degli ingredienti nei silos fosse riammesso nello stabilimento e ricevesse le mansioni svolte prima del licenziamento)" (Pret. Milano, 13 ottobre 1983, in *FI*, 1984, I, p. 3040).

diverse dal mero ripristino della situazione preesistente.

Anche dal punto di vista dell'interesse creditorio dedotto nel contratto e del suo bilanciamento con quello debitorio (che, come si è detto, è un parametro di valutazione della fungibilità o meno dell'attività richiesta), la reintegra coattiva, nei casi descritti, ricostruisce la situazione preesistente al licenziamento e, quindi, il complesso dei diritti e doveri gravanti sulle parti (e da essi liberamente scelti al momento di stipula del contratto). La tutela in forma specifica, dunque, non altera o modifica l'interesse del soggetto attivo del rapporto.

L'infungibilità del potere direttivo (e, quindi, l'impossibilità di surrogarlo con comportamenti di terzi o con altre attività sostitutive che, se realizzate, si porrebbero in contrasto con l'assetto giuridico vigente) si manifesta nei confronti di quelle mansioni che richiedono direttive continue e sempre variabili o quando si tratta di introdurre mutamenti rispetto alla situazione esistente (modificando, ad esempio, la struttura organizzativa, i tempi di produzione, gli orari, gli obiettivi aziendali). In questi casi, ovviamente, non sussiste una infungibilità materiale (perché astrattamente anche questi comportamenti potrebbero essere eseguiti da un'altra persona) bensì giuridica: si tratta infatti dell'esercizio di poteri che attengono al "se" ed al "come" organizzare il lavoro e la produzione e che implicano quindi scelte valutative che costituiscono l'essenza specifica dell'iniziativa economica e che non possono che essere esercitate dall'imprenditore[335]. Nelle situazioni descritte, ovviamente, la mera riammissione in servizio del lavoratore non è in grado di ripristinare la fisiologia del rapporto di lavoro e, quindi, la reintegrazione nel posto non può essere eseguita in forma specifica se non con la realizzazione degli obblighi strumentali in precedenza indicati (che tuttavia svolgono sempre una importante funzione di pressione psicologica sull'imprenditore, stimolandolo a collaborare per ricostituire interamente il vincolo obbligatorio)[336].

È evidente dunque che, contrariamente all'opinione dominante, non è configurabile un principio generale di ineseguibilità in forma specifica dell'ordine di reintegrazione, sia con riferimento agli obblighi di fare fungibile o di *pati* in precedenza descritti, sia per quelle mansioni (oggi sempre più numerose) dove la semplice riadibizione al lavoro garantisce il normale svolgimento del rapporto. Si tratta, più semplicemente, di un'analisi che deve essere condotta caso per caso ed al di fuori di impostazioni "dogmatiche" che piegano le categorie civilistiche e processuali alla difesa di precise opzioni di politica del diritto (la reintegra quale inammissibile forma di coercizione della libertà imprenditoriale).

Sul piano più strettamente giuridico, si è obiettato che, a parte i problemi connessi alla

---

[335] In tal senso anche MAZZAMUTO, 2003, p. 10, che sottolinea come l'imposizione di un commissario *ad acta* che pretendesse di sostituirsi all'imprenditore nell'esercizio del suo potere organizzativo sarebbe illegittimo. Mentre, ovviamente, tale problema non si pone qualora il "commissario" venga delegato ad effettuare gli altri obblighi fungibili già indicati nel testo (reiscrizione nel libro matricola, pagamento dei corrispettivi, consegna materiale delle materie prime ecc.).

[336] In questo caso il reinserimento al lavoro non basta a soddisfare l'interesse creditorio ed a ricostruire la situazione preesistente. Occorre un'ulteriore attività di specificazione dell'interesse, che si realizza con il potere direttivo che individua il contenuto delle mansioni. Non mi sembra, al contrario, che possa essere accolta l'interpretazione secondo la quale occorre distinguere tra potere organizzativo (infungibile) e potere direttivo (surrogabile da altri) (BARBIERI, 2003, pp. 61 – 62). A parte, infatti, che nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio si riflette una frazione dell'organizzazione (il cui coordinamento è prerogativa imprenditoriale alla stessa stregua dell'intera organizzazione produttiva), va detto che, in ogni caso, soltanto il titolare dell'interesse creditorio può coordinare la prestazione (specificandone il contenuto) in modo tale da soddisfare l'interesse dedotto: si tratta, come si è già detto, di un'attività surrogabile dal punto di vista materiale, ma non da quello giuridico.

incoercibilità di determinati obblighi collegati alla reintegrazione, la tutela in forma specifica si rivela inadeguata alla realizzazione dei suoi fini perché sia la riammissione del lavoratore in azienda, sia la collaborazione necessaria per rendere possibile l'esecuzione della prestazione lavorativa sono obbligazioni continuative e non ad esecuzione istantanea. Pertanto si è affermato che "…a nulla varrebbe che in via spontanea o coattiva il lavoratore ottenga un giorno il rientro nello stabilimento, se l'ingresso il giorno dopo gli sia impedito dal datore di lavoro, senza che questo alleghi a giustificazione del suo comportamento alcun fatto nuovo – sopravvenuto alla riammissione in fabbrica – che integri gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento…"[337].

Va detto, che, in realtà, il limite indicato è tipico di qualsiasi strumento di tutela in forma specifica (a parte quelli che si sostanziano in un'attività che, quando è portata a compimento, si esaurisce immediatamente, come ad esempio la consegna o il rilascio di un bene mobile od immobile). Si è sottolineato, infatti, che, nel caso di violazione di un obbligo di non fare (ad esempio in relazione alla edificazione di un fabbricato), nulla impedisce, che, dopo aver ottenuto la demolizione del bene, il soggetto obbligato costruisca nuovamente[338]. È evidente che, una volta ottenuta la reintegrazione, il datore di lavoro può, con attività ulteriori, impedire concretamente al lavoratore di svolgere le sue prestazioni (impedendogli, ad esempio, l'accesso al posto di lavoro), ma tale situazione non si discosta da molte altre nelle quali la tutela in forma specifica non è in grado di incidere su eventi successivi alla attuazione coattiva dell'obbligo.

Tra l'altro, quando il dipendente viene riadibito ai suoi compiti (ed è in grado di svolgerli in piena autonomia senza necessità di ulteriori forme di collaborazione del datore di lavoro), l'esecuzione in forma specifica della reintegrazione si è interamente compiuta, perché essa consiste nella reimmissione del lavoratore in azienda e nella riattivazione forzosa del vincolo obbligatorio. Tutte le vicende successive (anche quelle che, per ipotesi, si verifichino pochi minuti dopo l'inizio del lavoro) non attengono più alla tutela coattiva dell'obbligo di reintegra (che è stato realizzato), ma alla dinamica ordinaria del rapporto di lavoro. Pertanto se, dopo aver consentito al dipendente reinserito nel posto di lavoro di svolgere nel primo giorno le sue ordinarie mansioni, nel giorno successivo gli si impedisce l'ingresso in azienda, si tratterà di una ipotesi di mora del creditore e non di inattuazione dell'obbligo di reintegrazione, che è stato ormai eseguito. E, in questa ipotesi, il lavoratore non potrà attivare nuovamente gli strumenti previsti per la tutela in forma specifica, ma dovrà far ricorso alla disciplina prevista dagli artt. 1206 e segg. del cod. civ. (intimazione a ricevere le prestazioni e, in caso di mancato accoglimento dell'invito, diritto alle retribuzioni, al risarcimento del danno ecc.).

La situazione, tra l'altro, non cambierebbe neanche se il dipendente, dopo aver ricominciato a lavorare, potesse vantare un vero e proprio diritto al lavoro, con conseguente obbligo del datore di lavoro di fargli eseguire la prestazione[339]. In questo caso, infatti, la tutela in forma specifica (sicuramente attivabile ai sensi delle norme del codice di procedura) troverebbe fondamento non

---

337 PROTO PISANI, 2003a, p. 115, nota 97. In senso conforme D'ANTONA, 1979, p. 186; RENNA, 1984, p. 79, nota 125 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

338 MAZZAMUTO, 2003, p. 12.

339 Sul punto v. *infra* § 8 testo e note 126 ss.

nell'obbligo di reintegra a seguito di un licenziamento illegittimo (che si è esaurito con il reingresso in azienda e la ripresa dell'attività lavorativa), bensì nella disposizione in tema di adempimento del contratto (art. 1453 cod. civ.), che imporrebbe al datore di lavoro l'esecuzione del programma negoziale (che prevede appunto l'obbligo di far lavorare il dipendente).

La interpretazione descritta non trova ostacolo nel carattere inibitorio dell'ordine di reintegrazione[340]. È vero, infatti, che il provvedimento giurisdizionale inibitorio ha la finalità di "prevenire l'illecito, piuttosto che riparane gli effetti"[341] e che la reintegra "è rimedio che si proietta verso il futuro e si lega tipicamente a situazioni giuridiche *durevoli*"[342]. Tuttavia l'inibitoria continua a produrre i suoi effetti fino a quando la ricostituzione forzosa del vincolo obbligatorio non sia stata completamente realizzata[343] e, in questi casi, l'eventuale rifiuto del datore di lavoro potrebbe essere represso sempre facendo ricorso al "comando" (inattuato) contenuto nell'art. 18 ed alle forme dell'esecuzione in forma specifica (nei limiti, già descritti, dell'impossibilità di surrogare alcune prestazioni infungibili). Ma se, per le caratteristiche dell'organizzazione produttiva e/o delle mansioni svolte, la semplice riammissione in servizio del dipendente è tale da ripristinare la fisiologia del rapporto di lavoro, gli eventi successivi che impediscono l'esecuzione della prestazione non sono più reprimibili con l'art. 18 dello statuto dei lavoratori, perché "reintegrare effettivamente significa riammettere il lavoratore in azienda per utilizzarne normalmente la prestazione: nulla di più e nulla di meno"[344]. In questi casi il rifiuto del lavoro sarà riconducile alla *mora credendi* (o alle disposizioni in tema di adempimento contrattuale se si ritiene, con un'opinione non condivisibile, che esista un vero e proprio diritto allo svolgimento della prestazione).

Si potrebbe obiettare che, poiché l'inibitoria ha la funzione di imporre di "astenersi in futuro dal ripetere determinati atti…"[345], i comportamenti successivi di "disposizione" del rapporto (ad esempio, impedire l'ingresso in azienda o intimare al lavoratore di stare a casa) costituiscono una violazione dell'ordine del giudice contenuto nella sentenza e dovrebbero, quindi, essere repressi con l'art. 18. In realtà si può replicare che l'inibitoria produce i suoi effetti fino a quando continui, anche dopo la sentenza (e, quindi per il futuro), la perpetuazione dello *stesso* illecito o quando venga reiterato un *diverso* comportamento illegittimo che abbia "un'identità di genere e specie" con quello precedente[346]. Mentre, quando l'illecito viene a cessare e venga realizzato un successivo atto o fatto contrario alla legge ma differente da quelle originario (perché non appartenente

---

[340] Si vedano, tra gli altri, D'ANTONA, 1979, p. 115 ss.; ID., 1990, p. 364 ss.; NAPOLI, 1993, p. 71 ss.; TARUFFO, 1996, p. 3.

[341] RAPISARDA, TARUFFO, 1989, p. 1.

[342] D'ANTONA, 1979, p. 125.

[343] D'ANTONA, 1979, p. 192 ss.

[344] D'ANTONA, 1990, p. 362.

[345] Cass., 25 luglio 1995, n. 8080, in *Dir. ind.*, 1996, p. 774.

[346] "In tema di concorrenza sleale, la funzione essenziale e tipica dell'azione inibitoria di cui all'art. 2599 c.c. è quella di apprestare una tutela giurisdizionale preventiva, attuantesi nella pronuncia contenente l'ordine rivolto ad una parte del processo di astenersi in futuro dal ripetere determinati atti commessi in violazione degli obblighi di non fare previsti dall'art. 2598 c.c. Pertanto, anche la pronuncia inibitoria, sebbene non suscettibile di attuazione diretta nelle forme dell'esecuzione forzata, può costituire oggetto di giudicato, consentendo di acquisire ad un eventuale secondo giudizio di cognizione l'accertamento, compiuto nel primo giudizio, dell'illiceità dell'atto ex art. 2598 c.c. I principi sui limiti oggettivi di tale giudicato sono rispettati se fra i due comportamenti (quello considerato nella pronuncia inibitoria e quello successivamente realizzato) sussista un'identità di genere e specie, all'interno della quale le eventuali variazioni meramente estrinseche e non caratterizzanti non possono fare escludere l'operatività della pronuncia medesima" (Cass., 25 luglio 1995, n. 8080, cit.).

allo stesso "genere e specie"), è evidente che il provvedimento inibitorio non è più utilizzabile e, per la sua eliminazione, occorrerà fare ricorso ad un altro provvedimento giurisdizionale[347]. Nell'ambito dell'art. 18, una volta che la reintegrazione sia stata "consumata" (con il ripristino dell'ordinaria attuazione del rapporto), il successivo comportamento del datore di lavoro (ad esempio l'ordine di restare a casa) non ha la stessa identità di genere e specie del precedente (il licenziamento illegittimo) e, pertanto, non può essere represso con l'inibitoria contenuta nella sentenza, e comporterà l'applicazione di un diverso istituto giuridico (la *mora credendi*).

Si può concludere, dunque, che l'esecuzione coattiva della reintegrazione ha spazi di applicazione assai superiori a quelli che gli vengono comunemente attribuiti, in una situazione dove i mutamenti intervenuti nei sistemi di produzione hanno addirittura aumentato le sue potenzialità di intervento rispetto al 1970, quando fu emanato l'art. 18 dello statuto dei lavoratori. A parte le comprensibili resistenze ideologiche, non vi è dubbio, peraltro, che l'esecuzione in forma specifica della reintegra ponga diversi problemi. Essi peraltro, non sono identificabili nel fatto che l'ottemperanza del comando giudiziale sarebbe "inopportuna per i 'costi' che provocherebbe in ordine alla libertà di iniziativa imprenditoriale incisa da 'ordini' giudiziali non sapientemente dosati"[348]. I costi a cui si fa riferimento sono di gran lunga inferiori a quelli imposti da vincoli previsti dall'ordinamento a tutela dell'adempimento o a protezione di interessi fondamentali della collettività (la sicurezza del lavoro, la tutela dell'ambiente ecc.).

In realtà il problema principale, oltre alla impossibilità di ottenere l'esecuzione forzata delle forme di collaborazione imprenditoriale infungibili a cui si è già fatto riferimento in precedenza, è di ordine psicologico. Anche quando, per mezzo degli strumenti previsti dalla legislazione vigente, è possibile imporre la reintegrazione effettiva nel posto di lavoro, vi è poi la difficoltà per il lavoratore di proseguire la sua attività all'interno di una struttura aziendale nella quale egli è semplicemente "sopportato" dal datore di lavoro, che interpreta la sua riammissione forzata in azienda come un'inammissibile interferenza nelle sue prerogative manageriali, con ulteriore radicale ed irreversibile compromissione del vincolo fiduciario (già minato dalle ragioni che hanno indotto a procedere al licenziamento).

Proprio in considerazione di tali aspetti, la legge ha pragmaticamente previsto strumenti alternativi alla reintegrazione coattiva, con la previsione del risarcimento del danno sino alla effettiva reintegrazione quale mezzo di stimolo all'adempimento spontaneo dell'obbligo, o, per evitare al dipendente di tornare a lavorare in un ambiente indesiderato, l'indennità sostitutiva della reintegra. Tuttavia queste soluzioni normative, che rispondono ad esigenze pratiche e che sono certamente condivisibili, non escludono la piena utilizzazione della tutela in forma specifica nei limiti in precedenza descritti.

5. Segue: il pagamento delle retribuzioni a titolo di risarcimento del danno per licenziamento illegittimo e quale astreinte

L'analisi delle forme di tutela specifica deve estendersi anche al quarto comma dell'art. 18 che

---

[347] Se, dunque, con un provvedimento di inibitoria si è proibito l'uso di segni distintivi idonei a produrre confusione (art. 2598 cod. civ.) e realizzati per mezzo della stampa, l'ordine del giudice si estende anche ad eventuali comportamenti successivi diversi da quello che ha dato origine al giudizio, ma che abbiano la stessa natura (deve sempre trattarsi di "segni distintivi" illegittimi) ed a prescindere dalle "variazioni meramente estrinseche e non caratterizzanti" (ad esempio l'utilizzazione di internet).

[348] DI MAJO, 2001, p. 298.

prevede il risarcimento del danno nella misura di "un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal momento del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione".

Non vi è dubbio che il risarcimento, in questo caso, assolve a funzioni diverse. Per il periodo che va dal licenziamento alla sentenza ha la finalità di reintegrare il lavoratore dei pregiudizi subiti in conseguenza dell'illegittimità del licenziamento. Per il periodo successivo la pronuncia del magistrato sancisce un obbligo di risarcimento che è soltanto eventuale (visto che immediatamente dopo la lettura del dispositivo il datore di lavoro potrebbe invitare il dipendente a riprendere il lavoro) e che in ogni caso, essendo riferito ad un evento che non si sa se accadrà o meno (l'ottemperanza dell'ordine di reintegrazione), ha lo scopo di indurre il datore di lavoro ad eseguire il *dictum* della sentenza[349].

Si è in presenza quindi di una tipica *astreinte* "consistente nell'imposizione al debitore, condannato all'adempimento *in natura*, del pagamento di una somma di denaro, ove esso non dia esecuzione all'obbligo arrecato dalla condanna" e che rappresenta "*una misura coercitiva indiretta*, tendente ad indurre il debitore ad adempiere"[350]. Il danno, dunque, per il periodo successivo alla sentenza ha una funzione compulsiva ("fidando che la rappresentazione delle conseguenze dell'inottemperanza determini l'obbligato ad adempiere": così Cass. 4 marzo 1978 n. 1094)[351], e si trasforma soltanto in un secondo momento in una sanzione per l'inadempimento (oltre che nel risarcimento forfettizzato del pregiudizio subito)[352]. Tra l'altro questa finalità compulsiva trova fondamento nel nesso tra risarcimento ed "effettiva" reintegrazione contenuto nella nuova formulazione dell'art. 18 dello statuto (dopo la riforma del 1990), perché la legge dimostra che l'indennità ha anche lo scopo di indurre il datore di lavoro ad eseguire la reintegra ed è quindi uno strumento diretto a realizzare il ripristino fattuale (e non solo giuridico) del vincolo obbligatorio[353].

Una simile interpretazione non è smentita dal fatto che il risarcimento è "commisurato" alla retribuzione globale di fatto, con una formulazione che lascia intendere che – a parte le 5 mensilità dovute "in ogni caso" - il corrispettivo sia soltanto un parametro del pregiudizio subito (con

---

[349] Per l'analisi di tale problematica e per le indicazioni bibliografiche degli autori in materia, mi permetto di rinviare a SPEZIALE, 1992, p. 328 ss. (in particolare p. 333 ss. per la questione indicata nel testo). Non mancano, ovviamente diverse opinioni sulla funzione del risarcimento del danno previsto nell'art. 18 e per un accurato esame delle diverse interpretazioni v. MAZZOTTA, 1999, p. 826 ss.

[350] DI MAJO, 2001, p. 273. Va ricordato che "il criterio di determinazione dell'*astreinte* non viene messo in relazione con il presumibile danno provocato al creditore dall'inadempimento ma con le capacità finanziarie del debitore e con la presumibile capacità di resistenza di esso nell'ostinarsi a non adempiere" (DI MAJO, 2001, p. 273). Inoltre è possibile che la somma venga "aumentata a misura che il ritardo si prolunga" (D'ANTONA, 1979, p. 227, nota 92). Infine l'*astreinte*, a differenza del risarcimento che "copre il pregiudizio fin dal momento in cui esso si è prodotto", può valere soltanto "per il futuro", e può essere liquidato anche in assenza di un'effettiva perdita di utilità economiche (CENDON, 1989, p. 298).
Sull'*astreinte* in genere si vedano CENDON, 1989, p. 298 ss.; TARUFFO, 1989, p. 86; FRIGNANI, 1989, p. 364; LIBERTINI, 1989, p. 315 ss.; SILVESTRI, TARUFFO, 1989, p. 6 ss.; CARPI, 2002, p. 381 ss. (particolarmente i § 5 e 6, con analisi comparatistica ed ampi riferimenti bibliografici). Sull'art. 18 dello statuto quale *astreinte* v. GHERA, 1989, p. 1088 (in relazione alla vecchia formulazione della norma) e ID., 1991, p. 638 ss. (con riferimento alla nuova disposizione).

[351] In *FI*, 1978, I, p. 599 ss. (particolarmente p. 566).

[352] L'attitudine "plurifunzionale" del danno previsto dall'art. 18 era stata sostenuta dalla giurisprudenza anche in relazione al risarcimento previsto dalla norma antecedente alla riforma del 1990. Per le citazioni v. SPEZIALE, 1992, p. 332, nota 152. Tale attitudine è confermata, per la nuova formulazione dell'art. 18 dello statuto, anche da GHERA, 1991, p. 641; D'ANTONA, 1994, p. 8.

[353] SPEZIALE, 1992, p. 334 (con indicazione, nelle note 158 e 163 a p. 334, degli autori che sottolineano l'importanza del termine "effettiva"). V., sul punto, anche MAZZOTTA, 1999, p. 829 ss.

possibili variazioni in aumento o diminuzione) e non un elemento fisso ed invariabile a cui il giudice si deve rapportare per la determinazione dell'importo dovuto[354]. Si potrebbe sostenere, infatti, che la possibilità di variare discrezionalmente il contenuto della indennità, nella parte in cui svolge la funzione di coazione indiretta, è incompatibile con l'*astreinte*.

Tuttavia, va ricordato che è nelle caratteristiche dell'*astreinte* la possibilità di una modifica equitativa del suo ammontare da parte del giudice in relazione alle condizioni economiche dell'obbligato o ad altre valutazioni (in particolare "la presumibile capacità di resistenza… nell'ostinarsi a non adempiere")[355]. Si è sottolineato, infatti, che "la somma di denaro è commisurata non ai danni che può subire il creditore, ma all'entità ritenuta dal giudice idonea a privare l'obbligato dell'interesse all'inadempimento ed a spingerlo all'adempimento spontaneo"[356]. Pertanto, se la natura particolare del risarcimento in funzione compulsiva esclude la possibilità di dedurre dall'indennità eventuali altri redditi percepiti dal lavoratore in base al principio del danno effettivo[357], tuttavia il giudice ha la possibilità di variare l'entità della somma dovuta "commisurandola" alle reali esigenze di coazione indiretta che essa deve svolgere.

In tale ambito, si è osservato che il comportamento del datore di lavoro che si rifiuti di ottemperare all'ordine di reintegra è sicuramente doloso e che il dolo è una componente che aggrava il quantum del risarcimento[358]. Il principio, sicuramente condivisibile, consentirebbe al giudice di incrementare l'entità dell'indennità prevista dall'art. 18 proprio in relazione alla reiterazione nel tempo del comportamento omissivo del datore di lavoro. Tra l'altro una simile conclusione trova conferma proprio nelle caratteristiche dell'*astreinte*, che "può essere aumentata a misura che il ritardo (nell'adempimento) si prolunga"[359] e che può consistere nella "minaccia di dover subire una condanna pecuniaria via via crescente"[360].

Va detto, ovviamente, che la particolare funzione svolta dall'indennità risarcitoria va coordinata con la tutela reale in forma specifica realizzabile nei limiti indicati nel precedente paragrafo. Se, a seguito della semplice riammissione in azienda, il lavoratore è effettivamente reintegrato nel proprio posto di lavoro, il risarcimento svolgerà la sua funzione di "stimolo" ad adempiere soltanto fino al momento in cui materialmente il dipendente non avrà ripreso la sua ordinaria attività lavorativa. Nei casi in cui, al contrario, la reintegrazione presuppone una collaborazione del datore

---

354 Sul termine "commisurare" (che assume il significato illustrato nel testo) e sul dibattito dottrinario sul punto v. SPEZIALE, 1992, p. 329 (con ampie citazioni bibliografiche). Si veda anche D'ANTONA, 1994, p. 7; MAZZOTTA, 1999, p. 830 ss. (con altre indicazioni di dottrina).

355 DI MAJO, 2001, p. 273. Considerazioni analoghe sono svolte anche da TARUFFO, 1989, pp. 93 – 94; GAROFALO M.G., 1990, p. 195.

356 PROTO PISANI, 2003a, p. 122.

357 Per l'analisi di tale aspetto e per indicazioni bibliografiche degli autori lavoristi e civilisti v. SPEZIALE, 1992, p. 326 ss., p. 332 ss. (ed anche le note 153 a p. 333 e 165 a p. 335). Cfr. inoltre D'ANTONA, 1994, p. 8 (con ulteriori citazioni) e MAZZOTTA, 1999, p. 831 ss.

358 MAZZAMUTO, 2003, p. 10. Tra l'altro, nell'ambito del diritto del lavoro, il principio è stato espressamente codificato dall'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 215/2003, in base al quale "il giudice tiene conto, ai fini della liquidazione del danno di cui al comma 4, che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziaria ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento". Si tratta, in questo caso, dell'applicazione legislativamente tipizzata del principio generale indicato nel testo, con possibilità di aggravare l'entità del risarcimento a fronte di comportamenti ritorsivi intenzionalmente finalizzati a "punire" chi intende far valere il proprio diritto.

359 D'ANTONA, 1979, p. 227, nota 92.

360 DI MAJO, 1994, p. 4.

di lavoro che si sostanzia in attività realmente infungibili (oggi meno frequenti che in passato per le ragioni già spiegate), il risarcimento svolgerà una finalità di coazione indiretta che servirà proprio a surrogare l'impossibilità di utilizzare strumenti che garantiscano direttamente l'adempimento dell'obbligo.

Una funzione analoga a quella descritta è realizzata dall'ultimo comma dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori, il quale prevede che, nel caso di mancata reintegra del dirigente della rappresentanza sindacale, il datore di lavoro "è tenuto anche, per ogni giorno di ritardo, al pagamento a favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore". La disposizione, infatti, ha sicuramente lo scopo di indurre il debitore ad adempiere spontaneamente (ed è, quindi, un'*astreinte*)[361] e, in caso di non esecuzione della reintegrazione, ha valore di sanzione pecuniaria afflittiva, assimilata al modello anglosassone del *contempt of the court* (condanna connessa alla disobbedienza ai provvedimenti del giudice o per disprezzo dell'autorità giudiziaria), anche se, rispetto al sistema inglese, la differenza sta nel fatto che "della pena pecuniaria non beneficia mai il privato"[362]. La norma esaminata, peraltro, nella sua duplice finalità compulsiva e sanzionatoria, può anche richiamare tecniche di tutela proprie del sistema tedesco ed austriaco, con una caratterizzazione più pubblicistica[363], a riprova di come l'esigenza di garantire l'effettivo adempimento degli obblighi di fonte legale (e non il mero risarcimento del danno) sia un'esigenza comune anche ad altri ordinamenti giuridici contemporanei.

6. La repressione della condotta antisindacale

L'art. 28 dello statuto dei lavoratori prevede che, qualora il datore di lavoro ponga in essere un comportamento antisindacale, il Tribunale, sollecitato da un ricorso presentato dalle associazioni sindacali, "ordina al datore di lavoro… la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti". Inoltre il datore di lavoro che non ottempera il provvedimento giurisdizionale "è punito ai sensi dell'art. 650 del codice penale"[364].

Da tempo si è sottolineato come la condanna del Tribunale abbia la funzione repressiva di eliminare gli effetti della violazione compiuta e quella preventiva di inibire la continuazione del comportamento vietato, oltre che lo scopo di "ottenere l'adempimento (futuro) spontaneo da parte del datore di lavoro degli obblighi di fare e non fare che la Costituzione, la legge 300 del 1970 e la contrattazione sindacale gli impongono a tutela della libertà ed attività sindacale, nonché del diritto di sciopero"[365]. L'art. 28, come è noto, non tipizza i comportamenti antisindacali (e si limita ad indicare i "beni" protetti)[366], e la lesione può riguardare sia un interesse esclusivo del sindacato

---

[361] La tesi è sostenuta, tra gli altri, da MAZZOTTA, 1999, p. 1011; DELL'OLIO, 1987, p. 467 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

[362] PROTO PISANI, 2003a, p. 125.

[363] PROTO PISANI, 2003a, p. 124. In relazione alla normativa vigente in Germania si vedano anche le osservazioni di DI MAJO, 2001, p. 266.

[364] Sull'art. 28 dello statuto, v., tra gli altri, GAROFALO M.G., 1979; TREU, 1974; SCOGNAMIGLIO, 1988.

[365] PROTO PISANI, 2003a, p. 113. Sulla funzione inibitoria di questa disposizione v. RAPISARDA, TARUFFO, 1989, p. 6.; SILVESTRI, TARUFFO, 1989, p. 7 ss.; GHERA, 1989, p. 1092; ID., 1991, p. 645 ss.

[366] GAROFALO M.G., 1979, p. 78 ss.; TREU, 1974, p. 120; GHERA, 1989, p. 1092; ID., 1991, p. 466.

che un interesse individuale del lavoratore (che direttamente o indirettamente lede anche quello sindacale).

In tale ambito è importante rilevare che il provvedimento giurisdizionale ha effetto "*costitutivo* degli obblighi inibitori – cessazione – e ripristinatori (rimozione degli effetti) del comportamento illegittimo per violazione dei diritti sindacali individuali dei singoli lavoratori, o collettivi delle organizzazioni sindacali"[367]. Il decreto o la sentenza del giudice, pertanto, creano, a carico del datore di lavoro, tutta una serie di obblighi di dare, fare, non fare, *pati* che sono indispensabili per rimuovere definitivamente le conseguenze del comportamento illegittimo[368] e che incidono sulle posizioni giuridiche delle parti nel rapporto obbligatorio. Si è in presenza, quindi di situazioni giuridiche passive di fonte giudiziale, che a volte coincidono con quelle previste dalla legge (come, ad esempio, la reintegrazione del lavoratore licenziato o le attività dirette a consentire lo svolgimento di un'assemblea)[369] ma, in molti altri casi, trasformano il normale onere di cooperazione del datore di lavoro in un vero e proprio obbligo ed aprono la strada, quindi, alla possibile tutela in forma specifica. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi della dequalificazione o del trasferimento illegittimi perché motivati da discriminazioni antisindacali: in questi casi la rimozione degli effetti si traduce nella creazione di obblighi di riadibizione del dipendente alle sue mansioni o al luogo originario di svolgimento della prestazione, rispetto alle quali il lavoratore è creditore di attività strumentali al raggiungimento dello scopo che, nei limiti che si analizzeranno, potranno essere imposte coattivamente[370].

Si è affermato che, in relazione alla "*costituzione* degli obblighi a carico del datore di lavoro, alla regola della atipicità della condotta fa riscontro, in termini simmetrici, una eguale atipicità di comportamenti (atti materiali o negoziali) vincolanti alla restituzione del diritto sindacale leso[371]. E si è sostenuto, tuttavia, che "gli obblighi di fare attivo o astensivo imposti dall'art. 28 sono necessariamente *infungibili*: la loro imposizione vincola, infatti, i poteri organizzativi dell'imprenditore…" e, pertanto, la norma dello statuto dei lavoratori "non consente…. il ricorso a forme di esecuzione forzata alternativa alla coercizione dell'obbligato per l'adempimento dell'ordine esecutivo del giudice"[372]. In realtà si è già spiegato che la titolarità del potere organizzativo in capo all'imprenditore non gli garantisce *di per sé* una "immunità" rispetto al comando giudiziale, che deve essere eseguito anche se condiziona in modo penetrante le prerogative manageriali, con l'unico limite della impossibilità di eseguire in forma specifica soltanto quelle prestazioni realmente infungibili che costituiscono il "nucleo duro" del potere organizzativo e che non possono essere effettivamente surrogabili con altre attività[373].

Non esiste, dunque, una infungibilità generale degli obblighi a carico del datore di lavoro ed

---

[367] GHERA, 1989, p. 1092; ID., 1991, p. 646.

[368] PROTO PISANI, 2003a, p. 113.

[369] Gli obblighi indicati nel testo, infatti, trovano fondamento negli artt. 18 e 20 dello statuto dei lavoratori.

[370] La situazione descritta nel testo è applicabile a tutte le situazioni, individuali o collettive, che non trovano fondamento in obblighi di fonte legale. Va detto, peraltro, che le ipotesi indicate – dequalificazione, trasferimento illegittimo – sono tutelabili in forma specifica anche al di fuori dell'ambito dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori: v. *infra* § 12 e 13.

[371] GHERA, 1989, p. 1093; TREU, 1974, p. 120; GAROFALO M.G., 1979, p. 88 ss. e 119 ss.

[372] GHERA, 1989, pp. 1097 – 1098; ID., 1991, p. 646.

[373] V. *retro* § 2 (testo e note 7 ss.) e § 4 (testo e note 21 ss. e 26 ss.).

occorre, ancora una volta, procedere ad un'analisi differenziata delle singole situazioni per verificare se ed in che misura sia possibile la tutela esecutiva in forma specifica. La "atipicità" dei comportamenti imposti all'imprenditore può sostanziarsi in obblighi di fare (reintegrazione nel posto di lavoro o nelle mansioni di lavoratori licenziati, trasferiti o collocati in cig; trattative con il sindacato; attività strumentali – concessione di locali, di spazi per affissione, di permessi – all'esercizio dei diritti sindacali), in obblighi di dare (pagamento di contributi o di retribuzioni), in obblighi di tolleranza (della riunione o indizione di assemblee o di altri modi di svolgimento dell'attività sindacale, consistenti nel volantinaggio o in azioni di proselitismo o propaganda) ed in obblighi di non fare (non modificare turni o sistemi di lavoro, non applicare accordi sindacali separati)[374].

Per quanto attiene agli obblighi di *pati* o di non fare non si pone un problema di infungibilità, che è strettamente connesso a comportamenti attivi imposti al debitore. Va detto, peraltro, che l'art. 2933 cod. civ. prevede che "se non è adempiuto un obbligo di non fare, l'avente diritto può ottenere che sia distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo". Si è sostenuto che la norma fa riferimento ad obblighi che "in caso di inadempimento" impongono "una modificazione del mondo esterno che sia suscettibile di rimozione forzata. Gli obblighi negativi di pura attività, infatti, consentono soltanto una tutela preventiva o meramente sanzionatoria e non certo il ripristino *manu militari* dello *status quo ante*"[375]. Si tratta di confrontare tale affermazioni con gli obblighi imposti al datore di lavoro che si sostanziano, appunto, in un mero contegno passivo.

Per quanto riguarda l'esercizio di alcuni diritti sindacali (la partecipazione all'assemblea, lo svolgimento di propaganda e proselitismo sindacale) la semplice riammissione del lavoratore in azienda (che, come si è visto, è obbligo pienamente surrogabile e coercibile) consente di attuare pienamente le situazioni soggettive descritte, perché "l'obbligo del datore è 'fungibile'…. rispetto a singoli atti di esercizio delle libertà sindacali, cui potranno corrispondere altrettanti episodi esecutivi…"[376]. D'altra parte, la presenza fisica del dipendente è sufficiente a consentire l'esercizio dei diritti indicati e non richiede forme ulteriori di cooperazione del datore di lavoro.

Per quanto attiene alla violazione di obblighi di non fare, vi è concordanza sul fatto che la loro lesione implica, al fine di ripristinare la situazione di legittimità, la realizzazione di obblighi positivi, consistenti nella distruzione del bene illegittimamente realizzato o anche in obblighi diversi (come nel caso della violazione del divieto di immissioni di cui all'art. 844 cod. civ., che può essere risolta con l'imposizione di impianti che possano rendere tollerabili le emissioni di fumo, calore, rumore ecc.)[377]. In questo caso, dunque, la tutela in forma specifica sarà possibile soltanto per gli obblighi di fare fungibili che devono eliminare l'inadempimento di quelli negativi.

Se il datore di lavoro era tenuto a non modificare determinati turni di lavoro ed ha violato il divieto, si dovrebbe procedere coattivamente al ripristino della situazione anteriore. In questo caso tuttavia si tratterebbe di sostituire il potere organizzativo del datore di lavoro che è incoercibile non dal punto di vista materiale (nulla vieta che, tenendo conto delle prassi esistenti e dell'organizzazione data, un terzo proceda alla effettiva ridefinizione dei turni) bensì da quello giuridico,

---

[374] GHERA, 1989, p. 1096.

[375] MAZZAMUTO, 1998, p. 345; conf. DI MAJO, 2001, p. 290.

[376] MAZZAMUTO, 1978, p. 183.

[377] MAZZAMUTO, 1998, p. 344 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni di dottrina e giurisprudenza); DI MAJO, 2001, p. 289.

perché la predeterminazione dei tempi di lavoro attiene a profili attinenti all'organizzazione dell'impresa che non possono che essere definiti dal suo titolare. Mentre la violazione dell'obbligo di non applicare accordi separati che hanno comportato la erogazione di determinati benefici economici potrebbe sostanziarsi, ad esempio, nel recupero delle somme di denaro corrisposte, realizzata con trattenute sulle retribuzioni dei lavoratori (che è un'attività certamente fungibile). In queste, come in altre ipotesi, dunque si tratterà di valutare la natura dell'obbligo di fare che deve porre rimedio alla violazione del contegno negativo, individuando la surrogabilità o meno del comportamento dovuto in base ai caratteri già esaminati[378].

Per gli obblighi di dare consistenti nel pagamento di somme (e che presuppongono l'effettuazione di altre attività materiali), la fungibilità è sicuramente rinvenibile nel caso in cui si disponga di denaro contante, mentre l'emissione di assegni o l'effettuazione di operazioni bancarie presuppone necessariamente la persona autorizzata al loro svolgimento e non né quindi surrogabile[379].

Alcuni degli obblighi di fare in precedenza descritti (ed imposti dalla decisione del giudice) sono stati già analizzati (come nel caso della reintegrazione nel posto di lavoro a seguito di un licenziamento illegittimo)[380]. Le conclusioni raggiunte sono estensibili a molte altre ipotesi simili, come ad esempio, la reimmissione in servizio di dipendenti illegittimamente collocati in cassa integrazione o la riadibizione alle mansioni originarie di lavoratori dequalificati o trasferiti in violazione dell'art. 2103 cod. civ., nella misura in cui la ripresa dell'attività lavorativa possa svolgersi con il semplice ingresso in azienda e con l'effettuazione di tutte le operazioni strumentali (e fungibili) già prese in considerazione.

Lo svolgimento delle trattative sindacali è chiaramente incoercibile, perché presuppone valutazioni e decisioni connesse al merito del confronto con le organizzazioni sindacali che possono essere effettuate soltanto dal titolare dell'impresa (e degli interessi giuridici ed economici coinvolti). Mentre le attività strumentali all'esercizio dei diritti sindacali (messa a disposizione di locali e spazi per affissione, concessione di permessi) sono tutte surrogabili, perché si sostanziano in operazioni materiali che possono essere compiute da chiunque e non comportano scelte o valutazioni organizzative riservate soltanto all'imprenditore[381].

Gli esempi potrebbero continuare. Tuttavia, la varietà delle situazioni che si possono verificare impedisce di effettuare un'analisi esaustiva di tutti i possibili obblighi nascenti dal provvedimento

---

[378] In questi casi, dunque, non opera il limite (enucleato dalla dottrina: cfr., per tutti, MAZZAMUTO, 1998, p. 345) relativo alla impossibilità di rimuovere "gli obblighi negativi di pura attività" (v. *retro* testo e nota 91). Infatti, tutti i comportamenti violativi di obblighi di non fare indicati nel testo hanno determinato "una modificazione del mondo esterno" e sono successivamente rimuovibili anche con obblighi di fare. Va detto, tra l'altro, che il limite del pregiudizio all'economia nazionale (contenuto nel secondo comma dell'art. 2933) è eccezionale e si riferisce soltanto agli obblighi di distruzione di una "*res* indebitamente edificata" (MAZZAMUTO, 1998, p. 349).

[379] Soltanto il diretto interessato può firmare un assegno. Lo stesso può dirsi per la realizzazione di un bonifico bancario, che presuppone sempre una firma, o altra attività equivalente, certamente non surrogabile. E questo vale anche nel caso che la persona autorizzata ad effettuare le operazioni indicate sia diversa dal titolare dell'impresa.

[380] V. *retro* § 4 (testo e note 33 ss.).

[381] Mettere a disposizione un locale – che presumibilmente già esiste e nel quale sono state compiute in precedenza altre assemblee - o una bacheca per le affissioni, o concedere permessi (tra l'altro non sindacabili nel contenuto dall'imprenditore) non incide sul *proprium* delle prerogative manageriali perché non influenza il potere di organizzazione dell'impresa o la definizione di scelte strategiche sul "se", "come" e "quando" produrre.

giurisdizionale, la cui coercibilità o meno, comunque, potrà essere determinata in base ai criteri in precedenza descritti.

Inoltre, per i problemi connessi al carattere inibitorio della tutela accordata dall'art. 28 e per i riflessi che si determinano su eventuali comportamenti del datore di lavoro successivi all'emanazione del provvedimento giurisdizionale, è sufficiente rinviare alle riflessioni svolte sull'art. 18 dello statuto, perché si tratta di situazioni del tutto analoghe[382]. In tale ambito si è affermato che la condanna all'adempimento in futuro dell'obbligo originario – la cd. inibitoria – "può essere attuata solo attraverso il ricorso alla tecnica delle misure coercitive e mai in via di esecuzione forzata…"[383]. Indubbiamente la condanna in futuro solleva i problemi delineati da questa autorevole dottrina ma in linea di principio non vedo una difficoltà nel contrastare l'inattuazione della inibitoria con la reiterazione degli strumenti propri dell'esecuzione forzata. In sostanza, l'indubbia difficoltà di dover usare gli artt. 612 e ss. c.p.c., non esclude che il comportamento antisindacale compiuto dopo la pronuncia del giudice ed in violazione del "comando" di cessare l'attività illegittima possa (se si tratta d'obbligo fungibile) essere coattivamente imposta con gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento.

In considerazione della quantità e qualità degli obblighi imposti al datore di lavoro e della difficoltà (o, in alcuni casi, della vera e propria impossibilità) di procedere all'esecuzione forzata, il legislatore ha previsto, in caso di violazione del decreto o della sentenza del giudice, l'applicazione dell'art. 650 del codice penale. In questo caso la sanzione penale esercita una funzione compulsiva all'ottemperanza spontanea al comando giudiziale (e, quindi, è una forma di coazione indiretta all'adempimento) e di repressione della condotta illecita (ed ha, quindi, natura sanzionatoria)[384]. E, nel caso di obblighi infungibili, essa è uno strumento alternativo alla inidoneità della tutela in forma specifica[385].

7. La tutela antidiscriminatoria

Le disposizioni finalizzate ad escludere le discriminazioni fondate sulla razza, sul sesso, sulla religione, sulla lingua, sulle convinzioni politiche o sindacali e su altre ragioni costituiscono ormai un *corpus* normativo di rilevante importanza. Alla graduale estensione dei diritti fondamentali protetti (si pensi alla tutela contro le discriminazioni fondate sull'handicap, sull'età, sulle convinzioni personali, sulla nazionalità, sull'etnia, sul colore, sull'orientamento sessuale, sulla provenienza geografica ecc.) si affiancano strumenti processuali che sono diretti a rendere effettivi i diritti e che si muovono nel solco già tracciato dall'art. 28 dello statuto dei lavoratori.

---

382 V. *retro* § 4, testo e note 53 ss.

383 PROTO PISANI, 2003a, p. 113.

384 PROTO PISANI, 2003a, p. 113 ss. Sulle caratteristiche della norma penale e sulle questioni connesse alla sua applicazione (che non possono essere esaminate in questa sede) si vedano D'ANTONA, 1979, p. 241 ss.; SILVESTRI, TARUFFO, 1989, p. 13 ss. (a cui si rinvia per un'analitica ricostruzione di tutte le problematiche coinvolte e per ulteriori indicazioni bibliografiche).

385 Proto Pisani (2003a, p. 113) sottolinea l'importanza svolta dalla norma penale sul presupposto, da me criticato, dell'impossibilità di utilizzare le forme dell'esecuzione forzata per imporre l'inibitoria. A me sembra, in realtà, che l'unico limite sia rinvenibile nella infungibilità (o impossibilità) degli obblighi da realizzare. Il che non esclude, peraltro, che, a fronte della difficoltà di utilizzare gli strumenti propri del codice di procedura civile, la norma penale svolge una funzione dissuasiva e compulsiva della massima importanza (e, a volte, sicuramente più effettiva della esecuzione forzata).

Il giudice, infatti, accertato il comportamento antidiscriminatorio, ordina la sua cessazione e la rimozione degli effetti (oltre eventualmente alla liquidazione del danno, anche non patrimoniale)[386]. Inoltre il magistrato, in determinati casi, può ordinare all'autore dell'illecito di "definire un piano di rimozione delle discriminazioni accertate" e di attuare il piano medesimo[387]. L'inottemperanza del provvedimento giurisdizionale prevede, poi, l'applicazione di sanzioni penali (in particolare quelle previste dagli artt. 650 e 388 del codice penale)[388], o la revoca di determinati benefici economici (incluse le agevolazioni finanziarie e creditizie). Sono stabilite, inoltre, anche la esclusione per un tempo definito dalla concessione delle medesime agevolazioni, o dagli appalti ed infine la condanna al pagamento di una somma di denaro, da versarsi in apposito fondo, per ogni giorno di ritardo[389].

La struttura "aperta" delle varie disposizioni (che non tipizzano i comportamenti illeciti ed a volte si limitano ad indicare, a titolo meramente esemplificativo, le situazioni in cui si possono verificare le discriminazioni)[390] e del provvedimento adottabili dal magistrato (la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti) consente di rinviare alle osservazioni già svolte in relazione all'art. 28 dello statuto dei lavoratori. Alcune delle singole situazioni in cui può concretarsi la discriminazione sono state già studiate (ad esempio il licenziamento illegittimo) ed altre verranno successivamente esaminate (la dequalificazione o il trasferimento). In questa sede ci si limiterà soltanto ad analizzare alcune ipotesi particolari nelle quali si pone il problema della tutela in forma specifica, senza poterle considerare tutte, anche per la varietà delle forme in cui la discriminazione si può realizzare[391].

Va subito osservato, peraltro, che, in questa materia, il risarcimento del danno non assume la funzione di *astreinte*, bensì soltanto quella di ripristino del pregiudizio economico subito. E tale conclusione è fondata sulla struttura delle varie disposizioni che si occupano di tale aspetto, dove è evidente il carattere meramente riparatorio del danno, che non ha lo scopo di indurre il destinatario ad evitare il compimento di comportamenti illegittimi[392]. Le norme penali applicate in

---

386 Si vedano, ad esempio, l'art. 15 della l. n. 903/1977; l'art. 4, comma 10, della l. n. 125 del 1991; l'art. 44, comma 1, del d.lgs. 286 del 1998; l'art. 4, commi 1 e 4, del d.lgs. n. 215/2003 e l'art. 4, comma 2, del d.lgs. 216/2003. Il risarcimento del danno è espressamente previsto dall'art. 44, comma 7, del d.lgs. n. 286/1998, dall'art. 4, comma 4, del d.lgs n. 215 del 2003 e dall'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 216 del 2003.

387 Art. 4, commi 8, 9 e 10, della l. n. 125 del 1991; art. 44, comma 10, del d.lgs. n. 286 del 1998; art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 215 del 2003; art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 216 del 2003.

388 Art. 15 l. n. 903/1977; art. 4, comma 11, l. n. 125 del 1991; art. 44, comma 8, del d.lgs. n. 286 del 1998; art. 4, comma 1, del d.lgs n. 215 del 2003; art. 4, comma 2, del d.lgs. 216 del 2003.

389 Art. 4, comma 11, l. n. 125 del 1991; art. 44, comma 11, del d.lgs. n. 286 del 1998; art. 4, comma 1, del d.lgs 215 del 2003; art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 216 del 2003.

390 È questo il caso, ad esempio, dell'art. 44, comma 9, del d.lgs. n. 286 del 1998, che, ai fini della discriminazione, afferma che il giudice può dedurre elementi di fatto "anche a carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e delle qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione di carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata".

391 A volte è la legge stessa ad indicare le possibili aree in cui la discriminazione si può realizzare. Gli artt. 3 dei d.lgs. n. 215 e 216 del 2003, ad esempio, fanno riferimento all'accesso all'occupazione – ivi inclusi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione - , all'accesso all'orientamento e formazione professionale, alle affiliazioni ed attività nell'ambito di organizzazioni di lavoratori o di datori di lavoro, agli atti di gestione del rapporto di lavoro e ad altre ipotesi ancora.

392 Le norme analizzate prevedono che "con la decisione che definisce il giudizio il giudice può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale" (art. 44, comma 7, d.lgs. n. 286/2003) ed analoga previsione è contenuta nell'art. 4, comma 5, del d.lgs n. 216/2003 e nell'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 215/2003 ("con il provvedimento che accoglie il ricorso il giudice,

caso di inottemperanza all'ordine del giudice (art. 650 e 388 c.p.) hanno invece la finalità di coazione indiretta a non porre in essere atti o comportamenti discriminatori e funzione sanzionatoria dell'illecito compiuto. Lo stesso può dirsi per la condanna al pagamento, a favore di uno specifico fondo, di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo (e su tali aspetti si rinvia a quanto già detto). In tale ambito vanno ricondotte anche quelle disposizioni che prevedono la revoca dei benefici economici già concessi, o l'esclusione dalle agevolazioni finanziarie e creditizie o dagli appalti, perché del tutto simile è la funzione perseguita (scoraggiare, in via preventiva e con la prospettiva di perdite economiche, i comportamenti vietati e sanzionare successivamente la violazione della legge).

In base all'art. 15 della legge n. 903/1977, qualora sia stata disposta un'assunzione fondata sulla discriminazione sessuale, il giudice dispone la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti. In sostanza ne deriva la nullità del contratto di lavoro fondato su ragioni discriminatorie e la necessità di procedere all'assunzione del soggetto discriminato[393]. In che limiti è possibile eseguire in forma specifica la estinzione del precedente vincolo contrattuale e la costituzione del nuovo rapporto?

Per quanto attiene alla prima ipotesi, la nullità del contratto (e la conseguente applicazione dell'art. 2126 cod. civ.) richiede semplicemente la comunicazione dell'inesistenza del vincolo contrattuale e l'allontanamento del lavoratore dall'azienda. Queste attività possono essere esercitate in forma espressa o con comportamento concludente e sono certamente surrogabili da parte di terzi, a meno di non ritenere che si sia in presenza di poteri manageriali *sempre* infungibili: una tesi questa che si è già avuto occasione di confutare in precedenza[394].

La costituzione forzosa del nuovo rapporto di lavoro è stata contestata in base ad un principio generico di tutela dell'autonomia privata (che non potrebbe essere compressa sino a giungere alla conclusione autoritativa di un rapporto di lavoro)[395] o in considerazione del fatto che si sarebbe in presenza di prerogative imprenditoriali non esercitabili da terzi[396]. A quest'ultima obiezione si è già replicato e non occorre aggiungere altro. Quanto alla compressione dell'autonomia privata, va detto che essa, a determinate condizioni, è surrogabile da un provvedimento giudiziario, che sostituisca la mancanza di consenso dell'interessato (art. 2932 cod. civ.). Ne deriva che,

---

oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno…"). Si confronti tale formulazione con l'art. 18 dello statuto dei lavoratori (il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno "stabilendo un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione...") o con gli artt. 66, comma 2, R.D. 21 giugno 1942, n. 929 (sui marchi) e 86, comma 1, del R.D. 29 giugno 1939, n. 1127 (sulle invenzioni). Queste ultime disposizioni (che sono universalmente riconosciute come introduttive di *astreintes*) (v., per tutti, DI MAJO, 1994, p. 4; RAPISARDA, TARUFFO, 1989, p. 13) prevedono che il giudice, con la sentenza che liquida il risarcimento dei danni, "può fissare altresì una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente contestata e per ogni ritardo nella esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza stessa". Mi sembra evidente che la legge, quando vuole attribuire al danno una finalità compulsiva utilizzi formulazioni che espressamente attribuiscono al risarcimento la funzione di coazione e di penalità per la mancata osservanza del provvedimento del giudice. Di tali espressioni non vi è traccia nelle disposizioni in materia di tutela antidiscriminatoria, dove il danno è disciplinato per garantire la reintegrazione dei pregiudizi subiti (*contra* ZOLI, 2003, p. 25, il quale, peraltro, giunge alla conclusione opposta in relazione al possibile effetto che la liquidazione del danno può svolgere e trascurando il contenuto letterale delle disposizioni).

393 CICCHITTO, 1996, p. 1190.

394 V. *retro* § 2 (testo e note 8 ss.) e § 4 (testo e note 23 ss.).

395 ISENBURG, 1984, pp. 121 – 122.

396 GHERA, 1979, p. 354.

in linea generale, non sussiste una preclusione alla costituzione forzosa di un vincolo negoziale. Nel caso di specie, tra l'altro, non vi sono i limiti particolari che sono stati sollevati proprio in relazione all'applicazione della disposizione del codice civile sulla esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto[397]. Infatti il nuovo rapporto di lavoro con il soggetto discriminato potrà avere contenuto identico a quello dichiarato invalido per quanto attiene gli elementi essenziali (la tipologia, l'inquadramento, le mansioni, l'orario di lavoro, l'apposizione di un eventuale patto di prova e così via). Non vi è, quindi, un problema di indeterminatezza del contenuto del contratto, né di "espropriazione forzosa" della volontà contrattuale del datore di lavoro, che verrebbe in questo caso replicata in misura del tutto conforme alla sua originaria manifestazione.

Per quanto attiene alle discriminazioni sindacali è sufficiente rinviare all'analisi svolta in relazione all'art. 28 dello statuto, ricordando che il ripristino della situazione di legalità può comportare tutta una serie di obblighi positivi o negativi a carico dell'imprenditore, la cui concreta eseguibilità in forma specifica deve essere esaminata caso per caso ed è certamente realizzabile in molte situazioni[398].

L'ordine del giudice di predisporre ed attuare un piano di rimozione delle discriminazioni pone delicati problemi. Una sentenza del Tribunale di Catania ha stabilito che "la società che ha posto in essere la condotta discriminatoria sessuale indiretta ha l'obbligo di predisporre, entro il termine di tre mesi, un piano di rimozione delle discriminazioni, mediante un criterio che faccia riferimento alla valutazione della professionalità pregressa ed escludendo ogni riferimento al possesso di diploma di scuola superiore"[399]. L'obbligo è chiaramente infungibile per la parte in cui richiede un'attività valutativa connessa alla professionalità, che presuppone un giudizio sul contenuto e lo svolgimento delle mansioni che, anche se astrattamente eseguibile da altri, implica una valutazione sull'idoneità dell'adempimento a soddisfare l'interesse creditorio che non può che essere esercitata dal titolare dell'interesse medesimo.

In tale ambito ed in presenza di procedure per la selezione del personale (per l'accesso al lavoro o per la promozione), la discriminazione che ha impedito l'assunzione o l'acquisizione della qualifica superiore potrà essere rimossa (con la costituzione del vincolo o l'attribuzione del superiore inquadramento conseguente alla sentenza o all'ordine del giudice). La tutela in forma specifica (in relazione all'art. 2932 cod. civ. per la stipula del contratto ed all'art. 2931 cod. civ. per quanto attiene all'obbligo di attribuire la qualifica superiore) sarà possibile quando il risultato della selezione potrà essere determinato in base all'applicazione di requisiti oggettivi (procedure standardizzate di valutazione o positivo superamento di prove selettive già eseguite) e non sarà indispensabile una valutazione discrezionale da parte del datore di lavoro sulle caratteristiche personali o sulle capacità professionali del dipendente. In quest'ultimo caso, infatti, il giudizio soggettivo è infungibile, perché è strettamente connesso all'idoneità del lavoratore a svolgere una attività che sia tale da soddisfare l'interesse creditorio, che è di esclusiva pertinenza del suo titolare[400].

---

397 V. *infra* il § 10 sul collocamento obbligatorio.

398 V. *retro* il § 6.

399 Trib. Catania, 22 novembre 2000, in *FI*, 2001, I, p. 1778.

400 In linea generale la tutela in forma specifica, nella misura in cui impone coattivamente l'adempimento, condiziona l'interesse creditorio a ricevere la prestazione. Tuttavia, in questi casi l'esecuzione garantisce la realizzazione di obblighi già definiti dalle parti nel

Nel caso di discriminazione relativa alla assegnazione di determinate mansioni, la materiale adibizione del dipendente allo svolgimento di compiti specifici sarà surrogabile quando essa non comporti modifiche organizzative che sono di stretta pertinenza dell'imprenditore (come, ad esempio, la necessità, per realizzare l'ordine del giudice, di sottrarre le mansioni ad altri, o di ripartirle in modo diverso tra i lavoratori esistenti o di dovere trasferire altri ecc.)[401].

Gli esempi potrebbero continuare. Va rilevato, comunque, che, come si è già sottolineato parlando della reintegrazione, la esecuzione in forma specifica dell'obbligo derivante dalla sentenza riguarda soltanto la stretta realizzazione del comando giudiziale (la costituzione del contratto di lavoro, la materiale assegnazione a determinate mansioni o al proprio posto di lavoro ecc.) e non le vicende successive al completamento della fase esecutiva. Se, dopo essere stato adibito alle mansioni imposte dalla pronuncia giurisdizionale (e che il dipendente è in grado di svolgere autonomamente in base alle proprie competenze ed alla struttura organizzativa dell'impresa), al lavoratore venga impedito di eseguire la prestazione, si tratterà di vicende connesse alla normale dinamica del rapporto di lavoro e non alla tutela esecutiva che si è ormai compitamente realizzata[402]. Infine, per quanto attiene ai profili della tutela inibitoria connessa alle disposizioni analizzate, è sufficiente rinviare alle osservazioni già svolte sull'art. 18 dello statuto dei lavoratori.

L'art. 16 della legge n. 300 del 1970 vieta l'erogazione di trattamenti economici di maggior favore che hanno carattere discriminatorio. In questo caso il giudice, su richiesta del lavoratore discriminato, ordina al datore di lavoro il pagamento al fondo di adeguamento pensioni di una somma pari all'importo delle somme illegittimamente erogate per un periodo massimo di un anno. A parte l'evidente funzione compulsiva e sanzionatoria di tale previsione, è chiaro che, in caso di inattuazione dell'obbligo di pagamento, l'esecuzione in forma specifica sarà possibile nei limiti in precedenza indicati[403].

Il problema si pone diversamente per quanto riguarda il divieto, sancito dalla pronuncia giurisdizionale, di continuare ad erogare trattamenti discriminatori. Si è in presenza di un obbligo di non fare, che si sostanzia in una "modificazione del mondo esterno che (è) suscettibile di rimozione forzata"[404]. In questo caso la tutela in forma specifica potrà realizzarsi con il recupero coattivo delle somme erogate (in modo simile a quanto già analizzato in relazione alla violazione dell'obbligo di non applicare accordi separati)[405].

8. I rimedi generali previsti dal codice civile

Oltre alle norme speciali in precedenza analizzate, la tutela in forma specifica può essere

---

piano dell'obbligazione e, quindi, idonei a soddisfare l'interesse del soggetto attivo del rapporto. Nella ipotesi indicata nel testo, al contrario, l'interesse creditorio non è ancora esattamente definito e richiede un'ulteriore attività che, anche se astrattamente surrogabile in base a criteri oggettivi, implica una valutazione che può essere esercitata soltanto dal creditore.

401 In questa ipotesi, l'esecuzione in forma specifica richiede modifiche organizzative *diverse* dal mero ripristino della situazione preesistente e, quindi, incide sull'iniziativa economica privata dell'imprenditore che, per le ragioni già spiegate, non è surrogabile da altri. Tali modifiche, inoltre, di fatto impongono attività che si sostanziano nell'ulteriore specificazione dell'interesse creditorio (sotto il profilo della quantità e qualità) a ricevere determinate prestazioni. Si tratta, dunque, di una situazione del tutto simile a quella indicata nella precedente nota 116 ed è sufficiente rinviare alle conclusioni ivi espresse

402 Anche in questo caso le sanzioni penali o le altre forme di coazione hanno la finalità pratica di evitare i problemi che nascono dalla gestione del rapporto dopo la realizzazione della tutela esecutiva.

403 V. *retro* § 6 (testo e nota 95), in relazione alla possibilità di surrogare l'obbligato nel pagamento di una somma di denaro.

404 MAZZAMUTO, 1998, p. 345.

405 V. *retro* § 6 (testo e nota 94).

realizzata con gli strumenti previsti dal codice civile.

Va ricordata, in primo luogo, l'azione di esatto adempimento prevista dall'art. 1453, in base alla quale il contraente non inadempiente chiede l'esecuzione dell'obbligazione dedotta in contratto e non la sua risoluzione. Gli artt. 2930 e seguenti sono espressamente dedicati all'esecuzione forzata in forma specifica di obblighi di diversa natura (tra cui quelli di fare, nei quali va inclusa la prestazione di lavoro). L'art. 2058, infine, consente al danneggiato di ottenere la reintegrazione della situazione antecedente all'evento lesivo invece del risarcimento per equivalente monetario.

Gli istituti indicati implicano questioni giuridiche di enorme rilievo, che hanno impegnato generazioni di studiosi, e che ovviamente non possono essere affrontate in questa sede. Ai fini che qui interessano, ed anche in relazione agli orientamenti giurisprudenziali in materia, vengono accolte alcune conclusioni a cui è pervenuto il dibattito civilistico. Ad esempio, la non necessaria correlazione tra sentenza di condanna ed obblighi non suscettibili di esecuzione forzata[406] e l'utilizzazione degli artt. 2930 e ss. anche per i diritti di credito (e non solo per i diritti di proprietà o di godimento su cose mobili ed immobili)[407] e per l'esecuzione di obblighi non nascenti dal contratto[408]. Infine vi è piena concordanza sulla possibilità di attivare gli strumenti indicati soltanto per la realizzazione di obblighi fungibili, con riproposizione quindi di tutti i problemi già analizzati.

Le forme di tutela descritte presuppongono l'esistenza di un diritto azionato dal suo titolare e di un obbligo di cui si chiede la esecuzione. L'obbligo può derivare da una fonte negoziale o di diversa natura o può anche essere il frutto di un provvedimento giurisdizionale, che crei un'obbligazione di fonte giudiziale (come nel caso dell'art. 2058 cod. civ.)[409]. Nell'ambito del rapporto di lavoro, dunque, occorre verificare se il lavoratore sia titolare di una situazione soggettiva attiva, che gli consenta di azionare gli strumenti sostanziali e processuali (artt. 612 ss. c.p.c.) che l'ordinamento pone a disposizione, con un'analisi che deve essere effettuata caso per caso.

Il problema potrebbe dirsi risolto se venisse accolta la tesi secondo la quale il lavoratore ha il diritto ad eseguire la prestazione lavorativa, in quanto strumento di realizzazione della sua personalità[410]. Questa interpretazione si fonda sulla esistenza di interessi del dipendente "alla realizzazione dei valori professionali e personali inerenti alla prestazione lavorativa"[411], che lo vedrebbero non più come soggetto obbligato a lavorare ma anche come titolare di un vero e proprio diritto al lavoro.

Il tema è di tale complessità da non poter essere affrontato in questa sede. In realtà, ho già

---

406 PROTO PISANI, 2003a, p. 102 ss.

407 DI MAJO, 2001, p. 270 ss., a cui si rinvia per la critica alla contraria opinione di SATTA, 1963, p. 8 e MONTESANO, 1994, p. 207 ss. In senso favorevole alla tesi espressa nel testo si veda LUISO, 1989, p. 2 ss. (a cui si rimanda per la ricostruzione del dibattito in materia e per le indicazioni bibliografiche).

408 MAZZAMUTO, 1998, p. 334, che riferisce come questa sia l'opinione "dominante".

409 V., sul punto, *retro*, nota 17.

410 SCOGNAMIGLIO, 1994, p. 217 ss.; ID., 2003, p. 137. Per quanto attiene al "diritto al lavoro" del prestatore (fondato su diverse argomentazioni e fonti normative) mi permetto di rinviare a SPEZIALE, 1992, p. 204 ss. (con ampie indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali). In giurisprudenza si vedano, tra le altre, Cass., 22 febbraio 2003, n. 2763, in *OGL*, 2003, I, p. 311; Cass., 14 novembre 2001, n. 14199, in *NGL*, 2002, p. 175.

411 SCOGNAMIGLIO, 2003, p. 137.

cercato di spiegare[412] che la presenza di interessi del lavoratore all'esecuzione della prestazione tipica di alcuni rapporti[413] o connessi alla valorizzazione della professionalità e del lavoro quale strumento di espressione della personalità umana non modifica la struttura fondamentale del contratto del rapporto di lavoro (basata sulle obbligazioni di lavorare e di retribuire) e non crea a favore del lavoratore un vero e proprio diritto al lavoro (a cui corrisponderebbe uno speculare obbligo di far lavorare a carico del datore di lavoro). Gli interessi positivi del lavoratore all'adempimento sono tutelati dalla legge con sanzioni specifiche[414] e/o con quella generale del risarcimento del danno, ma la loro lesione non configura l'inadempimento di un obbligo la cui attuazione può essere coattivamente realizzata mediante la tutela in forma specifica.

La possibilità di utilizzare gli istituti in precedenza descritti, dunque, deve basarsi su presupposti diversi dalla esistenza di un generico diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa.

9. Il diritto alla salute e la violazione degli obblighi di sicurezza

L'interpretazione assolutamente prevalente qualifica l'obbligo previsto dall'art. 2087 cod. civ. come un'obbligazione autonoma a carico del datore di lavoro, nella quale il lavoratore è creditore di sicurezza[415]. Il titolare dell'organizzazione produttiva è tenuto ad adottare tutte le cautele tecniche che servano a prevenire e tutelare l'integrità fisica e psichica del dipendente, apprestando gli strumenti e le apparecchiature necessarie a tale scopo, imposte dalla legislazione speciale (nota: citare), oltre che dalla "particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica"[416].

La violazione dell'obbligo, oltre a comportare il risarcimento del danno (anche non patrimoniale), consente la tutela in forma specifica per quanto attiene "la sola installazione di accorgimenti ossia una sottoprestazione fungibile del più ampio obbligo di conformare l'attività produttiva a criteri di salvaguardia della salute dei lavoratori"[417]. In sostanza realizzare o ripristinare i macchinari che garantiscono la sicurezza e salubrità dell'ambiente è un obbligo che può essere surrogato da terzi, in quanto:

a) richiede l'applicazione di regole tecniche o scientifiche e di norme giuridiche conoscibili da chiunque abbia esperienza in materia e che non sono certo prerogativa esclusiva del datore di lavoro;

b) comporta l'esecuzione di attività materiali (riparare il macchinario non funzionante,

---

[412] SPEZIALE, 1992, p. 210 ss.

[413] Come, ad esempio, nei rapporti a contenuto formativo o di apprendimento professionale, in quelli artistici, giornalistici, nel rapporto di lavoro in prova (v., sul punto, SPEZIALE, 1992, p. 195).

[414] Si veda, ad esempio, la "conversione" del contratto di formazione in un rapporto a tempo indeterminato nel caso in cui la mancata esecuzione della prestazione sia imputabile al datore di lavoro e configuri una violazione dei suoi obblighi formativi.

[415] Rinvio, sul punto, a SPEZIALE, 1992, p. 32 (in particolare agli autori citati alla nota 101). In senso contrario MONTUSCHI, 1986, p. 67 ss. che colloca l'art. 2087 c.c. nell'ambito della cooperazione creditoria. La tesi è stata da me ampiamente criticata (SPEZIALE, 1992, p. 132, nota 105).

[416] Si vedano, tra gli altri, MONTUSCHI, 1986, p. 49 ss.; ID., 1987, p. 87 ss.; BIANCHI D'URSO, 1980, p. 41 ss.; MARINO, 1990, p. 71 ss.; NICOLINI, 1991; BALANDI, 1994, p. 79 ss.

[417] MAZZAMUTO, 1998, p. 336, nota 144. In senso conforme anche Ghera, secondo il quale "non vi è nessuna ragione per ritenere infungibile l'obbligo – che è tipicamente un obbligo di protezione, anche se autonomo e non integrativo di (quello di) prestazione – di provvedere alla introduzione ed alla manutenzione delle misure" necessarie a prevenire o ad evitare danni alla salute fisica e psichica, con possibilità, quindi di utilizzare gli strumenti processuali (art. 612 ss. cpc) "per imporre l'introduzione in fabbrica delle misure di prevenzione idonee" (ID., 1979, p. 333).

installarne uno specifico che tuteli la salute dei lavoratori) che possono essere realizzate da personale tecnico specializzato;

c) non implica scelte organizzative relative alle modalità di esecuzione del lavoro o alla realizzazione dell'attività produttiva.

Da tale punto di vista, non vi è dubbio che l'imposizione di apparecchiature a garanzia della salute o della sicurezza incide sugli assetti organizzativi dell'impresa. Tuttavia tale condizionamento è in primo luogo giustificato dalla tutela di interessi fondamentali come quello alla salute che riguardano la persona umana e che necessariamente prevalgono sul diritto al libero svolgimento dell'attività produttiva. Inoltre, in linea generale la tutela in forma specifica in molti casi necessariamente condiziona l'organizzazione produttiva, senza che tale aspetto possa costituire un impedimento alla utilizzabilità degli strumenti giuridici posti a disposizione dall'ordinamento. Il limite, già in precedenza indicato, è quello della impossibilità di surrogare giuridicamente l'imprenditore nelle scelte organizzative che attengono al "se" e al "come" produrre. Ed è evidente che l'introduzione di un depuratore che impedisca il diffondersi di fumi pericolosi o di misure che riducano l'impatto acustico di alcuni macchinari, pur condizionando la produzione (ad esempio sotto il profilo dei costi), non incide sul potere organizzativo dell'imprenditore nel senso sopra indicato[418].

10. Il collocamento obbligatorio

La disciplina relativa all'assunzione degli invalidi è stata sempre considerata come un ambito di possibile intervento della tutela in forma specifica. L'esistenza di una normativa che impone la costituzione del rapporto di lavoro ha indotto la dottrina[419] ed una parte della giurisprudenza[420] ad utilizzare la sentenza costitutiva di cui all'articolo 2932 cod. civ. In senso contrario si è formato un consistente orientamento della Cassazione, secondo il quale la norma indicata non sarebbe utilizzabile, perché la disciplina in materia "lasciando all'autonomia delle parti la determinazione concreta di molteplici ed essenziali elementi" del contratto, non consentirebbe al giudice di sopperire alla volontà dei contraenti nella individuazione degli elementi fondamentali del rapporto[421].

In linea generale si potrebbe obiettare, in primo luogo, che l'art. 2932 è utilizzabile soltanto in relazione al contratto preliminare (per rimediare alla mancata stipulazione del definitivo) e non per gli obblighi legali a contrarre (tra i quali può certamente ascriversi anche quello relativo alle assunzioni obbligatorie)[422]. Va detto, peraltro, che la dottrina prevalente[423] e la giurisprudenza

---

418 Il condizionamento indicato nel testo, infatti, non influenza il *proprium* delle prerogative manageriali relative alle scelte strategiche dell'attività imprenditoriale. In questo caso, tra l'altro, l'obbligo potrà essere eseguito anche a spese dell'obbligato ai sensi dell'art. 2931 cod. civ.

419 PERA, 1965, p. 211 ss.; MONTUSCHI, 1967.

420 Trib. Milano, 20 novembre 1991, in *RCDL*, 1992, p. 380; Pret. Milano, 30 luglio 1991, in *NGL*, 1991, p. 561; Trib. Milano, 21 giugno 2000, in *LG*, 2001, p. 88; Pret. Milano, 13 luglio 1998, in *LG*, 1988, p. 866; Pret. Milano, 21 gennaio 1999, in *RCDL*, 1999, p. 340.

421 Cass., 7 marzo 1990, n. 1770, in *NGL*, 1990, I, p. 334; Cass., 16 maggio 1998, n. 4953, in *NGL*, 1998, p. 502; Cass., 25 ottobre 1996, n. 9319, in *LG*, 1997, p. 422; Cass., 3 marzo 1992, n. 2568; Cass., 24 ottobre 1991, n. 11284, in *DPL*, 1991, p. 3337 e molte altre.

422 La tesi secondo cui l'art. 2932 cod. civ. non è utilizzabile per gli obblighi legali a contrarre è sostenuta da MONTESANO, 1979, p. 518.

423 DI MAJO, 1990, p. 10 (a cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche).

sono di diverso avviso[424], ritenendo che la disposizione del codice abbia portata più ampia (e sia quindi estensibile anche agli obblighi a contrarre di fonte legale).

Per quanto attiene alla presunta indeterminatezza degli elementi essenziali del contratto, va ricordato che l'orientamento giurisprudenziale contrario si è formato sulla vecchia legge n. 482 del 1968, e si tratta quindi di verificare se l'obiezione indicata sia ancora attuale alla luce della recente riforma introdotta dalla l. 12 marzo 1999 n. 68. La nuova disciplina, infatti, ha introdotto significative innovazioni che, a mio giudizio, consentono una soluzione completamente diversa del problema.

In base alla nuova normativa[425], il datore di lavoro soggetto al collocamento obbligatorio deve inviare un prospetto riepilogativo contenente tutta una serie di dati essenziali relativi al proprio organico ed ai soggetti da assumere, tra cui i posti di lavoro e le mansioni disponibili[426]. La richiesta di assunzione può coincidere con l'invio del prospetto descritto o può consistere in un atto ulteriore (con indicazione anche nominativa del lavoratore) in cui deve essere specificata la qualifica, intesa come descrizione generica delle mansioni a cui sarà adibito l'interessato[427]. Inoltre al lavoratore avviato deve essere applicato il trattamento economico e normativo previsto dalle leggi e dai contratti collettivi (art. 10, comma 1, l. n. 68/1999).

È evidente che, nei casi in cui il rifiuto di assunzione sia privo di elementi giustificativi, l'obbligo a contrarre potrà essere realizzato con la sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c.c., che assume, in questo caso, anche una funzione determinativa del contenuto del contratto in coerenza con le caratteristiche proprie di questa disposizione[428]. Il giudice, infatti, potrà utilizzare gli elementi desumibili dai riscontri documentali prima indicati, oltre che dalla disciplina inderogabile di legge e/o di contratto collettivo. Non va dimenticato che, in connessione con la tipologia di obblighi che si sta analizzando, il magistrato "potrà avvalersi per l'individuazione dell'oggetto e della disciplina, delle previsioni inderogabili di fonte legale o amministrativa… delle condizioni generali di contratto (alla cui adozione l'imprenditore è tenuto)…"[429] e quindi, in relazione al rapporto di lavoro, di tutte le disposizioni che concorrono alla sua concreta regolamentazione. Va detto, peraltro, che, in base ad un diverso orientamento dottrinario, l'intervento del giudice presuppone un rapporto il cui contenuto sia esattamente definito e dove il giudice deve procedere soltanto alla

---

[424] Si veda, ad esempio, Cass., 22 gennaio 1979, n. 497, secondo la quale l'art. 2932 cod. civ. "non distingue fra l'obbligo di derivazione contrattuale o legale". Conf. Cass., 12 giugno 1982, n. 3592, in *GI*, 1983, I, 1, p. 50.

[425] Si rinvia, tra gli altri, a GAROFALO D., 1999a; ID., 1999b; CIUCCIOVINO, 2000, p. 1403 ss.; VALLEBONA, 1999, p. 476 ss.; CIMAGLIA, 1999, p. 11 ss.; TURSI, 1999, p. 764 ss.; MARESCA, 2000, p. 27 ss.

[426] Si vedano l'art. 9 della l. 12 marzo 1999, n. 68 ed il Decreto Ministeriale 22 novembre 1999.

[427] Una conferma della tesi sostenuta nel testo è ricavabile dal comma 2 dell'art. 9 della l. n.68/1999, dove, in caso di impossibilità di avviare i lavoratori richiesti, si fa riferimento all'invio di soggetti con qualifiche simili e "previo addestramento e tirocinio". È evidente che non avrebbe senso parlare di addestramento in relazione alle qualifiche, intese come astratte descrizioni di gruppi di mansioni contenute nei contratti collettivi, mentre il termine ha un significato solo se le "qualifiche" altro non sono che le mansioni. D'altra parte, se nei prospetti riepilogativi si parla di "mansioni disponibili" ed è rispetto ad esse che gli uffici competenti devono soddisfare le richieste, è chiaro che i due termini sono utilizzati dal legislatore come sinonimi.

[428] Sul contenuto determinativo della sentenza v. DI MAJO, 1990, p. 10; MAZZAMUTO, 1998, p. 417. La possibilità di utilizzare l'art. 2932 cod. civ. per il collocamento obbligatorio dopo la riforma del 1999 è sostenuta da GAROFALO D., 1999b, p. XVIII; TURSI, 1999, p. 767.

[429] MAZZAMUTO, 1998, p. 417.

individuazione dell'oggetto della prestazione dovuta[430].

A me sembra, peraltro, che, nella nuova disciplina del collocamento obbligatorio, la sentenza sia in grado di realizzare la costituzione coattiva del contratto in relazione ad entrambe le interpretazioni in precedenza descritte.

In effetti, dalle fonti legali e contrattuali collettive e dalle stesse dichiarazioni fornite dal datore di lavoro è possibile individuare la qualifica, le mansioni, la posizione lavorativa, il trattamento retributivo e normativo applicabile, con riferimento, quindi, a tutti gli elementi essenziali del contratto, superando quel profilo di indeterminatezza che aveva orientato in senso negativo la precedente giurisprudenza[431]. Tra l'altro, gli eventuali elementi mancanti o non hanno caratteri di essenzialità (come nel caso dell'eventuale apposizione di un patto di prova)[432] o si riferiscono a modalità quantitative della prestazione (ad esempio il tempo pieno o il part time) che, quando non sono desumibili dalla stessa richiesta del datore di lavoro, non sono certo tali da incidere sulle caratteristiche fondamentali del rapporto[433]. D'altra parte, non va dimenticato che un obbligo a contrarre come quello indicato è finalizzato a garantire l'inserimento di soggetti svantaggiati in coerenza con principi di grande importanza (introdotti dagli artt. 4 e 38 Cost.) e che, proprio con l'attuazione di queste disposizioni costituzionali, esso rispecchia l'esigenza di "rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione economica e sociale del paese" (art. 3, comma 2, Cost.)[434]. Pertanto, sembra che la compressione dell'autonomia privata (sotto il profilo della sottrazione alle parti della possibilità di individuare elementi del contratto come quelli in precedenza indicati) sia in questo caso del tutto giustificata[435].

In base all'interpretazione più restrittiva prima descritta, il giudice deve procedere alla determinazione dell'oggetto del contratto, mentre gli altri elementi dell'accordo devono già essere

---

[430] In tal senso, ad esempio, LIBERTINI, 1981, pp. 310 – 311.

[431] Su tali aspetti, oltre a GAROFALO e TURSI citati nella precedente nota 144, si rinvia anche a NUZZO, 2004, p. 6. In senso contrario BIANCHI D'URSO, VIDIRI, 2000, p. 736, secondo i quali l'utilizzazione dell'art. 2932 sarebbe in contraddizione con l'impianto globale della legge, che non intenderebbe imporre soluzioni coattive. Si tratta, peraltro, di considerazioni che non tengono minimamente conto delle innovazioni normative introdotte dalla l. 68/1999 e dei principi civilisti in tema di esecuzione specifica.

[432] Secondo Cass., 16 maggio 1998, n. 4953 (in *GC*, 1999, I, p. 1501) il patto di prova costituirebbe un elemento essenziale. La tesi tuttavia è smentita dal fatto che l'apposizione del patto di prova è meramente eventuale e non obbligatoria.

[433] "Nell'ipotesi in cui sia riconosciuto il diritto del lavoratore a tempo parziale alla trasformazione del rapporto in contratto a tempo pieno, in relazione al diritto di precedenza previsto dall'art. 5, comma 3 bis, della l. n. 863 del 1984, il corrispondente obbligo del datore di lavoro può trovare attuazione mediante lo strumento di cui all'art. 2932 c.c., posto che gli elementi del contratto da concludere risultano sufficientemente specificati sulla base del precedente assetto negoziale, modificato solo per quanto attiene alla quantità delle prestazioni pattuite e alla loro distribuzione temporale" (Cass., 2 giugno 1998, n. 5415, in *NGL*, 1998, p. 424). Questa decisione conferma che il tempo del lavoro non è elemento essenziale del contratto.

[434] La Corte Costituzionale (sentenza del 1 aprile 1998, n. 88, in *GC*, 1998, I, p. 1794) ha recentemente confermato che le norme sul collocamento obbligatorio "trovano base e giustificazione nel disposto di cui all'art. 38 della Costituzione, e (sono pertanto) coerenti sia con il dettato del secondo comma dell'art. 3 della Costituzione – in quanto dirette a rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione sociale del Paese – sia con il principio informatore dell'art. 4 della Costituzione in quanto promuovono ed attuano le condizioni che rendono possibile a persone appartenenti a particolari categorie svantaggiate, che siano in possesso di attitudini lavorative e professionali, l'inserimento nell'ambiente del lavoro dal quale altrimenti potrebbero restare escluse (sentenza n. 38 del 1960)".

[435] D'altra parte, sempre con riferimento agli invalidi, i limiti all'autonomia privata nella scelta del contraente ed i condizionamenti all'iniziativa economica con l'imposizione delle assunzioni erano stati già considerati legittimi dalla Corte (sentenza 15 giugno 1960, n. 38, in *MGL*, 1960, p. 136 ss.), che ha dichiarato conformi alla Costituzione vincoli ben più penetranti di quelli indicati nel testo (sulla sentenza della Corte e su quelle successive, si veda l'ampia analisi di PERA, 1988, p. 1 ss.).

definiti. Nel contratto di lavoro l'oggetto deve essere identificato nella prestazione lavorativa e nella retribuzione[436] e, per quanto attiene la prima, essa è facilmente desumibile dalle mansioni che devono essere indicate dal datore di lavoro, mentre la seconda è ricavabile dal contratto collettivo che, ai sensi dell'art. 10 della l. n. 68 del 1999, è fonte del rapporto. In questo caso, dunque, l'individuazione dell'oggetto determina la struttura fondamentale del contratto e la rilevanza degli interessi costituzionali in gioco è tale da giustificare la mancata esatta predeterminazione di altri elementi (ad esempio l'orario di lavoro) che, secondo questa teoria, dovrebbero già essere definiti nel dettaglio[437].

Una situazione simile è rinvenibile in altre ipotesi, riferite a diverse categorie di invalidi, dove addirittura il grado di specificazione delle prestazioni da effettuare è superiore (in relazione anche al tempo di lavoro)[438].

Una strada alternativa a quella indicata è stata individuata nel "riconoscimento al lavoratore di un diritto potestativo alla costituzione del rapporto con il soggetto legalmente obbligato a contrarre (e non direttamente alla conclusione del contratto) da attuarsi per mezzo di una sentenza determinativa del contenuto del rapporto *ex* artt. 1346 e 1374 c.c."[439]. La tesi, mutuata da autorevole dottrina civilistica[440] e che prescinde dal rimedio previsto dall'art. 2932 cod. civ., consente di giungere alle stesse conclusioni già descritte (con definizione, da parte del giudice, della qualifica, delle mansioni, della retribuzione ecc.) in base al quadro legale e contrattuale collettivo oggi esistente (che fornisce tutti gli elementi necessari alla determinazione in via integrativa del contenuto del rapporto).

Ma quale sarà la sorte del contratto coattivamente costituito in base alla sentenza del giudice? Sarà possibile una tutela in forma specifica che garantisca la concreta esecuzione della prestazione lavorativa? In realtà il problema non sembra possa sorgere. La legge n. 68/1999 garantisce soltanto il diritto all'assunzione e non all'esecuzione della prestazione lavorativa. La sentenza che sostituisce il consenso del datore di lavoro crea un regolare contratto di lavoro, ma non determina la nascita di un obbligo di far lavorare, che dovrebbe trovare fondamento in una diversa fonte legale o giudiziale (come nei casi in precedenza descritti in relazione all'art. 15, 18 o 28 dello statuto dei lavoratori). Soltanto la configurazione di un generale diritto al lavoro, basato sulla legge o sul contratto, potrebbe legittimare una tutela di esecuzione in forma specifica, ma si è già

---

[436] In tal senso MAGRINI, 1973, p. 398 e nell'ambito dell'interpretazione che vede nell'oggetto del contratto la "prestazione dedotta nel negozio per il raggiungimento dell'assetto di interessi voluto dalla legge" (SPEZIALE, 1998, p. 312, a cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche degli autori civilisti).

[437] In linea generale, tra l'altro, la giurisprudenza sembra confermare che, quando vi sia un obbligo legale a contrarre, il giudice, in base all'art. 2932 cod. civ., abbia un forte potere determinativo del contenuto del contratto. Si veda, ad esempio, Cass., 6 dicembre 1968, n. 3914 (in *GI*, 1969, I, 1, p. 2048 ss., particolarmente p. 2049) che, sempre in applicazione della norma indicata, ha confermato la sentenza di merito che specificava in modo assai dettagliato il contenuto e i limiti di potenza, di durata e di ore giornaliere di una fornitura di energia elettrica imposta ad un monopolista legale ed in attuazione dell'art. 2597 cod. civ. Questa interpretazione conferma ulteriormente la tesi sostenuta nel testo, perché consentirebbe al giudice del lavoro un potere di integrazione del contenuto del rapporto che andrebbe ben al di là della mera determinazione del suo oggetto.

[438] L'art. 11 della l. n. 68 del 1999 prevede che per gli invalidi psichici o per quelli ordinari sono possibili convenzioni che devono "indicare dettagliatamente le mansioni attribuite al lavoratore disabile e le modalità di svolgimento" dell'attività lavorativa, con evidente riferimento, quindi, anche all'orario di lavoro.

[439] GHERA, 1989, p. 1108.

[440] MONTESANO, 1979, p. 524 ss.

detto che questa interpretazione non può essere accolta[441] e quindi non è configurabile la sussistenza di un obbligo ineseguito da realizzare coattivamente. Pertanto, l'eventuale rifiuto del datore di lavoro di consentire al lavoratore che abbia ottenuto la sentenza prevista dall'art. 2932 cod. civ. di svolgere la prestazione sarà disciplinato dalle regole generali in tema di mora del creditore.

11. Il part time

L'art. 5 della legge n. 863 del 1984 riconosceva ai lavoratori con contratto *part time* il diritto di precedenza in caso di assunzione di personale a tempo pieno. La giurisprudenza riteneva che, in caso di rifiuto da parte del datore di lavoro, fosse possibile utilizzare la tutela in forma specifica ai sensi dell'art. 2392 cod. civ., perché "la modificazione dell'assetto negoziale è limitata alla sola quantità delle prestazioni e alla loro distribuzione temporale"[442], con sufficiente specificazione del contenuto del contratto di lavoro[443].

Il problema si è posto in modo diverso a seguito della riforma introdotta dall'art. 8 del d.lgs. n. 61/2000, secondo il quale, se è violato il diritto di precedenza, il lavoratore "ha diritto al risarcimento del danno in misura corrispondente alla differenza tra l'importo della retribuzione percepita e quella che gli sarebbe stata corrisposta a seguito del passaggio a tempo pieno nei sei mesi successivi al passaggio"[444]. Si è sostenuto, infatti, che la previsione descritta "rappresenterebbe l'unica sanzione prevista dal legislatore ed escluderebbe qualsiasi possibilità di ottenere la costituzione *ope iudicis* del rapporto a tempo pieno"[445]. In realtà è facile replicare che la disposizione si limita a predeterminare l'entità del danno risarcibile in caso di violazione del diritto di precedenza (sottraendo al giudice il compito di individuare l'esatta entità del pregiudizio subito)[446] e non incide minimamente sulla possibile tutela specifica ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. Questa norma, infatti, introduce una tecnica finalizzata ad assicurare l'attuazione coattiva di obblighi legali o fondati sul contratto (ed è, quindi, uno strumento di garanzia della realizzazione dell'adempimento) e non ha nulla a che vedere con il risarcimento del danno (diretto a ristorare il danneggiato del pregiudizio patrimoniale subito). D'altra parte, anche l'art. 18 dello statuto dei lavoratori prevede il risarcimento commisurato alle retribuzioni in funzione compulsiva e sanzionatoria[447] e, tuttavia, nessuno ha mai pensato che tale previsione escludesse la possibilità della tutela in forma specifica di un obbligo di fonte legale e giudiziale, a riprova della netta distinzione tra il piano della coazione all'adempimento e quello risarcitorio.

---

[441] V. *retro* § 8 (testo e note 126 ss.).

[442] NUZZO, 2004, p. 7.

[443] Cass., 28 agosto 2003, n. 12648, in *RIDL*, 2004, II, p. 83; Cass., 2 giugno 1998, n. 5415, in *NGL*, 1998, p. 816; Pret. Milano, 20 febbraio 1998; Pret. Milano, 3 luglio 1992, in *OGL*, 1993, p. 67.

[444] Per un commento alla disposizione si rinvia a BOLEGO, 2001, p. 186.

[445] NUZZO, 2004, p. 7, nota 13 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

[446] Il danno, infatti, potrebbe in teoria anche coincidere con tutte le retribuzioni dovute sino alla maturazione della pensione o con un importo molto inferiore se si ritiene che la violazione del diritto di precedenza costituisce soltanto una perdita di *chance*. La disposizione, quindi, ha solo la finalità di togliere ogni discrezionalità al magistrato predeterminando il *quantum* dovuto per la lesione del diritto.

[447] V. *retro* il § 5.

Superata l'obiezione descritta, il problema, peraltro, deve essere affrontato oggi in modo in parzialmente diverso, perché, a seguito del d.lgs. n. 276 del 2003, l'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 61/2000 affida esclusivamente all'autonomia individuale la possibilità di introdurre il diritto di precedenza. La violazione del diritto, oltre alla sanzione economica già analizzata, consente certamente di attivare l'art. 2392 del codice civile. Si è visto, infatti, che questa disposizione si riferisce ad obblighi a contrarre di origine legale o convenzionale. In questo caso il diritto di precedenza ed il connesso obbligo a contrarre (condizionato alla volontà di instaurare un nuovo rapporto di lavoro) si basa sull'effetto combinato della previsione legislativa (che ha funzione autorizzatoria) e di quella contrattuale. Se il datore di lavoro si rifiuta di assumere il lavoratore a tempo parziale sarà quindi possibile utilizzare la disposizione del codice sull'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto[448]. Senza contare che l'art. 2932, nella sua formulazione letterale, è riferibile a qualsiasi obbligo a contrarre di origine negoziale, senza possibilità di limitarne l'applicazione alla sequela contratto preliminare/definitivo ed è quindi estensibile anche a quel particolare obbligo che scaturisce dal diritto di precedenza contenuto nel contratto di lavoro[449].

La concreta utilizzazione dell'art. 2932, inoltre, è suffragata dalla giurisprudenza già esistente, che, proprio in relazione alla trasformazione del contratto da *part time* a *full time*, ritiene sufficientemente specificati gli elementi essenziali del contratto ed affida al giudice soltanto il compito di definire l'entità quantitativa delle prestazioni e la loro distribuzione temporale[450]. In sostanza, anche dal punto di vista materiale, non vi sono particolari problemi alla possibilità di ottenere una sentenza del giudice che costituisca un rapporto di lavoro a tempo pieno.

Per quanto attiene le vicende successive del rapporto, va detto che, in considerazione dell'inesistenza di un diritto al lavoro come caratteristica generale della subordinazione, la concreta esecuzione delle prestazioni lavorative non potrà essere realizzata con le tecniche dell'esecuzione in forma specifica (perché non vi è un obbligo giuridico da imporre coattivamente). In questo caso, infatti, analogamente per quanto accade nel collocamento obbligatorio, la sentenza del magistrato si limiterà a costituire un valido contratto di lavoro, ma non a determinare un obbligo di far lavorare che dovrebbe trovare un diverso fondamento che è in realtà inesistente.

12. La dequalificazione e la reintegra nelle mansioni

L'art. 2103 del codice civile garantisce al lavoratore l'adibizione alle mansioni per le quali è stato assunto e, successivamente, la possibilità di essere assegnato soltanto allo svolgimento di attività con contenuti professionali superiori o equivalenti. La disposizione è stata interpretata come espressiva di un vero e proprio diritto al lavoro[451], la cui violazione consentirebbe, oltre al

---

[448] In questo caso, infatti, il diritto all'adempimento si fonda sia sulla legge che sull'autonomia individuale.

[449] Non va dimenticato che l'art. 2932, c.c. è riferito "a qualunque altra fattispecie dalla quale sorga un obbligo a prestare il consenso al fine del trasferimento o costituzione di un diritto..." (Cass., 12 giugno 1982, n. 3592, cit. a nota 140). D'altra parte non pone alcun problema la circostanza che il diritto ad essere assunto è condizionato alla costituzione di un nuovo rapporto di lavoro. Infatti, quando la condizione (consistente nella volontà di assumere) si è verificata, sarà possibile attivare la tutela in forma specifica.

[450] V. *retro* testo e note 149 e 159.

[451] Si vedano gli autori citati in SPEZIALE, 1992, p. 207, nota 72, a cui *adde* SCOGNAMIGLIO, citato *retro* nella nota 126.

risarcimento del danno[452], anche la tutela in forma specifica, connessa al fatto che la disposizione creerebbe un vero e proprio obbligo di far lavorare.

In realtà ho già espresso l'opinione che la norma si limita a stabilire che "il datore di lavoro *se* ed *in quanto* consente al dipendente di lavorare, deve rispettare i limiti previsti dalla legge" (e cioè l'effettuazione delle mansioni di assunzione o di quelle diverse previste dall'art. 2103) "e non determina un obbligo a ricevere le prestazioni perché non incide minimamente sulla facoltà del datore di lavoro di non utilizzare il dipendente"[453]. D'altra parte, anche se si volesse adottare una diversa interpretazione che, dilatando gli ambiti della disposizione, arrivi a fondare su essa un vero e proprio interesse del lavoratore all'esecuzione della prestazione, questa tesi non avrebbe conseguenze particolari per quanto attiene alla tutela in forma specifica. Infatti, l'esistenza dell'interesse del dipendente allo svolgimento del lavoro non sarebbe tale da configurare un vero e proprio diritto al lavoro (ed una correlativo obbligo di far lavorare), ma determinerebbe soltanto una posizione soggettiva tutelabile, in questo caso, con il diritto al risarcimento del danno per dequalificazione, e che non incide sulla struttura dell'obbligazione (evitando così il paradosso del lavoratore che è allo stesso tempo obbligato a lavorare ed è… titolare di un diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa!)[454].

Un diverso orientamento giurisprudenziale ha ritenuto di poter utilizzare, in via analogica, l'art. 18 dello statuto dei lavoratori[455]. In questo caso, tuttavia, è facile replicare che la disposizione indicata è norma eccezionale, non estensibile al di fuori delle ipotesi in cui la legge espressamente la contempli e, quindi, non applicabile in materia di mansioni[456]. Si è seguito un differente iter interpretativo, ritenendo che all'accertamento della dequalificazione del lavoratore consegue "la condanna del datore di lavoro ad adibire nuovamente il dipendente alle precedenti mansioni", in quanto il titolare del rapporto è "obbligato a rimuovere gli effetti dell'atto illegittimo", con conseguente condanna "ad un *facere*, sia pure in concreto non coercibile". Si è aggiunto che "si tratta di obbligo derivante da quello di dare attuazione al contratto di lavoro, anche se privo del più pregnante contenuto reale dell'ordine di reintegrazione previsto dall'art. 18 della l. 20 maggio 1970, n. 300"[457]. La decisione, che si sottolinea per l'estrema esiguità della motivazione su tale aspetto, sembra fondare l'obbligo di reintegra nelle mansioni sul principio dell'adempimento del contratto previsto dall'art. 1453 cod. civ. e fornisce alcuni utili spunti di riflessione.

Non vi è dubbio, infatti, che il lavoratore possa chiedere la nullità del provvedimento di dequalificazione del datore di lavoro per contrasto con norma inderogabile, a cui affiancare, oltre alla

---

[452] Cass., 27 agosto 2003, n. 12553; Cass., 22 febbraio 2003, n. 2763, in *OGL*, 2003, p. 311; Cass., 1 giugno 2002, n. 7967, in *NGL*, 2002, p. 761 e molte altre.

[453] SPEZIALE, 1992, p. 208. Si vedano anche le ulteriori riflessioni ivi svolte nelle note 77 e 78 a pp. 208 – 209.

[454] V., sul punto, *retro* § 8, testo e note 128, 129 e 130.

[455] In tal senso, ad esempio, Pret. Monza, 20 aprile 1983, in *Tributi*, 1983, p. 696. Parlano genericamente di "reintegrazione", senza far riferimento all'art. 18, Cass., 14 maggio 2002, n. 6992, in *RIDL*, 2003, II, p. 326; Cass. 29 gennaio 1993, n. 931, *ivi*, 1994, II, p. 149.

[456] In tal senso numerose decisioni che, pur ritenendo che il lavoratore debba essere reintegrato nelle precedenti mansioni, escludono l'applicabilità dell'art. 18, perché l'ordine ivi contenuto ha "il carattere della tipicità e dell'eccezionalità" (Cass., 27 aprile 1999, n. 4221; Cass., 29 settembre 1998, n. 9734; Cass., 14 luglio 1997, n. 6381, in *MGL*, 1997, p. 580 ss.).

[457] Cass., 14 luglio 1997, n. 6381, in *MGL*, 1997, p. 580 ss., con nota di Enrico Ravera (la seconda parte della citazione è a p. 589). Conf. Cass., 27 aprile 1999, n. 4221.

domanda di risarcimento del danno, anche quella di condanna alla riadibizione alle mansioni originarie[458]. Infatti, se è vero che il lavoratore non ha il diritto di svolgere la prestazione, egli, qualora gli venga consentito di lavorare, ha diritto ad essere adibito alle stesse attività a cui era addetto prima di essere dequalificato, in coerenza con quanto previsto dall'art. 2103 cod. civ. (che certamente obbliga il datore di lavoro, che intenda ricevere le prestazioni, a consentire al dipendente di svolgere le mansioni di assunzione o quelle coerenti con la sua professionalità)[459]. La sentenza, dunque, in accoglimento, della domanda ed al fine "di rimuovere gli effetti dell'atto illegittimo" impone la "condanna ad un *facere*"[460], che apre la teorica possibilità della tutela in forma specifica. In questo caso, infatti, il diritto garantito dall'art. 2103 cod. civ. (ed il correlativo dovere del datore di lavoro) viene "concretizzato" dalla richiesta di ripristinare la situazione soggettiva lesa e dalla condanna a realizzare l'obbligo violato.

L'obbligo, ovviamente, non si sostanzia nell'imporre al datore di lavoro il ricevimento della prestazione, bensì, se intenda farlo lavorare, nel consentirgli lo svolgimento di determinate mansioni e presuppone che il lavoratore si attivi per ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'ordine contenuto nella sentenza. La concreta realizzazione coattiva del provvedimento giurisdizionale è strettamente connessa al tipo di attività che il dipendente svolgeva prima della dequalificazione. L'alto grado di automazione dell'organizzazione produttiva ed il contenuto esattamente predeterminato dei compiti assegnati o, al contrario, la forte autonomia delle attività da svolgere consentiranno al lavoratore che venga reinserito al proprio posto di eseguire la sua attività senza necessità di ulteriore cooperazione da parte del datore di lavoro e tutti gli obblighi strumentali al conseguimento di tale risultato (accompagnamento in azienda, reinserimento nel posto di lavoro, consegna della materia prima ecc.) sono sicuramente fungibili e surrrogabili da terzi. Soltanto per le mansioni che richiedono un costante esercizio del potere direttivo o quando si tratta di introdurre mutamenti rispetto alla situazione esistente (modificando, ad esempio, la struttura organizzativa, i tempi di produzione, gli obiettivi aziendali), si potrà parlare di infungibilità giuridica dei comportamenti richiesti, in coerenza con quanto già sottolineato in precedenza[461].

È stato obiettato che la coercibilità sarebbe esclusa dalla possibilità, concessa dall'art. 2103, di riadibire il lavoratore dequalificato non alle mansioni originarie, bensì ad altre equivalenti[462]. Si è sottolineato, peraltro, che si tratta di una "evenienza soltanto possibile, successiva alla

---

458 In tal senso, ad esempio, Cass., 27 aprile 1999, n. 4221, secondo la quale la violazione dell'art. 2103 determina "la nullità del provvedimento datoriale di assegnazione a mansioni non equivalenti", con possibilità per il giudice di condannare il datore di lavoro "a rimuovere gli effetti che derivano dal provvedimento di assegnazione alle mansioni inferiori, affidando al lavoratore l'originario incarico, ovvero un altro di contenuto equivalente". Conf. Cass., 14 luglio 1997, n. 6381, cit.; Cass., 20 gennaio 1987, n. 491. Di nullità del provvedimento e di mero effetto risarcitorio parlano invece GHERA, 1989, p. 1103 (ID. 1979, p. 335 ss., dove ritiene che una "tutela ripristinatoria quasi reale" sia possibile soltanto nei casi in cui la contrattazione collettiva garantisca al lavoratore, dopo un periodo di tempo, l'attribuzione di mansioni superiori); Cass., 29 settembre 1998, n. 9374; Cass., 7 settembre 1981, n. 5052.

459 Ovviamente la insussistenza di un diritto al lavoro non significa che il comportamento del datore di lavoro che rifiuta le prestazioni senza motivo legittimo sia conforme alla legge. In questo caso, infatti, si verterà in una situazione di *mora credendi*.

460 Cass., 14 luglio 1997, n. 6381, cit., p. 589.

461 Su tali aspetti si veda *retro* il § 4 (testo e note 51 e 52). Tra i mutamenti organizzativi a cui si fa riferimento nel testo sono ricomprese anche la soppressione delle mansioni originarie e la necessità, quindi, per utilizzare il lavoratore, di sottrarre mansioni ad altri, o di ripartirle in modo diverso tra i lavoratori esistenti (e così via), perché si tratta di vicende dei rapporti individuali che hanno un *necessario* riflesso sulla organizzazione del lavoro e dell'attività dell'impresa.

462 In tal senso, ad esempio, Cass., 7 dicembre 1991, n. 13187, in *GI*, 1992, I, 1, p. 1492; Cass., 20 settembre 1990, n. 9584.

fattispecie, e soprattutto fondata su una nuova e diversa situazione di fatto"[463]. Ed in effetti l'ordine del giudice riguarda la riassegnazione alle mansioni originarie e, in mancanza di diversa determinazione del datore di lavoro, è in relazione a tale tipo di attività che deve essere valutata la possibile tutela in forma specifica e non ad un potenziale evento successivo che, se si verificasse, muterebbe indubbiamente i termini del problema.

In realtà la questione si pone diversamente qualora, per l'impossibilità di poter svolgere le attività professionali originarie o per effetto di una precisa disposizione del datore di lavoro che eserciti lo *jus variandi*, si intenda imporre coattivamente l'adibizione del lavoratore a mansioni equivalenti che tuttavia il datore di lavoro non abbia ancora specificato. Si pensi al caso in cui quest'ultimo, dopo la sentenza che ha accertato la dequalificazione, manifesti espressamente la volontà che il lavoratore non sia adibito alle attività originarie ma ad altre mansioni che egli si riservi di specificare in un secondo momento[464]. Successivamente, peraltro, egli non indica quali sono i nuovi compiti da svolgere e vi è quindi il problema della esecuzione specifica del provvedimento giurisdizionale.

Infatti, la individuazione delle nuove attività professionali da attribuire coattivamente richiede un giudizio sulla professionalità dell'interessato, sul contenuto delle mansioni e sugli assetti organizzativi dell'impresa nel cui contesto le mansioni debbono essere svolte. Si è in presenza di una tipica attività valutativa materialmente surrogabile ma giuridicamente infungibile. Essa, infatti incide sulla migliore combinazione dei fattori produttivi e sulla professionalità del dipendente (e, quindi, sull'idoneità dell'adempimento a soddisfare l'interesse creditorio), venendo quindi ad influenzare aspetti che sono di stretta pertinenza del datore di lavoro[465].

Va detto, peraltro, che la impossibilità per il lavoratore di agire esecutivamente non sarà indefinita. Infatti, se il datore di lavoro comunica le nuove mansioni equivalenti (e poi non consente al lavoratore di eseguirle), l'interessato potrà attivare la tutela in forma specifica per ottenere l'assegnazione ai nuovi compiti (ovviamente nei limiti indicati in precedenza). Se, invece, il titolare del rapporto non indichi per lungo tempo le nuove attività lavorative, il dipendente potrà agire per richiedere l'adibizione a quelle originarie specificate nella sentenza. In caso contrario l'inerzia del datore di lavoro diventerebbe un mezzo per eludere l'ordine del giudice e priverebbe l'interessato della possibilità di ottenere la tutela giurisdizionale, che è considerata dall'ordinamento come un bene di valore assoluto.

Da questo punto di vista particolare rilievo assumono gli artt. 388 e 650 del codice penale (che reprimono i comportamenti che eludono o violano i contenuti di provvedimenti giurisdizionali) e che dimostrano il rilievo attribuito dal sistema giuridico all'attuazione concreta del comando

---

[463] Cass., n. 6381/1997, cit., p. 588.

[464] Infatti, se il datore di lavoro determina immediatamente le nuove mansioni da espletare, il problema si pone nei termini usuali già esaminati.

[465] La valutazione della professionalità è in questo caso diversa rispetto a quella che il giudice effettua per verificare si vi è stata una dequalificazione. In questo caso, infatti, il datore di lavoro ha già assegnato il dipendente a determinate mansioni ed ha quindi individuato l'interesse creditorio ed al magistrato si chiede solo di verificare se è stato rispettato il criterio dell'equivalenza. Nella ipotesi descritta nel testo, invece, il giudizio sulla professionalità è funzionale alla individuazione di nuove mansioni non ancora identificate, la cui concreta specificazione da parte del giudice significherebbe sostituirsi al datore di lavoro nella determinazione dell'interesse creditorio.

giudiziale. Senza contare, poi, che l'art. 24 della Costituzione è stato interpretato come diretto a garantire non solo l'accesso al giudizio ma anche l'effettività della tutela dei diritti ed interessi legittimi, che trova nella piena realizzazione del provvedimento giurisdizionale un momento di vitale importanza[466] e che può quindi considerarsi come un principio di carattere costituzionale.

Inoltre il datore di lavoro non può paralizzare l'attività esecutiva del lavoratore finalizzata ad imporre coattivamente l'obbligo ad essere riadibito alle mansioni originarie. Si pensi al caso in cui, dopo la lettura della sentenza, il titolare del rapporto manifesti espressamente la volontà di non voler riammettere il dipendente nelle attività professionali svolte in precedenza e gli comunichi di restare a casa o emetta un provvedimento ulteriore di gestione del rapporto (ad esempio disponga un trasferimento). La condanna giudiziale al *facere* infatti (nei confronti della quale il datore di lavoro assume la veste di debitore) è del tutto autonoma rispetto agli atti di gestione del rapporto, che potranno concretamente essere operativi solo *dopo* la piena esecuzione del comando giudiziale (che, altrimenti, non potrebbe mai essere eseguito e che sarebbe sempre possibile "svuotare" di contenuto attraverso una semplice manifestazione di volontà contraria). L'elusione dell'ordine del giudice, infatti, si pone in contrasto con il particolare rilievo (già esaminato) che l'ordinamento attribuisce alla sua concreta realizzazione. Soltanto quando il provvedimento giurisdizionale è stato attuato il datore di lavoro potrà "disporre" del contratto, impedendo l'effettuazione delle prestazioni (con un'ipotesi di *mora accipiendi*) o trasferendo il dipendente e così via[467].

In sostanza, la combinazione tra la sentenza che ordina la reintegrazione nelle precedenti mansioni e l'impossibilità di eludere il contenuto della pronuncia giurisdizionale con atti di rifiuto o di disposizione della prestazione consentirà al lavoratore il ripristino della situazione antecedente alla dequalificazione (e con l'unico limite, più volte esaminato, della effettiva coercibilità o meno dell'obbligo). In concreto, quindi, l'insieme di tali elementi garantirà, in questo caso, un vero e proprio diritto a riprendere il lavoro, da non confondere con il diritto alla esecuzione della prestazione (che non attiene al solo momento di ricostituzione forzosa della statuizione contenuta nella sentenza, ma esprime una posizione soggettiva stabile, che si proietta sull'intero rapporto di lavoro), la cui esistenza in generale è stata già contestata.

13. Il trasferimento illegittimo del lavoratore

La sentenza che accerta che lo spostamento da un'unità produttiva ad un'altra è avvenuto in assenza delle comprovate ragioni tecniche ed organizzative abilita il lavoratore a richiedere di tornare a lavorare nell'originario posto di lavoro.

---

[466] RAPISARDA, TARUFFO, 1989, pp. 8 - 9; RAPISARDA, 1987, p. 77 ss.; PROTO PISANI 2003a, pp. 160 – 161; DI MAJO, 2001, p. 108 ss., p. 132 ss.

[467] Una conferma della tesi sostenuta nel testo è rinvenibile in quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, dopo l'ordine di reintegrazione ai sensi dell'art. 18 l. 300/1970, "il datore di lavoro deve in via *prioritaria* ammettere il dipendente nel posto di lavoro – *non potendo egli sottrarsi all'effetto ripristinatorio proprio della sentenza che contiene tale ordine* – esclusivamente nel luogo in cui si era precedentemente svolto" (Cass., 23 novembre 1993, n. 11578, in *NGL*, 1994, p. 189 ed altre ivi citate; conf. Cass., 2 luglio 1999, n. 6847) (il corsivo è stato da me inserito). Pur se riferito ad un'ipotesi diversa, non vi è dubbio che la decisione sottolinea la priorità anche temporale dell'esecuzione del comando giudiziale che non può essere aggirato con un provvedimento – come il trasferimento – di gestione del rapporto di lavoro.

Alcuni orientamenti giurisprudenziali ritengono utilizzabile, anche in questo caso, l'art. 18 dello statuto dei lavoratori[468], con possibilità di disporre la reintegra nel posto di lavoro di colui che è stato trasferito in violazione dell'art. 2103 cod. civ. Tuttavia, è facile obiettare che la norma indicata è espressamente riferita al licenziamento illegittimo e che la sua estensione oltre gli ambiti indicati, significa forzarne il contenuto (oltre che negarne il carattere eccezionale e la sua non applicabilità in via analogica)[469].

In realtà, anche in questo caso la possibilità della tutela in forma specifica è legata al diritto sostanziale violato (il mutamento di sede senza l'osservanza dell'art. 2103 cod. civ.) ed al tipo di provvedimento che viene emesso dal magistrato. Il lavoratore, oltre a chiedere l'accertamento dell'illegittimità del trasferimento, può domandare anche di essere riadibito a svolgere le sue prestazioni nel luogo originario di adempimento. Infatti, l'invalidità del provvedimento del datore di lavoro riattribuisce al dipendente, quale effetto giuridico "fisiologico", il diritto a svolgere la prestazione lavorativa nella precedente sede da cui è stato spostato in violazione della legge. In questa situazione la sentenza, se accoglie la domanda, impone la "condanna ad un *facere*"[470], che consente la tutela in forma specifica, perché impone al datore di lavoro un obbligo di fonte legale (fondato sull'ultimo comma dell'art. 2103) che, anche in tale ipotesi, viene realizzato con l'accoglimento di una richiesta finalizzata a ripristinare la situazione preesistente.

La decisione del giudice non crea, a carico del datore di lavoro, un obbligo a far lavorare, ma impone al titolare del rapporto, se intende ricevere le prestazioni lavorative, di consentire al dipendente di effettuarle in un determinato luogo ed il lavoratore può chiedere l'esecuzione coattiva. Ovviamente, la concreta possibilità di essere forzosamente riadibito al lavoro è strettamente connessa al tipo di mansioni svolte, alla struttura organizzativa dell'impresa ed agli elementi già in precedenza esaminati ed è quindi sufficiente rinviare a quanto già detto (anche in relazione all'impossibilità per il datore di lavoro di paralizzare il provvedimento del giudice con atti di disposizione del rapporto che eludano il comando giudiziale).

14. La cassa integrazione guadagni

Il problema della tutela specifica sussiste anche in relazione alla sospensione dal lavoro ed alla collocazione in cassa integrazione dei dipendenti interessati[471]. La questione si è posta in particolare per la scelta dei lavoratori da mettere in c.i.g. e, nel caso di violazione dei criteri selettivi, per l'effettiva possibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di essere riadibiti al lavoro. La giurisprudenza si è in alcuni casi espressa in forma negativa, in base al principio che la riammissione in servizio ordinata dal giudice non potrebbe essere imposta coattivamente, per " l' 'inammissibilità' di una condanna ad un '*facere*' infungibile e (per) l' 'incoercibilità' dell'ordine medesimo in sede di esecuzione forzata"[472] con una tesi che non può essere accolta, perché

---

[468] Cass., 24 novembre 1993, n. 11578, cit., p. 189; Cass., 19 novembre 1996 n. 10109, in *MGL*, 1997, p. 39 ss.

[469] A questa ipotesi sono estensibili le considerazioni già svolte in relazione al mutamento di mansioni (v. *retro* il § 12 (testo e note 171 ss.).

[470] Cass., n. 6381/1997, cit. nella precedente nota 176.

[471] GHERA, 1989, p. 1110 ss.

[472] Cass., 1 febbraio 1993, n. 1178, in *GC*, 1993, I, p. 2443 ss.

sembra presupporre un generale principio di non attuazione della tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro che, in coerenza con quanto già detto, è priva di fondamento.

In relazione ai criteri di scelta dei lavoratori da collocare in c.i.g. ed alla eventuale "rotazione" dei dipendenti interessati, il potere unilaterale di sospensione potrebbe trovare fondamento in un accordo sindacale[473], per mezzo del quale il datore di lavoro si "autolimiti", accettando di sospendere alcuni dipendenti con determinate caratteristiche e/o assumendo l'obbligo di garantire l'alternanza tra coloro che lavorano e quelli sospesi. In questa ipotesi, la violazione del diritto del lavoratore a non essere allontanato dal lavoro o a rientrare quando sia il suo turno implica una responsabilità per inadempimento contrattuale[474]. In sostanza, il lavoratore che non doveva subire la c.ig. (e che invece è stato illegittimamente sospeso) o al quale viene impedito di tornare al lavoro è titolare di un diritto, fondato sull'accordo aziendale, a riprendere l'attività lavorativa, a cui corrisponde un correlativo obbligo del datore di lavoro eseguibile in forma specifica.

Per la cassa integrazione straordinaria l'art. 1, commi 7 ed 8, della l. n. 223 del 1991 individua un diritto alla rotazione, che può essere derogato soltanto in presenza di "ragioni di ordine tecnico – organizzativo connesse al mantenimento dei normali livelli di efficienza", la cui violazione può comportare la possibilità di ottenere ripristino della funzionalità del rapporto. Infatti il lavoratore ha diritto a rientrare al lavoro e l'obbligo a carico del datore di lavoro, se non è eseguito e la mancata esecuzione non è basata su valide cause giustificative, può concretizzarsi in una condanna ad un *facere* che può essere coattivamente imposta.

Un consolidato orientamento giurisprudenziale ritiene che, nella individuazione dei lavoratori da porre in cassa integrazione, il potere di scelta del datore di lavoro è soggetto a limiti esterni, correlati al divieto di discriminazione di cui all'art. 15 della l. n. 300 del 1970 ed ai principi di correttezza e buona fede, ed a limiti interni connessi all'osservanza di criteri obiettivi, razionali e coerenti con le finalità specifiche dell'istituto[475]. La violazione dei limiti interni e degli art. 1175 e 1375 cod. civ. comporta, sempre per la giurisprudenza indicata, l'annullabilità della sospensione ed il risarcimento del danno. La lesione del divieto di discriminazione, invece, determina la nullità delle sospensioni con effetti ripristinatori[476].

Nel caso di discriminazione, vietata dall'art. 15 della l. n. 300 del 1970 e dalla ulteriore disciplina emanata in materia[477], la tutela specifica è azionabile in primo luogo per effetto del provvedimento del giudice che, disponendo la "rimozione degli effetti", concretizza il diritto a non subire la discriminazione, creando un vero e proprio obbligo di fonte giudiziale al ripristino della situazione preesistente. Va detto, peraltro, che alla stessa conclusione si perviene nel caso in cui il lavoratore non azioni i procedimenti speciali previsti dalla normativa antidiscriminatoria. Infatti, se la sospensione dal lavoro è conseguenza della violazione dei divieti previsti dalla legge, il

---

473 GHERA, 1989, p. 1112.

474 In tal senso Cass., 4 marzo 2000, n. 2468, che, in relazione all'ipotesi indicata nel testo, afferma il principio della responsabilità contrattuale, anche se limita gli effetti dell'inadempimento al risarcimento del danno.

475 Cass., 24 gennaio 1991, n. 670; Cass., 27 dicembre 1991, n. 13941; Cass., 6 giugno 1995, n. 6338, in *GI*, 1996, I, 1, p. 796; Cass., 11 maggio 2000, n. 302; Cass., 23 dicembre 2002, n. 18296 e molte altre.

476 Per le indicazioni giurisprudenziali e dottrinali si rinvia a COSIO, 2004, p. 1257 ss.

477 V. *retro* il § 7.

lavoratore, che non doveva essere sospeso per ragioni di razza, sesso religione ecc., ha altresì il diritto alla ricostituzione della situazione preesistente lesa dal comportamento illegittimo, che trova fondamento in una posizione sostanziale espressamente tutelata dalla legge a cui corrisponde un obbligo del datore di lavoro di rimuoverla mediante la cessazione della sospensione dal lavoro e la reintegra nell'attività lavorativa.

La situazione è diversa quando il diritto a non essere sospeso non trovi fondamento in obbligo contrattuale o legale (come quelli descritti), ma scaturisca dalla violazione della disciplina generale della c.i.g. (ad esempio per il diniego della concessione del provvedimento di autorizzazione o per violazioni di tipo procedurale) o dal mancato rispetto degli artt. 1175 e 1375 cod. civ.[478] In questi casi, infatti, le disposizioni violate incidono sul diritto del datore di lavoro a procedere alla sospensione ma non garantiscono una posizione soggettiva piena al lavoratore a cui corrisponde un obbligo di ripristino delle condizioni preesistenti. In questo caso, in definitiva, a differenza di quanto accade nelle ipotesi in cui legge o autonomia contrattuale diversamente dispongano (attribuendo all'interessato uno *specifico* diritto a non essere sospeso o a rientrare al lavoro), la violazione della normativa c.i.g. determina soltanto una illegittima sospensione del rapporto di lavoro con la conseguente applicazione della disciplina della *mora accipiendi* (e senza che vi sia spazio per la tutela coattiva).

In tutte le ipotesi in cui la legge o il contratto tutelino direttamente il lavoratore, il dipendente non avrà il diritto ad eseguire la prestazione lavorativa, ma solo quello ad essere reinserito nel contesto produttivo ed a riprendere la sua normale attività, con le problematiche già analizzate in precedenza. Inoltre, dopo avere individuato le posizioni soggettive tutelabili, è sufficiente rinviare alle osservazioni già svolte in relazione alla concreta eseguibilità coattiva degli obblighi (distinguendo, tra l'altro, la vera e propria reintegra nel posto di lavoro dall'esercizio dei diritti sindacali da parte dei cassa integrati) ed alla impossibilità di "paralizzare" il provvedimento del giudice che impone il rientro al lavoro con atti del datore di lavoro di disposizione del rapporto finalizzati ad eludere l'ordine del magistrato[479].

15. Il risarcimento del danno in forma specifica

Nell'ambito dei rimedi generali previsti dal codice civile, l'analisi non può prescindere dall'istituto previsto dall'art. 2058 del codice civile. Il risarcimento del danno in forma specifica è un tema di tale complessità da impedirne un adeguato approfondimento in questa sede (anche limitatamente ai soli aspetti connessi al diritto del lavoro)[480]. Per evidenti ragioni pratiche si dovrà pertanto rinviare ai risultati interpretativi acquisiti dai prevalenti orientamenti dottrinari e giurisprudenziali.

L'istituto disciplinato dalla norma del codice, applicabile anche nell'ambito della responsabilità

---

[478] Si rinvia, sul punto, alle sentenze citate da COSIO, 2004, p. 1256 ss.

[479] Su tali aspetti, v. *retro* i §§ 4, 6 e 7.

[480] Sul tema, e senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano SCOGNAMIGLIO, 1957, p. 201 ss.; TUCCI, 1968, p. 70 ss.; FRANZONI, 1993, p. 1079 ss.; CIAN, 1998, p. 753 ss.; D'ADDA, 2002.

contrattuale[481], ha la finalità di garantire al danneggiato, in alternativa o insieme al risarcimento pecuniario per equivalente monetario, la "riparazione in natura" del pregiudizio subito, consistente nella "prestazione di una cosa uguale a quella distrutta,… nella riparazione materiale delle avarie cagionate alla cosa" o "…nell'eseguire a spese dell'obbligato le opere necessarie a ricondurre la cosa nello stato primitivo"[482]. In tempi più recenti, inoltre, si è affermato che la reintegrazione in natura si potrebbe tradurre anche in forme di tutela inibitoria. In sostanza, con l'art. 2058 cod. civ., oltre alla riparazione del danno già subito, si potrebbe ottenere una pronuncia che determini la cessazione dell'attività illecita, attribuendo alla norma la funzione di reprimere condotte a carattere continuativo ed iterativo che, oltre ad avere già provocato dei danni, siano tali da potere arrecare ulteriori pregiudizi anche in futuro[483]. Un'altra possibile variante di questa forma di tutela è stata rinvenuta nella possibilità di attribuire al danneggiato una somma di denaro corrispondente ai costi affrontati per il ripristino della situazione preesistente (ed in questo caso si è parlato di "risarcimento pecuniario in forma specifica")[484]. L'applicazione della disposizione del codice, comunque, è condizionata al duplice limite della possibilità (totale o parziale) della reintegrazione in natura e del fatto che essa non sia eccessivamente onerosa per il debitore[485].

Nell'ambito del diritto del lavoro, l'art. 2058 è stato di recente utilizzato per regolare mancato godimento delle ferie, ritenendo che la disposizione indicata consenta al lavoratore di usufruire del periodo feriale anche al di fuori dell'anno di riferimento, a condizione che non vi siano "concrete esigenze aziendali ostative al recupero" del riposo annuale[486].

Il risarcimento del danno regolato dalla norma del codice civile ha, nel rapporto di lavoro, ambiti applicativi che coincidono con i risultati a cui è pervenuta la riflessione civilistica in materia e che potrebbero aprire spazi di intervento in parte riconducibili alla tradizione ed in parte di carattere innovativo. Si pensi al caso di una dequalificazione che, oltre a determinare un consistente danno alla professionalità, produca uno stato depressivo tale da ledere la salute (e che richieda costose cure presso una clinica privata). Il lavoratore, invece di rivendicare il risarcimento economico connesso al pregiudizio alla professionalità ed a quello biologico, potrebbe reclamare una tutela ripristinatoria. Ad esempio, potrebbe pretendere che la professionalità persa venga ricostruita tramite un corso di riqualificazione, visto che il risarcimento in forma specifica "è attività che mira a rimettere il danneggiato nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato senza la commissione dell'illecito dannoso"[487]. Inoltre potrebbe richiedere che le spese mediche necessarie per il

---

[481] D'ADDA, 2002, p. 5 nota 9 (con ulteriori indicazioni bibliografiche). Ma si veda anche FRANZONI, 1993, p. 1099 ss., il quale, pur rilevando come la giurisprudenza sia orientata nel senso indicato nel testo (ad es. Cass., 29 maggio 1995, n. 6035; Cass., 25 luglio 1997, n. 6985), solleva perplessità sul punto.

[482] Cass., 3 agosto 1960, n. 2269, in *GI*, 1962, I, 1, p. 472. Le manifestazioni tipiche di questa forma di tutela "si rinverrebbero nella condanna alla restituzione della cosa illecitamente sottratta, nella prestazione di cosa uguale a quella distrutta, nella distruzione di quanto illecitamente fatto, nel rifacimento di quanto illecitamente disfatto" (D'ADDA, 2002, p. 25).

[483] D'ADDA, 2002, pp. 43 ss. e 306 ss. (che sottolinea come la giurisprudenza utilizzi l'art. 2058 in funzione inibitoria particolarmente nell'ambito della tutela della salute ed a cui si rinvia per l'esame delle sentenze in materia).

[484] D'ADDA, 2002, p. 60 ss. (a cui si rimanda per le indicazioni giurisprudenziali).

[485] Si veda sul punto, per tutti, FRANZONI, 1993, pp. 1124 ss. e 1130 ss.

[486] Cass., 21 marzo 2001, n. 2569, in *ADL*, 2001, p. 695 ss., qui p. 698, con osservazioni di VALLEBONA, 2001, p. 633 ss.

[487] D'ADDA, 2002, p. 58.

ricovero e le cure siano pagate direttamente dal datore di lavoro[488]. Ovviamente le pretese risarcitorie indicate dovrebbero sempre soddisfare il requisito della "possibilità" (e, negli esempi indicati, non vi sono problemi particolari) e quella della non eccessiva onerosità (con una valutazione da effettuare caso per caso).

In sostanza, quando si può richiedere un danno risarcibile non forfettizzato dalla legge esclusivamente con una somma di denaro[489] o ulteriore rispetto a quello espressamente previsto per equivalente pecuniario[490], vi sarà spazio per l'applicazione dell'art. 2058 cod. civ. nei limiti previsti dalla stessa norma[491].

Per quanto attiene alle ferie non godute, si è obiettato che la questione non può essere risolta in base ai principi del risarcimento in forma specifica, ma in coerenza con quelli in tema di adempimento tardivo. Infatti "se il datore di lavoro non adempie l'obbligo di concedere le ferie, delle due l'una: o il godimento delle ferie è ancora utile per il recupero delle energie e la realizzazione extralavorativa della persona del lavoratore ed allora è possibile l'adempimento tardivo con la concessione delle ferie oltre l'anno; oppure, se per il tempo trascorso o l'eccessiva quantità di ferie arretrate non è più seriamente prospettabile l'assolvimento della funzione tipica delle ferie, non resta che retribuire il lavoro aggiuntivo prestato in violazione delle norme a tutela del lavoratore"[492]. In realtà, in base ai principi generali, il creditore (lavoratore) potrebbe rifiutare l'adempimento tardivo anche quando esso, pur se possibile (in relazione alle esigenze organizzative dell'impresa) sia tale da non soddisfare più il suo interesse al godimento del periodo di riposo al di fuori dell'anno di riferimento e potrebbe quindi denunciare l'inadempimento e chiedere il risarcimento del danno[493]. Il pregiudizio subito, tra l'altro, potrebbe anche eccedere l'entità dell'indennità sostitutiva[494]. Tuttavia, non vi potrebbe essere mai spazio per la tutela in forma specifica (il godimento effettivo delle ferie), perché, se il lavoratore rivendica il diritto a fruire del riposo annuale in un periodo successivo a quello contrattualmente previsto, in sostanza ammette di avere un concreto interesse all'adempimento tardivo il quale, se materialmente realizzabile, deve essere soddisfatto con l'esecuzione dell'obbligo contrattuale senza poter ricorrere alla tecnica

---

488 Anche in questo caso, comunque, vi sarebbe la possibilità del cumulo tra risarcimento pecuniario e quello in forma specifica.

489 Si pensi all'indennità risarcitoria per il licenziamento ingiustificato predeterminata in un minimo e massimo dall'art. 8 della l. n. 604 del 1966.

490 Come nel caso dei danni aggiuntivi (e diversi dalla semplice perdita della retribuzione) conseguenti ad un licenziamento illegittimo nell'area di applicazione dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori.

491 Ad esempio se, in conseguenza di un licenziamento ingiustificato e della perdita della retribuzione, il lavoratore ha dovuto contrarre un mutuo, egli potrà chiedere la condanna del datore di lavoro a pagare direttamente gli interessi convenzionali, sempre che tale esborso non sia eccessivamente oneroso per il debitore.

492 VALLEBONA, 2001, p. 633.

493 Infatti il rifiuto di ricevere la prestazione tardiva da parte del creditore che non ha ancora agito per l'inadempimento sarà legittimo non solo nel caso in cui la mancata esecuzione della prestazione si è protratta oltre un termine essenziale, ma ogni volta che il ritardo debba considerarsi inadempimento grave per essere venuto meno l'interesse del creditore a ricevere la prestazione in conseguenza del lungo tempo trascorso (Cass., 6 giugno 1997, n.5086, in *FI*, 1997, I, p. 2446; Cass., 9 luglio 1997, n. 6224; Cass., 8 maggio 1996, n. 4260; Cass., 28 ottobre 1995, n. 11279 e molte altre. In dottrina si vedano SACCO, 1993, p. 601; CARNEVALI, 1990, p.93 ss., particolarmente p. 98 ss.).

494 Infatti, a prescindere dalla qualificazione retributiva o risarcitoria dell'indennità sostitutiva, il mancato godimento delle ferie potrebbe produrre danni ulteriori (come, ad esempio, un danno alla salute per eccessivo stress da lavoro).

ripristinatoria prevista dall'art. 2058 cod. civ.[495]. Mentre se la concessione tardiva del periodo di riposo annuale non è più possibile per ragioni organizzative o di altro genere (escludendo l'adempimento da parte del datore di lavoro oltre l'anno di riferimento), il risarcimento in natura non potrebbe comunque essere richiesto, perché esso è sempre condizionato al requisito della "possibilità" previsto dalla norma del codice civile[496].

L'art. 2058, dunque, si presta ad essere utilizzato nelle ipotesi risarcitorie prima indicate (e con i limiti già analizzati). Per quanto attiene, invece, al possibile uso del risarcimento in forma specifica quale strumento per garantire effetti ripristinatori o di carattere inibitorio, la situazione è diversa. In alcuni casi, la cessazione dell'illecito per il futuro o la ricostituzione della situazione preesistente è garantita da norme speciali (ad es. l'art. 18 dello statuto dei lavoratori) che non lasciano spazio ad altri istituti giuridici. In altri casi il lavoratore dispone di strumenti processuali molto più efficaci, come nell'ipotesi dell'art. 28 dello statuto o delle disposizioni a tutela delle discriminazioni, che attraverso l'ordine di cessazione dell'illecito e la rimozione degli effetti sono certamente tali da garantirgli il risultato atteso (in mancanza, oltretutto, dei limiti dell'art. 2058, in relazione alla "possibilità" e "non eccessiva onerosità"). Senza contare, tra l'altro, l'effetto dissuasivo (prima) e sanzionatorio (poi) realizzato con la previsione, da parte delle norme speciali prima indicate, di *astreinte* o di norme penali.

Infine vi è un ulteriore considerazione: i rimedi consistenti nella coazione all'adempimento di obblighi contrattuali (la cui attuazione viene realizzata tramite sentenze di condanna ed il relativo processo esecutivo), se pongono i consueti problemi di fungibilità/infungibilità dei comportamenti da imporre (in misura analoga alla "possibilità" della reintegrazione prevista dall'art. 2058), non presentano l'ulteriore limite della eccessiva onerosità per il debitore e si prestano, quindi, ad una utilizzazione più ampia e più favorevole per il lavoratore.

16. Conclusioni

L'ampia analisi svolta dimostra come l'esecuzione in forma specifica abbia spazi di intervento assai più estesi di quelli nei quali è stata confinata dai prevalenti orientamenti dottrinari e giurisprudenziali, anche perché le innovazioni tecnologiche ed organizzative nei modi di produrre e lavorare hanno in molti casi valorizzato l'autonomia operativa del lavoratore ed hanno quindi ridotto l'ambito dei poteri imprenditoriali "infungibili" che hanno costituito il principale ostacolo alla reale utilizzazione di questa forma di tutela. Tra l'altro, le eventuali obiezioni sui limiti connessi ai provvedimenti inibitori (che spesso caratterizzano gli strumenti processuali previsti dall'ordinamento) o alla possibilità di paralizzare il comando giudiziale con atti di disposizione del rapporto possono essere superate in base alle considerazioni in precedenza svolte. Senza contare, inoltre, che la legge o l'autonomia collettiva e/o individuale garantiscono un'ampia serie di diritti e di specifici procedimenti giurisdizionali che aprono la strada ad una diffusa utilizzazione della tutela

---

[495] La richiesta di usufruire delle ferie, infatti, dimostra che a giudizio del lavoratore il ritardo nel godimento non è così grave da legittimare il rifiuto dell'adempimento tardivo e che egli ha ancora interesse all'esecuzione della prestazione (v. *retro* la dottrina e la giurisprudenza citate nella nota 209).

[496] Se il periodo annuale di godimento delle ferie dovesse essere ritenuto un termine essenziale (art. 1457 cod. civ.) vi sarebbero le seguenti alternative: o il lavoratore, entro i tre giorni previsti dalla norma del codice, manifesta il suo interesse all'adempimento tardivo ed allora l'art. 2058 non sarebbe utilizzabile per le ragioni già spiegate. Oppure, se il dipendente tace e si verifica un inadempimento definitivo, si apre la strada al risarcimento del danno, che potrà essere realizzato in forma specifica soltanto se vi sarà la "possibilità" (esclusa, quando vi siano esigenze organizzative o di altro genere che impediscano il godimento ultrannuale).

in forma specifica.

In realtà l'atteggiamento negativo delle interpretazioni dominanti sul tema studiato è influenzato, in primo luogo, da impostazioni di tipo tradizionale che, in un'ottica tipicamente individualista, esaltano la libertà del debitore di scegliere tra adempimento o danno da inadempimento a detrimento della facoltà del creditore di ottenere concretamente la prestazione promessa nel contratto. Nel diritto del lavoro, peraltro, vi è anche il riflesso di un'impostazione ideologica secondo la quale all'impresa deve essere garantita una sorta di "immunità" rispetto a qualsiasi intervento che tende a ripristinare in modo effettivo i diritti dei lavoratori.

Si è rilevato come il dibattito sulla tutela in forma specifica risenta di un andamento "pendolare" (dal risarcimento del danno alla concreta attuazione dei diritti e viceversa) e che tale movimento esprima il contrasto tra due diverse concezioni: quella del modello individualistico liberale fondato essenzialmente sul primato del risarcimento pecuniario, inteso come sanzione tipica di un'economia di mercato (che tutto riduce all'unità di misura del denaro) e quella di tipo solidaristico, che vede nella tutela in forma specifica un mezzo (non necessariamente alternativo al risarcimento del danno) per realizzare l'effettiva realizzazione dei diritti dell'individuo[497]. Nell'epoca attuale, l'ampliamento, operato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, dei confini del pregiudizio risarcibile (si pensi alla recente tematica del danno esistenziale o al fenomeno, tipicamente lavoristico, del *mobbing*) costituisce una significativa espressione della concezione che vede nel "mercato" un valore assoluto e che considera il risarcimento come strumento privilegiato di tutela. Questa tendenza si è diffusa anche nel diritto del lavoro, come dimostra la forte accentuazione della tecnica risarcitoria e l'estensione delle forme di danno.

La valorizzazione del risarcimento pecuniario non è di per sé un fatto negativo, a condizione che non diventi la forma esclusiva di protezione del lavoratore. Va ricordato, infatti, che, come già insegnava Porto Pisani parecchi anni fa, il diritto del lavoro è il luogo privilegiato nel quale la reintegrazione patrimoniale è la meno adeguata a garantire i diritti fondamentali della persona che non possono essere surrogati dal pagamento di una somma di denaro e che reclamano l'effettiva attuazione delle situazioni soggettive lese. Senza contare, inoltre, che anche in ambito civilistico, la tutela in forma specifica ha visto una significativa "rinascita" legata all'inadeguatezza delle tecniche risarcitorie nel garantire l'efficienza del mercato e l'attuazione dello scambio[498].

Senza voler negare l'importanza del risarcimento per equivalente pecuniario (che costituisce sempre uno strumento fondamentale di protezione nelle situazioni di vantaggio a carattere patrimoniale e non) credo che occorra valorizzare la tutela in forma specifica in un'ottica più "realistica".

In molti casi, il vero ostacolo all'attuazione coattiva dei diritti del lavoratore è data non dalla incoercibilità dell'obbligo, quanto dalla "macchinosità" degli strumenti processuali (ad esempio l'utilizzazione dell'ufficiale giudiziario per il reinserimento del lavoratore in azienda e per la realizzazione degli altri obblighi fungibili già descritti) e dalla difficoltà di imporre la presenza del dipendente in un ambiente dove non si è desiderati e dove il datore di lavoro ha gli strumenti più

---

[497] MAZZAMUTO, 2003, p. 8 ss.

[498] V. *retro* il § 2 (testo e note 10 ss.).

disparati per rendere impossibile la vita dell'interessato (anche se la tutela contro il *mobbing* ha in qualche misura ridotto le possibilità del datore di lavoro di "costringere" il lavoratore a rinunciare al posto)[499]. In questi casi, le forme di coazione indiretta all'adempimento (il danno in funzione di *astreinte*, la sanzione penale, le sanzioni economiche) possono svolgere una più efficace funzione compulsiva che spinga il datore di lavoro ad adempiere spontaneamente e che rendano, quindi, meno "traumatico" il rientro del lavoratore in azienda o il ripristino del diritto leso e che sanzionino in modo efficace la "ribellione" alla sentenza del giudice.

In altri contesti, dove la conflittualità è un'espressione fisiologica della vita aziendale (come nel caso dell'esercizio dei diritti sindacali) o dove è possibile surrogare in modo efficace il mancato adempimento spontaneo (come nel caso della violazione dell'obbligo di protezione previsto dall'art. 2087 cod. civ.), la tutela in forma specifica "diretta" (realizzata con gli strumenti del processo esecutivo) dovrebbe avere margini di applicazione più ampi (senza peraltro escludere le forme di coazione indiretta e il risarcimento del danno).

Se il diritto del lavoro è l'ambito nel quale si è realizzata una efficace combinazione tra tecniche di tutela risarcitorie e di esecuzione in forma specifica, occorre avere ben presente l'essenzialità di queste ultime (che sono tra l'altro fortemente sponsorizzate dal legislatore nazionale e comunitario, come dimostra la recente normativa in materia di protezione contro le discriminazioni). La finalità è quella di non dimenticare la "missione" del diritto del lavoro (garantire la realizzazione della personalità del lavoratore e ridurre lo squilibrio di poteri connessi alla gestione del rapporto) e in questo contesto la tutela in forma specifica può svolgere un ruolo molto importante che acquista anche il valore simbolico di rifiuto dell'idea della patrimonializzazione del lavoro e della riduzione a valore di mercato dei diritti fondamentali dei lavoratori.

17. Riferimenti bibliografici

AMOROSO G., DI CERBO V., MARESCA A., *Il diritto del lavoro – Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2001.

ARANGUREN A., *La tutela dei diritti*, Cedam, Padova, 1981.

BALANDI G. G., *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in *L'obbligazione di sicurezza*, in *QDLRI*, 14, Utet, Torino, 1994, p. 79 ss.

BALDASSARRE A., *Iniziativa economica privata*, in *ED*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 582 ss.

BARBIERI M., *Intervento*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Convegno di Foggia del 14 e 15 novembre 2003, p. 60 ss. (dattiloscritto della trascrizione degli atti).

BIANCA C. M., *Diritto civile – La proprietà*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1999.

BIANCHI D'URSO F., *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro,* Jovene, Napoli, 1980.

BIANCHI D'URSO F., VIDIRI G., *Luci ed ombre sulla nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in *MGL*, 2000, p. 722 ss.

[499] Va detto, peraltro, che l'onere, a carico del lavoratore, di provare i "comportamenti mobbizzanti" rende meno effettiva la tutela, per la difficoltà di reperire testimonianze o documenti che attestino "l'atteggiamento persecutorio" del datore di lavoro.

BOLEGO G., *Il nuovo apparato sanzionatorio*, in BROLLO M. (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale. D.lgs. n. 61/2000*, Ipsoa, Milano, 2001.

BORRÈ G., *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Jovene, Napoli, 1966.

CARNEVALI U., La *risoluzione per inadempimento*, in LUMINOSO A., CARNEVALI U., COSTANZA M., *Risoluzione per inadempimento*, in GALGANO F. (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, Zanichelli – Foro Italiano, Bologna – Roma, 1990, p. 39 ss.

CARPI F., *Riflessione sui rapporti fra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo*, in *RTDPC*, 2002, p. 381 ss.

CENDON P., *Le misure compulsorie a carattere pecuniario*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. I, Jovene, Napoli 1989, p. 293 ss.

CERRETA M., *La reintegrazione. I problemi e le prospettive*, in *ADL*, 2001, p. 833 ss.

CHIARLONI S., *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Giuffré, Milano, 1980.

CIAN G., *Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. V, Giuffrè, Milano, 1998, p. 753 ss.

CICCHITTO, *Profili processuali della tutela della parità tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *RDP*, 1996, p. 1187 ss.

CIMAGLIA M.C., *Gli aspetti giuridici della legge sul lavoro dei disabili*, in *LI*, 1999, n. 9, p. 11 ss.

CIUCCIOVINO S., *Commento all'art. 9 della l. n. 68/1999*, in *NLCC*, 2000, n. 6, p. 1403 ss.

COSIO R., *La cassa integrazione straordinaria*, in AMOROSO G., DI CERBO V., MARESCA A. *Il diritto del lavoro – Costituzione, codice civile, leggi speciali*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1250 ss.

D'ADDA A., *Il risarcimento in forma specifica*, Cedam, Padova, 2002.

D'ANTONA M., *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979.

D'ANTONA M., *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in DE LUCA M., D'ANTONA M., PROTO PISANI A., BARONE C.M., FANELLI O., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali (legge 11 maggio 1990 n. 108)*, in *FI*, 1990, V, p. 356 ss.

D'ANTONA M., *Tutela reale del posto di lavoro*, in *EGT*, vol. XXXI, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1994, p. 1 ss.

DELL'OLIO M., *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari,* in *DLRI*, 1987, p. 423 ss.

DI MAJO A., *Obbligo a contrarre*, in *EGT*, vol. XXI, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1990, p. 1 ss.

DI MAJO A., *Tutela risarcitoria*, in *EGT*, vol. XXXI, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1994, p. 1 ss.

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001.

FERRONI L., *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Jovene, Napoli, 1983.

FRANZONI M., *Fatti illeciti*, in GALGANO F. (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, Zanichelli – Foro Italiano, Bologna – Roma, 1993, p. 1079 ss.

FREDIANI F., *Note sull'effettività della reintegra nel posto di lavoro*, in *RGL*, 1978, I, p. 73 ss.

FRIGNANI A., *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. I, Jovene, Napoli, 1989, p. 359 ss.

GALGANO F., *Commento all'art. 41 della Costituzione*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, t. II, Zanichelli - Foro Italiano, Bologna – Roma, 1982.

GAROFALO D., *Disabili e lavoro. Profilo soggettivo*, in *DPL*, inserto, 1999a, n. 37.

GAROFALO D., *Disabili e lavoro. Profilo oggettivo e sanzioni*, in *DPL*, inserto, 1999b, n. 38.

GAROFALO M.G., *Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *RTDPC*, 1975, p. 574 ss.

GAROFALO M.G., *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, Napoli, 1979.

GAROFALO M.G., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, in *RGL*, 1990, I, p. 177 ss.

GHERA E., *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *DLRI*, 1979, p. 305 ss.

GHERA E., *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. II, Jovene, Napoli, 1989, 1077 ss.

GHERA E., *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *DLRI*, 1991, p. 633 ss.

ISENBURG L., *Divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1984.

LANFRANCHI L., *Situazioni giuridiche individuali a rilevanza collettiva ed attuazione della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in *RGL*, 1977, I, p. 343 ss.

LIBERTINI M., *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, in GALGANO F. (diretto da), *La concorrenza ed i consorzi*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, vol. IV, Cedam, Padova, 1981, p. 271 ss.

LIBERTINI M., *La tutela civile inibitoria*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. I, Jovene, Napoli, 1989, p. 315 ss.

LUISO F. P., *Esecuzione forzata in forma specifica*, in *EGT*, vol. XIII, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989, p. 1 ss.

MANDRIOLI C., *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *RDP*, 1975, p. 9 ss.

MANDRIOLI C., *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *RTDPC*, 1976, p. 1342 ss.

MARESCA A., *Rapporto di lavoro dei disabili e assetto dell'impresa*, in CINELLI M., SANDULLI P. (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili. Commentario alla l. n. 68 del 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 27 ss.

MAGRINI S., *Lavoro (contratto individuale)*, in *ED.*, vol. XXIII, Giuffré, Milano, 1973, p. 369 ss.

MARINO V., *La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro*, Angeli, Milano, 1990.

MAZZAMUTO S., *L'attuazione degli obblighi di fare*, Jovene, Napoli, 1978.

MAZZAMUTO S., *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 20, Utet, Torino, 1998, p. 298 ss.

MAZZAMUTO S., *La prospettiva civilistica*, *Relazione* in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Convegno di Foggia del 14 e 15 novembre 2003, p. 7 ss. (dattiloscritto della trascrizione degli atti).

MAZZOTTA O., *I licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 1999.

MENGONI L., *Intervento*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. I, Jovene, Napoli, 1989, p. 151 ss.

MONTESANO L., *Esecuzione specifica,* in *ED*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966, p. 524 ss.

MONTESANO L., *Obbligo a contrarre*, in *ED*, vol. XXIX, Giuffré, Milano, 1979, p. 508 ss.

MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Utet, Torino, 1994.

MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto*, Giuffré, Milano, 1967.

MONTUSCHI L., *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Angeli, Milano, 1986.

MONTUSCHI L., *Ambiente di lavoro*, in *DDPcom*, vol. I, Utet, Torino, 1987, p. 85 ss.

MORBIDELLI G., *Iniziativa economica privata*, in *EGT*, vol. XVII, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989, p. 1 ss.

NAPOLI M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Angeli, Milano, 1980.

NAPOLI M., *Licenziamenti*, in *DDPcom*, Utet, Torino, 1993, p. 58 ss.

NAPOLI M., *La prospettiva lavoristica*, *Relazione* in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Convegno di Foggia del 14 e 15 novembre 2003, p. 22 ss. (dattiloscritto della trascrizione degli atti).

NICOLINI G., *Tutela delle condizioni di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991.

NUZZO V., *Un'ipotesi di prelazione legale: il diritto di precedenza nelle assunzioni del cessionario*, di prossima pubblicazione in *MGL*, 2004, n. 5, p. 1 ss. (dattiloscritto).

OPPO G., *L'iniziativa economica*, in *RDC*, 1988, I, p., 309 ss.

PEDRAZZOLI M., *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1973, p. 1020 ss.

PERA G., *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Giuffré, Milano, 1965.

PERA G., *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980.

PERA G., *Assunzioni obbligatorie*, in *EGT*, vol. III, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1988, p. 1 ss.

PIVETTI M., *Le linee fondamentali della giurisprudenza in tema di tutela in forma specifica*, *Relazione* in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Convegno di Foggia del 14 e 15 novembre 2003, p. 46 ss. (dattiloscritto della trascrizione degli atti).

PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela di condanna*, in *RTDPC*, 1978, p. 1104 ss.

PROTO PISANI A., *Aspetti processuali della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *FI*, 1982, V, p. 117 ss.

PROTO PISANI A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Jovene, Napoli, 2003a.

PROTO PISANI A., *La prospettiva processualistica*, *Relazione* in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Convegno di Foggia del 14 e 15 novembre 2003, 2003b, p. 15 ss. (dattiloscritto della trascrizione degli atti).

RAPISARDA C., *Profili della tutela inibitoria*, Cedam, Padova, 1987.

RAPISARDA C., TARUFFO M., *Inibitoria (azione)*, in *EGT*, vol. XVII, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989, p 1 ss.

RENNA L., *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione*, Cacucci, Bari, 1984.

SACCO R., *Il contratto*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, t. 2, Utet, Torino, 1993, p. 583 ss.

SATTA S., *L'esecuzione forzata*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, vol. XV, Utet, Torino, 1963.

SCOGNAMIGLIO R., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *RTDPC*, 1957, p. 201 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Condotta antisindacale*, in *EGT*, vol. VII, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1988, p. 1 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1994.

SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro*, Laterza, Bari, 2003.

SILVESTRI E., TARUFFO M., *Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *EGT*, vol. XIII, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989, p. 1 ss.

SPEZIALE V., *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992.

SPEZIALE V., *La struttura del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *DLRI*, 1998, p. 289 ss.

TARUFFO M., *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione*, in *RTDPC*, 1976, p. 804 ss.

TARUFFO M., *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. I, Jovene, Napoli 1989, p. 63 ss.

TARUFFO M., *Reintegrazione nel posto di lavoro (profili processuali)*, in *EGT*, vol. XXVI, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1996, p. 1 ss.

TREU T., *Condotta antisindacale e comportamenti discriminatori*, Angeli, Milano, 1974.

TUCCI G., *Il danno ingiusto*, Jovene, Napoli, 1968.

TURSI A., *La nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili*, in *RGL*, 1999, I, p. 764 ss.

VALLEBONA A., *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, Padova, 1995.

VALLEBONA A., *La nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in *MGL*, 1999, p. 476 ss.

VALLEBONA A., *Ferie non godute, indennità sostitutiva e godimento differito*, in *ADL*, 2001, p. 633 ss.

ZOLI C., *Tutela in forma specifica e controllo dei poteri del datore di lavoro*, *Relazione* in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Convegno di Foggia del 14 e 15 novembre 2003, p. 1 ss. (dattiloscritto).

L'attuazione delle direttive sull'orario di lavoro tra vincoli comunitari e costituzionali*

Umberto Carabelli- Vito Leccese

1. Il d.lgs. n. 66 del 2003: un approdo definitivo o solo transitorio nella marcia per il recepimento delle direttive comunitarie in materia di orario di lavoro? 163

1.1 Sui profili di contrasto tra la nuova disciplina interna e la regolamentazione comunitaria 163

1.2 Segue. La questione della clausola di non regresso 167

2. Sui problemi di legittimità costituzionale della nuova disciplina 173

2.1. Sul potenziale contrasto con l'art. 36, co. 2°, Cost. 175

2.2. Sul potenziale contrasto con l'art. 36, co. 3°, Cost. 181

2.3. Sul potenziale contrasto con l'art. 76 Cost. 185

2.4. Sul potenziale contrasto con l'art. 39, Cost. 186

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 21/2004

1. Il d.lgs. n. 66 del 2003: un approdo definitivo o solo transitorio nella marcia per il recepimento delle direttive comunitarie in materia di orario di lavoro?

È forse ancora presto per dire se la lunga marcia verso l'attuazione della normativa comunitaria in materia di orario di lavoro si sia o meno conclusa in modo definitivo con l'emanazione del d.lgs. n. 66/1993, con cui - in virtù della delega conferita ad opera della l. n. 39/2002 (*Legge comunitaria 2001*) - è stata data «organica» trasposizione alla direttiva n. 93/104/Ce (come modificata dalla direttiva n. 2000/34/Ce), ora «codificata» con la direttiva n. 2003/88/Ce del 4 novembre 2003, la quale entrerà in vigore il 2 agosto 2004.

Questo, probabilmente, è da ritenere il convincimento del Governo in carica, pur se va segnalato, da un lato, che entro un anno dall'entrata in vigore del decreto si svolgerà una verifica - tra il Ministro del lavoro (nonché quello della Funzione pubblica, per quanto attiene ai pubblici dipendenti) e le organizzazioni datoriali e dei lavoratori comparativamente più rappresentative - la quale avrà ad oggetto lo «stato di attuazione» della nuova disciplina nella contrattazione collettiva[500]; dall'altro, che - ai sensi della legge delega - entro il medesimo termine il Governo potrà emanare decreti integrativi e correttivi[501]. Inoltre, un intervento nella materia sarà comunque necessario per dare attuazione ad altre direttive - la n. 1999/63/Ce (orario di lavoro della gente di mare) e n. 2000/79/Ce (orario di lavoro del personale di volo nell'aviazione civile) - il cui recepimento, nonostante la delega contenuta nell'art. 22 della l. n. 39/2002, non è stato realizzato con il d.lgs. n. 66[502], tanto che, a tal fine, è stata disposta una nuova delega ad opera della l. n. 306/2003 (*Legge comunitaria 2003*).

Di certo, non si può dire che quel convincimento sia del tutto condiviso in dottrina: già in alcuni dei primi commenti al decreto, infatti, non si è mancato di rilevare la presenza di profili di contrasto della nuova normativa sull'orario con quella comunitaria, che evidentemente, ove effettivamente esistenti, potrebbero implicare rilevanti effetti sul piano tanto del diritto comunitario che del diritto interno. Ed è specificamente da questi profili che è opportuno partire, dedicando ad essi la prima parte di questo studio.

1.1 Sui profili di contrasto tra la nuova disciplina interna e la regolamentazione comunitaria

In realtà, che il provvedimento attuativo della direttiva potesse manifestare problemi di contrasto con la normativa da questa dettata era forse prevedibile, in quanto, nel corso della tortuosa strada seguita per giungere ad esso, erano stati segnalati da più parti i rischi di potenziali conflitti tra la normativa interna di attuazione che si andava delineando e quella comunitaria.

A questo riguardo merita di essere ricordato che, ai sensi della legge delega, la normativa delegata avrebbe dovuto attenersi, da un lato, a taluni principi e criteri direttivi di carattere generale valevoli per tutte le deleghe legislative in essa previste, tra i quali venivano espressamente richiamati «quelli contenuti nelle direttive da attuare» (v. l'esordio dell'art. 2, co. 1°, l. n. 39/2003, alla cui lett. *f)* si specificava, altresì, che il Governo avrebbe dovuto assicurare «in ogni caso» la piena

---

[500] Art. 19, co. 1°, d.lgs. n. 66.
[501] Art. 1, co. 4°, l. n. 39/2002.
[502] Cfr. art. 2, co. 1°, d.lgs. n. 66.

conformità della disciplina delegata con le «prescrizioni delle direttive medesime»); dall'altro, anche ad ulteriori e più specifici principi e criteri direttivi, tra cui, in particolare, «la recezione dei criteri di attuazione di cui all'Avviso comune sottoscritto dalle parti sociali il 2.11.1997» (art. 22).

Tale *Avviso comune* costituiva, com'è noto, un'intesa intersindacale non dotata di efficacia normativa[503] (e probabilmente nemmeno obbligatoria), con cui le parti firmatarie (Confindustria e Cgil, Cisl e Uil) avevano inviato al Governo un messaggio comune, chiaro e formale sui contenuti della futura legge sull'orario da loro suggeriti. Ciò in coerenza sia con l'impegno, assunto dal Governo stesso nel Patto trilaterale per il lavoro del settembre 1996, di recepire appunto la direttiva «secondo quanto stabilito nella [futura] intesa tra le parti sociali», sia con quanto previsto, più in generale, dal successivo Patto sociale trilaterale per lo sviluppo e per l'occupazione del 1998, in cui era stato espressamente convenuto che «le intese tra le parti sociali costituiscono lo strumento prioritario affinché Governo e Parlamento adempiano agli obblighi comunitari, soprattutto in riferimento alle direttive che siano state emanate a seguito del dialogo sociale».

Ebbene, nei confronti dei contenuti dell'intesa intersindacale, da varie parti era stata ipotizzata la violazione di alcune norme della direttiva n. 93/104, evidenziandosi specialmente, da un lato, la mancata previsione, da parte dello stesso *Avviso comune*, di un limite massimo di durata settimanale della prestazione di lavoro - a fronte del limite di 48 ore previsto dalla normativa comunitaria, quantunque quale limite medio da calcolarsi su archi di tempo variabili (v. *infra*, par. 2.1) - e dall'altro l'arretramento di tutele che, sotto vari profili, la stessa intesa sanciva rispetto alla legislazione interna all'epoca vigente (la quale, invero, era già adeguata alle prescrizioni comunitarie sotto molti aspetti, per i quali non sarebbe stato dunque necessario nessun ritocco), e ciò in contrasto con il principio di non regresso previsto dalla medesima direttiva all'art. 18, par. 3 (ora art. 23, dir. n. 2003/88). Tale arretramento si manifestava con evidenza, in particolare, soprattutto nella proposta *abrogazione* di tutte «le disposizioni di legge che quantificano la durata massima normale della giornata di lavoro» e di quelle «sulla durata massima giornaliera e settimanale dello straordinario» (laddove è evidente che la salvezza delle disposizioni contrattuali vigenti, contestualmente richiesta dall'*Avviso comune*, non era di per sé sufficiente a soddisfare il vincolo comunitario di non regresso, data la notoria limitata efficacia soggettiva del contratto collettivo nel nostro ordinamento)[504].

Da alcuni autori (tra cui chi scrive) era stata così segnalata la necessità che, nonostante il rinvio effettuato dalla legge delega ai criteri di attuazione di cui all'*Avviso comune*, il Governo ovviasse accuratamente ai menzionati contrasti, attraverso un'accorta ed equilibrata normativa delegata di recezione che, nel rispetto del ruolo delle parti sociali, risultasse per quanto possibile conforme ai contenuti dell'intesa, ma che, al tempo stesso, li integrasse, o anche correggesse, ove richiesto

---

[503] V., tra i tanti, PICCININI, FERRARI, *Orario di lavoro ed esperienza sindacale*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 407; ICHINO, *Il tempo di lavoro nell'Unione europea. direttiva comunitaria e tendenze degli ordinamenti nazionali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, 164; FERRANTE, *Nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in Napoli M. (a cura di), *Il «Pacchetto Treu». Commentario sistematico alla l. 196/1997*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 1312; VALLEBONA, *Lavoro straordinario e disoccupazione*, in *Dir. lav.*, 1999, I, 56; LECCESE, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001, 424; in senso diverso, SUPPIEJ, in SUPPIEJ, DE CRISTOFARO, CESTER, *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, Cedam, Padova, 1998, 80 s.

[504] Per i vari profili, v. ICHINO, *Il tempo di lavoro nell'Unione europea...*, 166; LECCESE, *L'orario di lavoro...*, spec. 222 ss. e 424 ss.; ALLAMPRESE, *Riduzione e flessibilità del tempo di lavoro. Quadro normativo e poteri individuali*, Kluwer Ipsoa, Milano, 2003, 175 ss.

dall'ineludibile esigenza di privilegiare i principi e criteri direttivi derivanti dalla disciplina comunitaria, tra cui il predetto principio di non regresso[505] (ma sul punto si tornerà nel par. 1.2).

In realtà, nonostante l'impegno profuso dal Governo nel cercare di evitare conflitti tra la normativa interna e quella comunitaria, con l'accantonamento o superamento delle previsioni dell'*Avviso comune* in odor di violazione della direttiva (in particolare mediante l'introduzione, nell'art. 4 del decreto, del limite mobile delle 48 ore), la dottrina, già dai primi commenti del d.lgs. n. 66, ha comunque ritenuto - come s'è accennato - di poter individuare ulteriori profili di contrasto con la direttiva.

Tra questi si possono segnalare, quanto meno e senza pretesa di esaustività, i seguenti:

a) quanto alla disciplina dei lavoratori mobili[506], va sottolineato che il decreto, all'art. 17, co. 6°, prevede la loro esclusione dalle tutele di cui agli artt. 7, 8, 9 e 13[507]. Ebbene, la direttiva[508], pur consentendo una simile esclusione, richiede che gli Stati membri adottino in ogni caso (fatte salve talune ipotesi tassativamente escluse dalla medesima direttiva[509]) «le misure necessarie per garantire che tali lavoratori mobili abbiano diritto a un *riposo adeguato*»[510], cioè a quei «periodi di riposo regolari [...] lunghi e continui» che consentano di evitare che i lavoratori «a causa della stanchezza della fatica o di altri fattori che perturbano l'organizzazione del lavoro, causino lesioni a sé stessi, ad altri lavoratori o a terzi o danneggino la loro salute, a breve o a lungo termine»[511]. Al contrario, il legislatore delegato, pur introducendo la nozione di riposo adeguato[512], ha omesso del tutto di prevedere che esso debba essere comunque garantito ai lavoratori mobili, limitandosi al mero (e ben più generico) richiamo del necessario rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori[513]. Anche se si potrebbe riconoscere che proprio l'introduzione nel testo del d.lgs. della suddetta nozione di riposo adeguato possa consentire, pur in mancanza di un esplicito richiamo della medesima nel corpo del decreto, di effettuare un'interpretazione adeguatrice al dato comunitario, attribuendo uno specifico contenuto ai predetti più generici principi di tutela della sicurezza e della salute del lavoratore;

---

[505] CARABELLI, LECCESE, *Legge, autonomia collettiva e autonomia individuale nella disciplina dell'orario di lavoro in Italia*, Rapporto sull'Italia presentato al *Séminaire de recherche européen: Leçons d'une réduction de la durée du travail*, Bordeaux, 5-6 dicembre 2002, in *www. unicz.it/lavoro*, par. 3.3.

[506] La cui definizione è contenuta nell'art. 1, co. 2°, lett. *h)* del d.lgs. n. 66.

[507] Si tratta delle disposizioni in materia di riposo giornaliero, pause, riposo settimanale e durata del lavoro notturno.

[508] Cfr. art. 17-bis, dir. n. 93/104, introdotto dalla dir. n. 2000/34.

[509] Le uniche eccezioni ammesse dall'art. 17-bis, par. 2, sono quelle relative alle circostanze previste dall'art. 17, par. 2, punto 2.2 della direttiva, che si riferisce ai casi di cui all'art. 5, par. 4, dir. 89/391/Ce (il quale prevede, a sua volta, che gli Stati membri possono escludere o diminuire la «responsabilità dei datori di lavoro per fatti dovuti a circostanze loro estranee, eccezionali e imprevedibili, o a eventi eccezionali, le conseguenze dei quali sarebbero state comunque inevitabili, malgrado la diligenza osservata»), nonché ai casi di incidente o di rischio di incidente imminente.

[510] Art. 17-bis cit., par. 2.

[511] La definizione è contenuta nel n. 9 dell'art. 2, dir. n. 104, anch'esso introdotto dalla dir. n. 34.

[512] V. l'art. 1, co. 2°, lett. *l)*, d.lgs. n. 66, che ripropone pedissequamente la definizione comunitaria riportata in testo.

[513] V., ancora, l'art. 17, co. 6°, d.lgs. n. 66. In proposito v. LECCESE, *La nuova disciplina dell'orario di lavoro (d.lgs. n. 66/2003)*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/*2003, Cacucci, Bari, 2004, 218; RICCI G., *Le deroghe alla disciplina in materia di riposo giornaliero, diritto alla pausa, lavoro notturno e durata 'media' della prestazione di lavoro*, in LECCESE (a cura di), *La riforma dell'orario di lavoro* (titolo provvisorio), IPSOA, Milano, di prossima pubblicazione, par. VIII.

b) per quanto attiene alla tutela dei lavoratori turnisti, la direttiva stabilisce che per costoro devono essere previste specifiche misure atte a garantire che anch'essi, al pari dei lavoratori notturni, beneficino «di un livello di protezione in materia di sicurezza e salute adattato alla natura del loro lavoro» e di «servizi o mezzi appropriati di prevenzione e protezione [...] equivalenti a quelli applicabili agli altri lavoratori e [...] disponibili in ogni momento»[514]. Nel decreto delegato, invece, una specifica disciplina in materia è limitata ai soli lavoratori notturni, mentre la definizione di «lavoro a turni» e di «lavoratore a turni»[515] finisce per essere rilevante soprattutto al fine di stabilire l'ambito di operatività delle deroghe ammesse dal decreto, come già dalla direttiva[516], rispetto al riposo settimanale[517] e al riposo giornaliero[518];

c) in tema di durata massima della prestazione, l'art. 4, co. 1°, del decreto, nel rimettere ai contratti collettivi di lavoro il compito di fissare «la durata massima settimanale dell'orario di lavoro», viola l'art. 6, n. 1, della direttiva n. 93/104 (ora art. 6, lett. *a)*, direttiva n. 2003/88), il quale stabilisce che gli Stati membri debbano provvedere affinché, in funzione degli imperativi di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, «la durata settimanale del lavoro sia limitata mediante disposizioni legislative, regolamentari o amministrative oppure *contratti collettivi o accordi* conclusi fra le parti sociali» (corsivo nostro). Ebbene, com'è noto, la limitata efficacia soggettiva dei contratti collettivi di diritto comune scaturente dalla mancata attuazione dell'art. 39, co. 2° ss., Cost. e dal principio di libertà sindacale (anche negativa) sancito dall'art. 39, co. 1°, Cost., impedisce al nostro legislatore ordinario di attribuire a quei contratti il compito di dare attuazione alle disposizioni di una direttiva, come pure è consentito dall'art. 137 del Trattato, oltre che dall'art. 18, par. 1, lett. *a)*, dir. n. 93/104, ma a condizione che lo Stato membro adotti «le misure necessarie che gli permettano di garantire in qualsiasi momento i risultati imposti da detta direttiva»[519]. A meno che non si voglia sostenere che, per la particolare natura del rinvio in questione alla contrattazione collettiva svolta da soggetti particolarmente qualificati (per effetto dell'art. 1, co. 2°, lett. *m)*, d.lgs. n. 66, i contratti collettivi richiamati dall'art. 4, co. 1°, sono quelli stipulati «da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative»), ovvero per qualche

---

[514] Art. 12, nn. 1 e 2, dir. n. 104.

[515] Art. 1, co. 2°, lett. *f)* e *g)*, d.lgs. n. 66.

[516] Art. 17, par. 2.3.

[517] Art. 9, co. 2°, lett. *a)*, d.lgs. n. 66.

[518] Art. 17, co. 3°, lett. *a)* del medesimo decreto. Il tenore letterale di questa disposizione e di quella citata alla nota precedente contribuisce invece ad escludere un ulteriore profilo di violazione della direttiva, altrimenti derivante dalla definizione di «lavoro a turni» contenuta nel decreto. Ai sensi del citato art. 1, co. 2°, lett. *f)*, infatti, tale lavoro consiste in «qualsiasi metodo di organizzazione del lavoro *anche* (corsivo nostro) a squadre in base al quale dei lavoratori siano successivamente occupati negli stessi posti di lavoro, secondo un determinato ritmo, compreso il ritmo rotativo, che può essere di tipo continuo o discontinuo, e il quale comporti la necessità per i lavoratori di compiere un lavoro a ore differenti su un periodo determinato di giorni o di settimane». Ebbene, con l'introduzione del termine «*anche*», assente nella corrispondente definizione contenuta nella direttiva (v. l'art. 2, par. 2, n. 5), si sarebbe determinato un ampliamento - contrastante con la direttiva medesima - della sfera d'operatività delle deroghe menzionate in testo, se non fosse che - proprio nei citati artt. 9, co. 2°, lett. *a)* e 17, co. 3°, lett. *a)* del decreto - si prevede, quale ipotesi legittimante la deroga, solo quella in cui il lavoratore turnista «cambi squadra e non possa usufruire, tra la fine del servizio di una squadra e l'inizio di quello della squadra successiva, di periodi di riposo» giornaliero ovvero settimanale. Insomma, lo specifico riferimento al *cambio di squadra* rende irrilevante, ai fini dell'applicazione delle deroghe, la previsione più 'ampia' dell'art. 1 (per poter *cambiare squadra*, infatti, il lavoratore turnista deve essere impegnato, appunto, a squadre!), alla quale è quindi difficile trovare una spiegazione.

[519] D'altronde, quanto previsto dal Patto per l'occupazione del 1998, sopra richiamato, costituisce una soluzione 'compromissoria', politicamente ragionevole e soprattutto giuridicamente compatibile con l'assenza di un regime giuridico dei contratti collettivi in grado di assicurare loro efficacia generale.

altra caratteristica propria dei contratti collettivi investiti dal rinvio legislativo in questione, ovvero ancora per una pretesa proprietà intrinseca, di fondamento comunitario, dei contratti collettivi che, su rinvio della legge, danno attuazione alle norme di una direttiva comunitaria, ci si trovi dinnanzi a contratti collettivi che, senza violare l'art. 39 Cost. (prima e seconda parte), sarebbero in grado di esprimere un'efficacia generale. Tesi, queste, che chi scrive ritiene di non poter condividere, come si preciserà più avanti nella trattazione[520];

d) con riferimento a talune ipotesi derogatorie, il legislatore delegato ha omesso di imporre il rispetto delle 'clausole di salvaguardia' volute dalla direttiva.

In primo luogo, l'eventuale elevazione da quattro a sei o, addirittura, a dodici mesi, ad opera dei contratti collettivi, del periodo di riferimento entro cui vanno rispettate, come media, le 48 ore complessive di lavoro settimanale (art. 4, co. 2°-4°, su cui si tornerà *infra*, par. 2.1), non è espressamente condizionata alla concessione di «periodi equivalenti di riposo compensativo» né è subordinata, per i casi eccezionali in cui tale concessione non sia possibile per motivi oggettivi, alla «condizione che ai lavoratori interessati sia accordata una protezione appropriata» (in tal senso dispone, invece, l'art. 17, par. 3, co. 3°, della direttiva con riferimento a tutte le deroghe introdotte dalla contrattazione collettiva); il decreto, infatti, impone il rispetto di tali condizioni solo con riferimento all'ipotesi in cui l'elevazione del periodo di riferimento sia disposta, nel limite di sei mesi, con d.m. (cfr. il combinato disposto dell'art. 17, co. 2° e co. 4°, il quale reca le suddette clausole di salvaguardia).

Analogamente, con riferimento alle deroghe ed eccezioni alla disciplina dei riposi settimanali (art. 9, d.lgs., di cui si dirà anche *infra*, par. 2.2), il decreto impone espressamente il rispetto delle clausole di salvaguardia in questione solo con riferimento ai casi in cui tali deroghe siano introdotte dai contratti collettivi ai sensi dell'art. 9, co. 2°, lett. *d)* (il quale rinvia all'art. 17, co. 4°, cit.) e non anche con riferimento alle eccezioni già contemplate dalle lett. *a), b)* e *c)*, del medesimo art. 9, co. 2°. Al contrario, la direttiva comunitaria imporrebbe il rispetto delle predette clausole anche nelle ipotesi derogatorie contemplate in tali lettere[521];

e) quanto alla individuazione dei livelli negoziali competenti a derogare alle disposizioni di legge, l'art. 13, co. 1°, d.lgs., nell'autorizzare inequivocabilmente anche i contratti «aziendali» ad individuare un periodo di riferimento più ampio (rispetto alle 24 ore), entro il quale calcolare come media il limite complessivo di durata del lavoro notturno (8 ore), si pone in contrasto con l'art. 16, n. 3, della dir. n. 93/104, il quale si riferisce espressamente ai soli «contratti collettivi o accordi conclusi a livello nazionale o regionale»[522].

1.2 Segue. La questione della clausola di non regresso

Ma, soprattutto, si staglia ancora all'orizzonte il principale sospetto di conflitto tra normativa interna e comunitaria cui si è sopra accennato, e cioè quello relativo all'arretramento del livello

---

[520] Sia peraltro consentito rinviare, sin d'ora, a CARABELLI, LECCESE, *Il sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti di riflessione dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro* (titolo provvisorio), di prossima pubblicazione in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, nonché a LECCESE, *L'orario di lavoro...*, 421 ss. (con specifico riferimento all'efficacia soggettiva dei contratti collettivi che diano eventualmente attuazione a direttive comunitarie).

[521] V. l'art. 17, par. 2, dir. n. 104, nel combinato disposto con l'art. 17, parr. 2.1, lett. *e)*, e 2.3.

[522] In senso analogo FORTUNATO, *Commento all'art. 13*, in CESTER, MATTAROLO, TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, 403 s.

generale di protezione dei lavoratori garantito dalle disposizioni di legge precedenti, operato, sotto vari profili regolativi, dalla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 66, in contrasto con quanto previsto dalla ricordata clausola di non regresso. La questione si presenta assai più complessa e delicata rispetto a quelle segnalate nel precedente paragrafo, in quanto, come si comprende, tocca aspetti più generali, anche di carattere teorico, del rapporto tra le fonti comunitarie e tra queste e le fonti interne.

A questo riguardo si deve ancora ribadire, in via preliminare, che la presenza di arretramenti di tutela determinati dalla nuova disciplina interna e, di conseguenza, di un potenziale conflitto tra questa e la clausola di non regresso non desta troppa sorpresa, oltre che per quanto osservato in relazione all'*Avviso comune*, anche per altri motivi.

Sin dall'ufficiale presentazione del *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia* (il documento del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, diffuso nell'ottobre 2001), il Governo in carica aveva manifestato con chiarezza il progetto di sfruttare l'occasione della trasposizione della direttiva sull'orario di lavoro al fine di dettare una disciplina legale più flessibile in materia. Nel *Libro bianco*, infatti, dopo aver ricordato la condanna della Corte di giustizia nei confronti dell'Italia[523], il Governo aveva dichiarato l'intenzione di porre rimedio alla «persistente inottemperanza degli obblighi comunitari, soprattutto in considerazione del fatto che già il 12 novembre 1997 le parti sociali [avevano] raggiunto un'intesa che avrebbe dovuto favorire una tempestiva e completa trasposizione», constatando come il mancato recepimento della direttiva europea stesse «dando luogo a non pochi problemi interpretativi (si pensi alla questione della esistenza o meno nel nostro ordinamento di un unico limite settimanale alla durata normale dell'orario di lavoro ovvero di due limiti concorrenti, uno giornaliero e l'altro settimanale)». Il documento governativo aveva così precisato che «l'implementazione della direttiva [avrebbe consentito] in particolare di superare definitivamente alcune interpretazioni, tese a sminuire la riforma dell'orario di lavoro delineata nell'art. 13 della l. n. 196/1997, che ancora oggi vorrebbero subordinare la possibilità di modulare l'orario di lavoro su base settimanale, mensile o annuale al vincolo delle otto ore di lavoro giornaliere come orario di lavoro normale»[524].

Insomma, per dirla con chiarezza, era subito parso evidente come il Governo, a parte la palese strumentalità del riferimento alla mancata trasposizione della direttiva come causa di «problemi interpretativi» del dato normativo interno, fosse particolarmente ansioso - in coerenza con le più generali linee di politica legislativa trasfuse nel predetto *Libro bianco* - di sviluppare un intervento di tipo sostanzialmente 'deregolativo' rispetto alla vigente normativa in materia, in quanto appunto attuativo, in sede di recepimento della direttiva, di un arretramento delle tutele legali; a tal fine, quindi, il Governo medesimo si è mostrato ampiamente disposto anche a rischiare una successiva conflittualità giudiziaria, pur di cogliere l'occasione per rendere la gestione del personale ancor più flessibile sul piano dei tempi di lavoro.

D'altronde, non si può non tenere conto che nei fatti quell'ansia non confliggeva, per quanto

---

[523] Corte Giust. Com. eur., 9 marzo 2000, causa C-386/98, *Commissione* c. *Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 2000, I, 1277 ss.

[524] I virgolettati sono tratti dal citato *Libro bianco*, ma riproducono - quasi testualmente - le osservazioni di BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro* (relazione presentata al Comitato scientifico di Confidustria, Roma, 18 aprile 2001), in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, 278.

sopra detto, con la posizione a suo tempo assunta non solo dalle associazioni datoriali, ma anche dai maggiori sindacati dei lavoratori, i quali, nel siglare il predetto *Avviso comune*, avevano, tra l'altro, implicitamente dimostrato di condividere o quanto meno accettare la prospettiva dell'arretramento di tutele. Il che contribuisce a spiegare la ragione per cui è parso conveniente 'riscoprire' un'intesa partorita in un contesto politico e di relazioni sindacali ben diverso da quello attuale[525].

In buona sostanza, le esigenze di flessibilità, che nella direttiva sull'orario risultavano avere un'incidenza accessoria rispetto alla finalità precipua di tutela della salute (tenuto conto della sua base giuridica costituita, com'è noto, dal vecchio art. 118A del Trattato istitutivo della Comunità europea, nel testo vigente all'epoca della sua approvazione), sono così divenute obiettivo prioritario tanto nell'intesa intersindacale del 1997, quanto nel d.lgs. n. 66 del 2003, senza che né le parti sociali, né il legislatore delegato abbiano tenuto conto della *ratio* dell'intervento comunitario ma, soprattutto, senza che abbiano ponderato con attenzione il valore ed il significato della clausola di non regresso, di cui all'art. 18, par. 3, della direttiva n. 93/104/Ce (ora art. 23 della direttiva 2003/88/Ce).

Su questo specifico aspetto conviene soffermarsi brevemente, sottolineando che la predetta clausola - della cui vincolatività giuridica non si può certo dubitare[526] - non pone certamente un obbligo di *stand still* in capo ai singoli Stati membri, se non altro in virtù del fatto che la stessa disposizione comunitaria fa espressamente salvo il diritto di questi ultimi di «fissare, alla luce dell'evoluzione della situazione, disposizioni legislative, regolamentari, amministrative e convenzionali diverse nel campo dell'orario di lavoro, a condizione che i requisiti minimi previsti dalla presente direttiva siano rispettati». Tuttavia è altrettanto vero ed innegabile che siffatta clausola mira ad evitare proprio che la trasposizione della direttiva costituisca *paravento* per il peggioramento delle tutele interne già vigenti: la sua attuazione, precisa, infatti, la norma comunitaria, non può costituire «una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione»[527]. Ciò non è, d'altronde, in contrasto con lo stesso Trattato, il quale, dopo aver stabilito, all'art. 136, par. 1, che «la Comunità e gli Stati membri» hanno, tra gli altri, come obiettivo fondamentale «il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro che consenta la loro parificazione nel progresso», prevede poi, all'art. 137, par. 5 (par. 4, secondo trattino, in seguito alle modifiche introdotte dal Trattato di Nizza) che «le disposizioni adottate a norma del presente articolo non ostano a che uno Stato membro mantenga e stabilisca misure, compatibili con il presente Trattato, che prevedano una maggiore protezione»: una disposizione dalla doppia anima, dato che la diretta previsione di una mera *facoltà* (e non di un *obbligo*) degli Stati membri di conservare precedenti misure (oltre che di introdurne di nuove) più protettive se, da un lato, sancisce indubbiamente la derogabilità *in melius* della normativa comunitaria da parte di quella interna, dall'altro implicitamente non esclude, appunto, che un siffatto peggioramento regolativo possa talora verificarsi[528].

Ebbene, soffermandoci a riflettere sul rapporto che esiste tra le due parti dell'art. 18, par. 3, va sottolineato anzitutto che, in ragione dell'ambigua e generica costruzione linguistica della disposizione, si deve ritenere che al singolo Stato sia consentito prevedere una regressione della

---

[525] Cfr., da ultimi, CARABELLI, LECCESE, *Legge, autonomia collettiva...*, par. 3.2; LECCESE, *L'orario di lavoro...*, 189 s.

[526] Cfr. infatti, sulla vincolatività di tali clausole, Corte cost. n. 45/2000.

[527] LECCESE, *L'orario di lavoro...*, 199 ss.

[528] Cfr. già CARABELLI, LECCESE, *Legge, autonomia collettiva...*, par. 3.3.

normativa di tutela in materia di orario, nel rispetto ovviamente di quella minimale imposta dalla medesima direttiva, tanto in una legge futura, successiva a quella di recezione della stessa, quanto nell'immediato, e cioè già nel provvedimento con cui si dà, appunto, *formale e manifesta* attuazione ad essa. Ciò detto, peraltro, va pure rilevato che la presenza del vincolo costituito dalla «evoluzione della situazione», nonché lo stesso utilizzo della parola «*giustificazione*», impongono indubbiamente allo stesso Stato membro una sorta di 'obbligo di motivazione', ovvero una *chiara esplicitazione* delle ragioni economiche e sociali che inducono ad una simile modifica, sì da rendere evidente che si tratta, appunto, di una precisa scelta politica legata al mutamento dello *status quo*[529]. Si potrebbe affermare, al riguardo, che siffatta clausola pone in capo al singolo Stato membro un obbligo a rendere trasparenti le dinamiche regolative riguardanti materie che incidono tanto sulla concorrenza che sul miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro (tramite la 'parificazione nel progresso'), assumendosi senza infingimenti la responsabilità politica delle proprie scelte di peggioramento della disciplina interna nei confronti della comunità internazionale (oltre che, evidentemente, nei confronti alla pubblica opinione interna).

Ulteriori problemi sollevati dalla clausola di non regresso sono quello dell'ambito entro cui essa deve ritenersi operante, nonché quello del 'metro' da adottare per la verifica della sussistenza effettiva di tale regressione di tutele (da cui deriverebbe in capo allo Stato membro il vincolo di esplicitare l'*evoluzione della situazione* che ne avrebbe giustificato l'adozione). Riguardo a questi aspetti, l'art. 18, par. 3, della direttiva n. 104, da un lato, fa riferimento al «campo dell'orario di lavoro», mentre, dall'altro, parla di «regresso del livello generale di protezione».

Sotto il primo profilo va detto che, nonostante il riferimento letterale al solo 'orario di lavoro', non possono certamente ritenersi esclusi dall'ambito di riferimento della clausola altri istituti quali le ferie, le pause, i riposi giornalieri e settimanali: basti all'uopo considerare che il titolo della direttiva dichiara che essa concerne «taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro», nonostante in realtà la disciplina da essa dettata riguardi tutti gli istituti predetti. Anche in ragione della coincidenza di espressioni deve dunque ritenersi che la clausola riguarda integralmente la stessa materia disciplinata dalla direttiva.

Più complessa è la questione del se, per valutare la sussistenza o meno di una regressione di tutele nella normativa emanata dal legislatore interno, in coincidenza con (o anche dopo) la recezione della direttiva, si debba effettuare un confronto puntuale tra le singole disposizioni della nuova e della vecchia normativa, ovvero se l'intervento regolativo dello Stato nella materia in questione debba essere confrontato con la preesistente disciplina in termini complessivi, globali. Il problema ricorda, a ben vedere, quello del conflitto tra la regolazione del contratto collettivo e quella del contratto individuale; problema rispetto al quale, come si ricorderà, si sono per lungo

---

[529] Nel senso che, se l'attuazione della direttiva «non costituisce una *giustificazione* per il regresso», mentre l'«evoluzione della situazione» potrebbe consentire di fissare diverse discipline nel campo dell'orario di lavoro, pare consequenziale ritenere che tale evoluzione debba essere esplicitata con chiarezza, affinché essa sia, appunto, in grado di *giustificare* il regresso... Anche per questa ragione, dunque, non si condivide la lettura di DONDI, *Clausole di non regresso nelle direttive comunitarie in tema di protezione sociale: quali condizionamenti per l'ordinamento giuslavoristico nazionale* (di prossima pubblicazione in *Sudi in onore di Mattia Persiani*), par. 5, il quale nega che dalle disposizioni di questo tipo possa derivare un siffatto obbligo di motivazione. Ma per approfondimenti relativi alla necessità della 'giustificazione', che invero trova conferme anche in una lettura evolutiva delle norme del Trattato, sia consentito un rinvio a CARABELLI, LECCESE, *Parere sulle clausole di non regresso* (titolo provvisorio), di prossima pubblicazione in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004.

tempo confrontate le tesi del cumulo e, cioè, della sommatoria dei singoli trattamenti di miglior favore per il lavoratore (la quale evidentemente propende per una valutazione di tipo puntuale) e quella del conglobamento, secondo cui si dovrebbe applicare il trattamento che nel complesso risultasse più favorevole[530] (tesi che propende, invece, per una valutazione di tipo globale).

Ad avviso di chi scrive non deve trarre in inganno la formulazione generica della disposizione comunitaria, nel senso che il riferimento al «livello generale di protezione» non può indurre alla automatica adozione della seconda soluzione[531], sulla base di una superficiale sopravvalutazione del mero dato letterale: ad essa può essere opposta l'insuperabile obiezione dell'impossibilità di confrontare regolazioni attinenti ad istituti radicalmente differenti quali l'orario di lavoro diurno e notturno, le pause, i riposi giornalieri, i riposi settimanali e le ferie, poiché si tratterebbe di una comparazione paradossale in quanto fatta «ponendo nel calderone cose e situazioni diversissime»[532], quantunque tutte attinenti in linea generale alla disciplina del tempo di lavoro. Per contro si deve, nello stesso tempo, riconoscere che la predetta espressione esclude una comparazione 'pignola' ed analitica tra le tante specifiche norme che disciplinano i vari, singoli aspetti di quegli istituti, la quale farebbe perdere di vista, appunto, la necessità di muoversi nella prospettiva di una protezione di carattere generale.

Ecco perché la soluzione da accogliere, compatibile con il dettato normativo (ma altresì dettata dalla logica e, perché no, dal buon senso), sembra debba essere, in un certo senso, analoga a quella avanzata da una parte della dottrina e giurisprudenza rispetto al menzionato problema del rapporto tra contratto collettivo ed individuale: la comparazione dei trattamenti regolativi va fatta *istituto per istituto*, dato che soltanto rispetto a ciascuno di essi è possibile misurare l'eventuale arretramento di tutele. E poiché deve aversi riguardo, appunto, al «livello generale di protezione», il confronto non potrà essere effettuato con riferimento a ogni singolo aspetto, anche minore o secondario, della regolamentazione di quell'istituto, ma dovrà implicare una valutazione complessiva della vecchia e nuova disciplina di esso, mirando a verificare che non vi sia arretramento in relazione all'*essenza* della tutela: il confronto, in altre parole, dovrà essere effettuato con riguardo a quelle parti della disciplina dell'istituto che hanno valore essenziale e caratterizzante[533].

Orbene, tirando le somme di quanto sopra argomentato sul piano comunitario, e rapportandolo alla realtà italiana, va segnalato anzitutto che, tenuto conto del meccanismo istituzionale ideato per il recepimento delle direttive (le cosiddette *leggi comunitarie*)[534], il Parlamento avrebbe potuto senz'altro delegare il Governo a recepire la direttiva, impegnandolo, sulla base di esplicite valutazioni politiche e nel perseguimento di particolari ed espressi obiettivi economico-sociali, a modificare anche in modo peggiorativo la preesistente disciplina. Sennonché, alla luce dei principi

---

[530] GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2001, 138 s.; GHEZZI, ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna, 2001, 154 s.; PERA, PAPALEONI, *Diritto del Lavoro*, Cedam, Padova, 2003, 166 s.

[531] Per la soluzione del conglobamento, ma con riferimento alle clausole di non regresso in generale, opta invece DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, 507 ss.

[532] PERA, PAPALEONI, *Diritto del Lavoro...*, 167.

[533] CARABELLI, *Intervento programmato* al Seminario del Cesri-Luiss, su *La riforma del lavoro a termine*, Roma, 22 ottobre 2001, in *www.unicz.it/lavoro*.

[534] Metodo peraltro non certo insostituibile: cfr. DONDI, *Clausole di non regresso...*, par. 5.

e criteri direttivi dettati nella legge n. 39/2002, ciò non pare essere avvenuto nel caso di specie. Nella legge delega, infatti, non è possibile rinvenire nessun riferimento esplicito ad una «evoluzione della situazione». Né a tal fine può essere invocato il riferimento, in essa contenuto, alla «recezione dei criteri di attuazione» indicati dall'Avviso comune: infatti, a parte quanto sopra detto in merito ai profili di contrasto di quest'ultimo con la direttiva, neppure in esso vi è un'esplicita valutazione circa la necessità di un regresso delle tutele in considerazione di avvenuti cambiamenti economico-sociali[535]; e certamente, per quanto sin qui argomentato, tale valutazione non può essere dedotta dal mero fatto della stipulazione di quell'intesa sindacale con quei contenuti peggiorativi.

Ciò detto, e passando alla verifica relativa alla esistenza o meno nella nuova disciplina sull'orario di lavoro introdotta nel nostro Paese dal d.lgs. n. 66 di profili di arretramento di tutela, nel senso sopra specificato, si può sostenere che esso si rivela soprattutto in relazione alla disciplina dell'orario di lavoro e, specificamente, in rapporto alla durata della prestazione di lavoro. Ove si consideri l'importanza che, nella prospettiva della tutela della salute - rilevante sul piano tanto della disciplina comunitaria che di quella costituzionale (v. *infra*, par. 2.1) - acquisiscono i profili della durata massima sia assoluta che relativa dell'orario di lavoro, pare evidente, infatti, che la loro disciplina non può che costituire un elemento essenziale della comparazione dei trattamenti nuovi e pregressi cui è chiamato l'interprete.

In effetti, tale arretramento si manifesta con evidenza quanto meno con riferimento:

- all'*assenza* di un limite legale al lavoro straordinario giornaliero e settimanale, prima fissato, rispettivamente, in 2 e 12 ore;

- all'*assenza* di limiti *assoluti* (e cioè assolutamente non superabili, se non per cause di forza maggiore o per ragioni di sicurezza) di durata giornaliera e settimanale dell'orario di lavoro, in precedenza fissati, rispettivamente, in 10 ore (pari alla somma delle 8 ore di orario normale e delle 2 ore di straordinario) e in 52 ore (pari alla somma delle 40 ore di orario normale e delle 12 di straordinario); durata, quest'ultima, che poteva essere temporaneamente superata sia in caso di ricorso al lavoro straordinario (pur se solo per un massimo di nove settimane consecutive), sia in caso di ricorso a moduli multiperiodali d'orario, fatta sempre salva - in entrambe le ipotesi - la necessità di rispettare il limite delle 60 ore settimanali (pari alla proiezione del predetto limite giornaliero su sei giorni, stante l'irrinunziabile diritto al riposo settimanale di cui all'art. 36, co. 3°, Cost.)[536].

---

[535] V. anche, in senso adesivo, CORSO I., *Commento all'art. 3*, in CESTER, MATTAROLO, TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, 150.

[536] Per l'individuazione di tutti questi limiti nella legislazione pregressa, anche sulla base di una lettura adeguatrice della medesima alla previsione di cui all'art. 36, co. 2°, Cost., e sulla sopravvivenza del limite normale giornaliero anche dopo l'intervento dell'art 13, co. 1°, L. n. 196/1997, v. LECCESE, *L'orario di lavoro...*, spec. 268 ss., 284 ss., 354 ss., 361 ss., 404 ss.; ma v. già CARABELLI, *Il lavoro straordinario: disciplina legale e regolamentazione contrattuale dei settori chimico e metalmeccanico a confronto*, in *Riv. giur. lav.*, I, 549 ss. In questa sede ci si limita ad osservare come gli argomenti proposti in quei luoghi sono ignorati o non paiono adeguatamente considerati da chi, nel porre giustamente il problema del regresso di tutele a seguito del d.lgs. n. 66, ha però ritenuto che tale regresso non sussista poiché un autonomo limite normale (e quindi, aggiungiamo noi, assoluto) alla prestazione giornaliera o non è mai esistito o è stato abrogato dal citato art. 13, co. 1° (TIRABOSCHI, RUSSO A., *Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/Ce*, in *Guida lav.*, 2003, n. 17, 19 ss.; in senso dubitativo si erano invece espressi i medesimi autori, prima però che gli estensori del decreto legislativo mettessero mano all'attuazione della delega: v. RUSSO A., TIRABOSCHI, *La durata massima della giornata lavorativa: la*

Riguardo a questo secondo aspetto vanno effettuate alcune considerazioni.

Anzitutto, dal d.lgs. n. 66 parrebbe derivare, sia pure *in via indiretta*, attraverso la previsione del diritto al riposo giornaliero di 11 ore consecutive ogni 24 ore (art. 7), un limite massimo *assoluto* della durata giornaliera della prestazione pari a 13 ore e, conseguentemente, un limite assoluto settimanale di 78 ore (o meglio, come osservato da alcuni autori[537], di 77 ore, una volta detratti i 60 minuti corrispondenti a 6 pause giornaliere di 10 minuti: cfr. art. 8)

Sennonché, è quasi superfluo rilevare che tali limiti risultano comunque superiori a quelli previgenti e, pertanto, implicano certamente un peggioramento rispetto alla tutela assicurata dalla passata disciplina.

Inoltre, da una più attenta lettura risulta chiaro che essi non sono stati affatto configurati come limiti assoluti, bensì flessibili, poiché, come meglio si dirà più avanti, il decreto consente - ferme restando le clausole di salvaguardia previste dall'art. 17, co. 4° (ai prestatori vanno «accordati periodi equivalenti di riposo compensativo», ovvero, in casi eccezionali in cui ciò non sia possibile, «una protezione appropriata») - l'introduzione, per via contrattuale o amministrativa, di deroghe sia incondizionate che condizionate[538], in merito alla fruizione tanto del riposo giornaliero[539], quanto della giornata di riposo settimanale[540]. Dall'esercizio di tale facoltà di deroga (che, si noti, ai sensi dell'art. 17 può riguardare anche le pause), potrà quindi derivare un ulteriore arretramento delle tutele.

Né, certamente, a sostegno della non violazione della clausola di non regresso potrebbe essere invocato l'art. 4, co. 1°, del d.lgs. n. 66, il quale, come accennato, prevede che «i contratti collettivi stabiliscono la durata massima settimanale dell'orario di lavoro». Indipendentemente da quanto già osservato in merito a questa disposizione, pare evidente che un arretramento di tutele deriverebbe comunque dalla possibilità di fissazione, per via contrattuale, di tetti più elevati di quelli previsti dalla precedente normativa legale.

2. Sui problemi di legittimità costituzionale della nuova disciplina

Quanto detto in merito al possibile conflitto di varie disposizioni del d. lgs. n. 66 con la direttiva comunitaria non esaurisce, peraltro, i motivi di una certa fragilità tecnico-giuridica della nuova disciplina dell'orario di lavoro, posto che non mancano altri aspetti di essa che sollevano numerose perplessità, questa volta sul piano della conformità a vari principi sanciti dalla Costituzione.

---

contrattazione come strumento di flessibilità, in *Contratti e contrattazione*, 2002, n. 2, 83), ovvero, pur esistente ed ancora in vigore fino al d.lgs. n. 66, non potesse operare in presenza di alcune modalità d'organizzazione dell'orario, come ad esempio l'uso congiunto di straordinario e multiperiodale (BOLEGO, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di lavoro straordinario*, in *Dir. lav. mer.*, 2003, 444 s. e 448 s.). È ovvio, quindi, che ove si ritenessero invece sussistenti, nella pregressa disciplina, i limiti di cui si è detto (per la giurisprudenza più recente, v. Cass., 4 dicembre 2000, n. 15419, in *Riv. giur. lav.*, 2001, II, 539 ss.; cfr. anche Cass., 5 gennaio 2001, n. 89, *ivi*, 561, s.m.; Cass. 16 gennaio 2001, n. 512, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2001, 288 ss.; Trib. Pisa 13 febbraio 2001, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 74 ss.), il regresso di tutele sarebbe innegabile. Per la sussistenza del regresso, specie con riferimento al limite complessivo giornaliero, si esprimono, tra gli altri, ALLAMPRESE, *Profili di incompatibilità dello schema di decreto legislativo (di attuazione della direttiva n. 93/104 in materia di orario di lavoro, come modificata dalla direttiva n. 2000/34) con la direttiva di riferimento*, in www.cgil.it/giuridico, 2003; CORSO I., *Commento all'art. 3...*, 149.

[537] Cfr., tra gli altri, FRANCI, *L'orario di lavoro e le modalità della prestazione. La nuova disciplina del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66*, in *Lav prev. oggi*, 2003, 806; CORSO I., *Commento all'art. 3...*, 148.

[538] LECCESE, *L'orario di lavoro...*, 187 ss.; RICCI G., *Le deroghe...*

[539] Art. 17, co. 1°, 2° e 3°; ma sul punto v. meglio *infra*, par. 2.1.

[540] Cfr. art. 9, co. 2°, lett. *d)*, e co. 5°.

In effetti, per quanto si è fin qui argomentato, i profili di contrasto del d.lgs. n. 66 con la normativa comunitaria costituiscono senza dubbio uno degli aspetti di maggiore evidenza della vicenda attuativa della direttiva, anche in ragione della particolare enfasi che sin dall'origine si è riposta sulla questione della ridefinizione delle regole nazionali in materia di orario di lavoro, sull'onda del dibattito politico che si è sviluppato nel corso di larga parte degli anni '90 in molti Paesi europei.

Sarebbe peraltro prova di leggerezza, ed anzi di scarso rigore scientifico, rimuovere o trascurare gli importanti profili di contrasto del provvedimento delegato di cui si discute con la Carta costituzionale. Un aspetto, questo, di non minore importanza dell'altro, tenuto conto, questa volta, del valore che, tanto nel dibattito politico-sindacale, quanto in quello scientifico, si intende attribuire (almeno a parole …) al riconoscimento della centrale importanza, soprattutto in una fase di transizione quale quella che stiamo attraversando, dei diritti fondamentali ed alla necessità di assicurare ad essi un'adeguata tutela in ragione del loro rilievo costituzionale. È dunque in virtù di questo presupposto che a tale aspetto - a sua volta estremamente articolato e composito - sarà dedicata la seconda parte di questo contributo.

Anche da questo punto di vista si deve ricordare che, già prima dell'attuazione della delega, non era mancata la segnalazione, da vari autori, che alcune norme delineate nell'*Avviso comune*, ed oggi presenti nel decreto, pur se conformi con la normativa comunitaria di carattere sostanziale (e dunque a prescindere dalla clausola di non regresso), potessero comunque confliggere con alcuni *principi costituzionali* dettati in materia di durata della prestazione, la cui diretta connessione con la tutela di diritti fondamentali della persona ne rendeva comunque indispensabile il rispetto[541]. Ma, evidentemente, quella preoccupazione non è stata tenuta in gran conto da parte del Governo, il quale ha preferito chiudere una volta per tutte una partita rimasta in piedi per troppo tempo, secondo la nuova prospettiva delineata con chiarezza, come si è visto, nel *Libro bianco*. Probabilmente si è confidato soprattutto nel rinvio della legge al contratto collettivo e, dunque, nella possibilità per le parti sociali di ritrovare autonomamente, per via negoziale, nuovi equilibri di sistema attraverso integrazioni alla disciplina contenuta nel decreto (ma anche, e soprattutto, attraverso deroghe ad essa; possibilità, quest'ultima, invero auspicata davvero fortemente dal legislatore delegato, fino al punto… da minacciare l'esautoramento dell'autonomia collettiva in caso di mancato raggiungimento di un accordo, con riappropriazione del potere regolativo derogatorio in capo alla fonte secondaria[542]); quasi che - ma si tratterebbe di pretesa non certo fondata - il *placet* del legislatore e il compromesso collettivo fossero ritenuti di per se stessi in grado di scongiurare i contrasti con la Costituzione.

Il fatto è che i problemi di costituzionalità non sembrano né pochi né di minor peso rispetto a quelli, sopra esaminati, relativi alla conformità del Decreto n. 66 con la normativa comunitaria. Se ne possono distinguere almeno tre gruppi riguardanti, rispettivamente, il potenziale contrasto:

- anzitutto, come già accennato, di alcune previsioni del decreto con quanto stabilito dall'art. 36,

---

[541] Infatti, anche ove si accettasse la generale prospettiva della prevalenza dell'ordinamento comunitario rispetto a quello interno, è largamente condivisa la tesi che esclude la soccombenza di quest'ultimo nei casi in cui siano in ballo, appunto, diritti fondamentali: v. LECCESE, *L'orario di lavoro...*, 227 s., anche per gli argomenti che conducono a ritenere che - nel caso di specie - non è neppure ipotizzabile un contrasto tra le nostre pertinenti previsioni costituzionali e i principi comunitari.

[542] V. art. 17, co. 2° e 3°; ma cfr. anche art. 9, co. 5°.

co. 2° e 3°, Cost, in tema non soltanto di orario di lavoro ma anche di riposo settimanale[543];

- di alcune disposizioni del decreto con i limiti derivanti da principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega n. 39/2002 ai sensi dell'art. 76 Cost.;

- delle varie norme che, nell'ambito del decreto, rinviano alla contrattazione collettiva con l'art. 39 Cost., tenuto conto, da un lato, delle differenti caratteristiche strutturali, funzionali e di contenuto di ciascuna di esse, dall'altro, dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale e, dall'altro ancora, del contributo della Corte costituzionale in materia di contrattazione collettiva.

Esaminiamo questi problemi separatamente.

2.1. Sul potenziale contrasto con l'art. 36, co. 2°, Cost.

In relazione al primo gruppo, occorre sviluppare due differenti discorsi relativi, rispettivamente, alla durata massima assoluta dell'orario giornaliero di lavoro ed al riposo settimanale.

Quanto all'orario di lavoro, chi scrive ha più volte ribadito con forza come il vincolo sancito dall'art. 36, co. 2°, Cost., relativo alla fissazione per legge del limite assoluto di durata giornaliera della prestazione, debba essere 'preso sul serio', in quanto derivante direttamente dall'esigenza di tutela del *diritto costituzionale alla salute* di cui all'art. 32 Cost., e non possa essere invece sminuito - come è stato fatto da una parte della dottrina[544] - a mera opzione interpretativa, alternativa rispetto a quella, rivendicata come altrettanto legittima, secondo la quale il limite massimo giornaliero potrebbe essere dal legislatore fissato, senza lesione del principio costituzionale, anche soltanto quale media settimanale.

A questo riguardo, va detto in primo luogo che quest'ultima scelta interpretativa è di per sé assai debole dal punto di vista tecnico-giuridico: l'art. 36, co. 2°, parla, infatti, di «durata massima della giornata» e non di «durata *media* massima della giornata», né di «durata massima della *settimana*», e non si capisce affatto perché, a fronte di un diritto costituzionale indistricabilmente connesso, dal punto di vista funzionale, alla tutela di un diritto fondamentale della persona, dovrebbe ammettersi un'interpretazione che ne riduca il grado di resistenza[545], per di più attraverso una forzatura del dato letterale[546].

In secondo luogo, come già argomentato altrove (senza che, per il vero, sino ad oggi sia stata fornita alcuna fondata obiezione), la tesi della media settimanale si fonda sull'obiettivo - ispirato

---

[543] Ciò si spiega tenendo presente (come già segnalato in precedenza) che il decreto - proprio in quanto destinato a dare «attuazione organica» alla direttiva n. 93/104, le cui norme spaziano dall'orario di lavoro diurno e notturno, alle pause, ai riposi giornalieri e settimanali, alle ferie - detta, in realtà, non una disciplina del mero orario di lavoro, bensì una 'disciplina *organica*' del tempo di lavoro e di non lavoro (cfr. DEL PUNTA, *La riforma dell'orario di lavoro*, in *Dir. e pratica lav.*, 2003, n. 22, Inserto, IV), posto che oggetto di regolazione sono non soltanto l'orario diurno e notturno, ma altresì, appunto, le pause, i riposi giornalieri e settimanali e le ferie.

[544] ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. II (*Estensione temporale della prestazione lavorativa subordinata e relative forme speciali di organizzazione*), Giuffrè, Milano, 1985, 280; DE LUCA TAMAJO, *Il tempo nel rapporto di lavoro* (relazione alle giornate di studio di diritto del lavoro organizzate dall'Aidlass, Genova, 4-5 aprile 1986), in *Dir. lav. rel. ind.*, 1986, 447 s.; SALIMBENI, *Estensione e collocazione temporale del lavoro straordinario nell'ambito di una nuova concezione dell'orario di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1988, I, 495; TIRABOSCHI, *Brevi riflessioni in tema di durata massima della giornata normale di lavoro* (nota a Trib. Firenze 24.6.1989), in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, 181 s.

[545] V., anche per lo sviluppo argomentativo, LECCESE, *L'orario di lavoro...*, 44 ss. e 53 ss.

[546] Come condivisibilmente osservato già da ASSANTI, *Corso di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1993, 397.

da una precisa scelta di politica del diritto, a sua volta derivante da una chiara opzione 'ideologica' sugli sviluppi del mercato del lavoro[547] - di dare spazio alle nuove esigenze di flessibilità espresse dalle trasformazioni dei processi produttivi, ritenute meritevoli di tutela privilegiata anche nella prospettiva di un allargamento della base occupazionale. Orbene, non si può non sottolineare ancora una volta come - al di là del controverso problema dell'adeguatezza del mezzo (flessibilità) al fine (occupazione)[548] - siffatta esigenza, di cui pur si potrebbe riconoscere un fondamento negli artt. 41 e 4 Cost., manifesta *indiscutibilmente* una secondaria rilevanza costituzionale rispetto al valore primario rappresentato dalla protezione della salute del singolo lavoratore e debba, pertanto, necessariamente soccombere nel conflitto con quest'ultimo, non solo nell'attività di legiferazione, ma anche nell'attività interpretativa che dottrina e giurisprudenza sono chiamate a svolgere nell'ordinamento.

Infine, si deve tener presente che - come si è già avuto modo di accennare - nella disciplina introdotta dal d.lgs. n. 66 anche il limite settimanale di durata complessiva (orario normale più straordinario) della prestazione, quantificato dall'art. 4, co. 2°, in 48 ore (in conformità con l'art. 6, n. 2, della direttiva n. 93/104, ora art. 6, lett. *b)*, direttiva n. 2003/88) non è configurato come assoluto, ma come media quadrimestrale, ovvero, grazie alle possibilità di deroga previste dal legislatore delegato: *1)* come media semestrale e finanche annuale, se così voluto dai contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative, che peraltro nel secondo caso devono specificarne le «ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro»[549], ovvero *2)* come media solo semestrale se, in mancanza di disciplina collettiva, così abbia disposto, con riferimento a particolari attività, servizi o specifici eventi, un decreto del Ministro del lavoro, adottato su richiesta delle organizzazioni sindacali di categoria, comparativamente più rappresentative[550]. Insomma, benché apparentemente rigido, in quanto non superabile mai come valore medio, il limite delle 48 ore non esprime, proprio per questo, un valore assoluto con riferimento alla singola settimana; esso, pertanto, risulta inidoneo a soddisfare - anche a voler per assurdo adottare l'inammissibile prospettiva sopra criticata - l'esigenza garantista sottesa all'art. 36, co. 2°, di cui si è detto.

Sgombrato il campo da questo primo gruppo di riflessioni critiche, si deve ora ricordare quanto osservato in precedenza trattando della prospettiva dell'arretramento di tutele, e cioè che, secondo alcuni autori, il d.lgs. n. 66, nell'assicurare, in conformità con la normativa comunitaria, il diritto individuale ad un riposo giornaliero di 11 ore ogni 24 (art. 7), avrebbe per tale via altresì fissato una durata massima assoluta della giornata lavorativa pari a 13 ore (e di conseguenza una durata settimanale di 78 ore, al lordo delle pause giornaliere previste dall'art. 8). In tal senso, il

---

[547] CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, *Relazione al XIV Congresso dell'Aidlass*, Teramo-Silvi Marina, 30 maggio-1° giugno 2003, par. 1 (in corso di pubblicazione in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004).

[548] Su cui si v., criticamente, almeno GAROFALO M.G., *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, 24 ss., SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, 361 ss. e, tra gli economisti, COSTABILE, *Aspetti economici del Libro Bianco del Ministero del Lavoro*, in *Studi economici*, 2002, n. 77, 107 ss.; v. anche - con specifico riferimento alla flessibilizzazione degli orari di lavoro - GALLINO, *Se tre milioni vi sembran pochi. Sui modi per combattere la disoccupazione*, Einaudi, Torino, 1998, 28 ss.

[549] Art. 4, co. 3°.

[550] Art. 17, co. 2°. La deroga per via amministrativa deve comunque rispettare il già esaminato limite di cui all'art. 17, co. 4°, mentre tale limite non opera, stranamente, nei confronti delle deroghe introdotte per via contrattuale; ma sul punto ci si è già soffermati in precedenza.

legislatore delegato, dettando un limite, per così dire, *polifunzionale*, non si sarebbe sottratto al compito affidatogli dall'art. 36, co. 2°, Cost., sia pure in modo *indiretto*[551].

Al riguardo va invero osservato, anzitutto, che la previsione di un periodo minimo di riposo di 11 ore, calcolato su un arco temporale mobile di 24, assolve ad una funzione confluente con, ma ben diversa da, quella svolta dalla fissazione di una durata massima assoluta della prestazione giornaliera: basti pensare che, mentre quest'ultima intende evitare un eccessivo prolungamento dell'orario nella singola giornata (cioè dalle 0,00 alle 24,00), il primo, invece, vuole evitare che, pur nel rispetto dei limiti giornalieri, due prestazioni (che possono essere collocate anche in due giornate diverse) risultino eccessivamente ravvicinate (si tratta, quindi, di un limite *distanziale*). Si potrebbe insomma affermare che il limite di *durata* giornaliera è volto *direttamente* ad impedire che nell'arco della giornata lavorativa venga addossato al prestatore un soverchio *carico* di lavoro dannoso per la sua salute, nonché, *di fatto e indirettamente* - e a condizione che le prestazioni svolte in due diverse giornate non siano contigue o, addirittura, consecutive - a consentire il recupero delle energie psico-fisiche (c.d. tempo di *ricarica* fisio-psicologica) (oltre che a garantire uno spazio di tempo libero, di non lavoro, utile allo svolgimento della vita sociale). Laddove il limite *distanziale* mira - in modo del tutto *reciproco* - ad assicurare *direttamente* che tra due prestazioni intercorra un intervallo sufficiente a consentire al lavoratore un'adeguata ricarica fisio-psicologica (e ad assicurare uno spazio di tempo libero), ma anche, *di fatto e indirettamente* - e a condizione che la sua durata sia sufficientemente lunga - ad impedire l'eccessivo carico giornaliero di lavoro.

In tale prospettiva emergono, a ben vedere, due profili di tutela della salute del lavoratore derivanti l'uno dalla garanzia costituzionale, l'altro da quella comunitaria, che di certo non si escludono, bensì si integrano perfettamente tra loro, in una moderna e dinamica prospettiva coerente con i dati delle scienze bio-mediche; ma che pure vanno mantenuti concettualmente ben distinti anche dal punto di vista giuridico, soprattutto in virtù del fatto che *ciascuno* di tali profili deve essere disciplinato in modo da assicurare non una tutela quale che sia, ma una tutela reale ed effettiva. Di ciò, del resto, ha dimostrato di essere ben consapevole, in altra occasione, il legislatore comunitario, il quale, nella direttiva n. 94/33 del 22 giugno 1994, relativa alla protezione dei giovani sul lavoro, ha stabilito entrambi i tipi di limite con riferimento al lavoro dei bambini e degli adolescenti[552].

Alla luce di quanto appena argomentato, se non si può negare il presupposto *fattuale* da cui muove chi afferma la polifunzionalità del limite contenuto nell'art. 7, e cioè la presenza, nell'attuale legislazione ordinaria, di un tetto di 13 ore di lavoro complessivamente erogabili da ciascun lavoratore nella singola giornata, va pur detto che da questa osservazione derivano rilevanti questioni di costituzionalità, relative, da un lato, alla stessa quantificazione di questo tetto e, dall'altro, alla mancata configurazione di quel limite e, conseguentemente, del tetto che ne deriva,

---

[551] Per una decisa critica alla tesi (tra l'altro sostenuta nella relazione governativa di accompagnamento allo schema di d.lgs.) secondo cui la riserva di legge di cui all'art. 36 «verrebbe realizzata con una norma indiretta con una tecnica *a contrariis*», v. sin d'ora SANDULLI P., *Orario di lavoro. Sez. I) Il quadro generale di riferimento*, di prossima pubblicazione in *Enc. giur.Treccani*, par. 4b.

[552] LECCESE, *L'orario di lavoro...*, 218 ss. (anche per la sottolineatura di quanto risulti 'improbabile' la soddisfazione delle diverse istanze protettive di cui si discute con un'unica disposizione polifunzionale); CARABELLI, LECCESE, *Legge, autonomia collettiva...*, par. 3.3.

come assoluto e intangibile.

a) In merito alla prima questione, va rammentato che tale tetto è stato dichiarato a buona ragione, da un autore solitamente non incline a ideologismi, foriero di una dimensione temporale del lavoro 'apocalittica'[553]; ed in effetti - al di là di quanto sopra osservato in merito alla differenza concettuale e funzionale tra limite di durata ed intervallo, e di quanto si dirà tra breve in relazione alla natura comunque non assoluta del tetto giornaliero ricavato dall'art. 7 - un tetto di 13 ore giornaliere (e 78 settimanali) appare comunque devastante ed intrinsecamente esposto ad un giudizio di non conformità a Costituzione, in quanto inidoneo a soddisfare le finalità di tutela della salute del lavoratore perseguite dagli artt. 32 e 36, co. 2°, Cost.[554], se non altro, e a dir poco, a causa della sua configurazione quale limite costante, universale ed indiscriminato (quasi che le trasformazioni tecnico-organizzative ci avessero regalato un mondo del lavoro caratterizzato, in modo assolutamente uniforme, da un'idilliaca dimensione lavorativa in cui il lavoro non affatica né stressa).

Altro è poi il profilo relativo al potenziale esito di una pronuncia della Corte che *eventualmente* ritenga il *quantum* della durata massima giornaliera di lavoro, fissato *indirettamente e di fatto* dalla nuova disciplina, come inidoneo a garantire l'*an* della tutela voluta dall'art. 36, co. 2°, Cost. Dando per presupposto che il giudice delle leggi non possa sostituirsi al legislatore ordinario nella determinazione del (diverso) tetto legale giornaliero idoneo a realizzare l'equo contemperamento tra quegli interessi[555], possono qui essere solo indicate talune soluzioni, che vanno dalla mera pronuncia monitoria volta a sollecitare un nuovo intervento del legislatore, alla dichiarazione secca di incostituzionalità della norma che fissa il nuovo limite, nella parte in cui consente la protrazione della prestazione giornaliera sino a 13 ore[556].

Val la pena, inoltre, di segnalare che l'intervento della Corte sulla materia potrebbe anche avvenire, in una diversa ed ancor più incisiva prospettiva, con una sentenza interpretativa di rigetto, nella misura in cui essa, attraverso l'interpretazione sistematica dell'art. 1, co. 1° (e, per conseguenza, dell'art. 19, co. 2°), effettuata alla luce della direttiva e della legge delega, giungesse addirittura a ritenere tuttora in vigore le previsioni specificamente volte a quantificare la durata massima giornaliera della prestazione, in quanto non incluse nei diretti scopi della direttiva e, dunque, nemmeno del decreto legislativo che vi ha dato attuazione, in virtù del fatto che oggetto della delega era appunto, come si è più sopra precisato, il recepimento della direttiva medesima. In particolare, sulla base di questa premessa, si dovrebbe ritenere che i «profili» di disciplina - tra cui quello in questione - non espressamente regolati dalla direttiva, risultando esclusi dalla «materia disciplinata dal decreto», non sarebbero stati colpiti dall'effetto abrogativo di cui all'art. 19,

---

553 DELL'OLIO, *Orario giornaliero, settimanale, multiperiodale*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 377.

554 Cfr. LECCESE, *L'orario di lavoro...*, 133 ss. (anche per le ragioni che inducono ad affermare la sindacabilità da parte della Corte costituzionale delle soglie massime giornaliere fissate dalla legge), nonché 215 ss.

555 Cfr. CARABELLI, LECCESE, *Orario di lavoro: limiti legali e poteri della contrattazione collettiva*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 17, 1995, 72.

556 In tal caso ed in attesa di un nuovo intervento della legge, si potrebbe aprire la strada, già percorsa dalla Corte con riferimento, soprattutto, ai lavori discontinui o di semplice attesa o custodia, per la quantificazione giudiziale del limite, benché inevitabilmente, in tal caso, con riferimento al caso concreto: cfr. Corte cost. n. 99/1971 e n. 255/1976 (ord.).

co. 2°[557]; e siffatta soluzione, a ben vedere, avrebbe il merito di scongiurare *in radice*, i segnalati rischi di violazione del principio costituzionale di cui all'art. 36, co. 2°.

b) Venendo, poi, alla seconda questione di incostituzionalità connessa con la supposta polifunzionalità del limite stabilito dall'art. 7 del decreto, va rammentato che questo limite non ha comunque un valore assoluto ed intangibile. Infatti, fermo restando quanto stabilito dall'art. 17, co. 4°, il decreto consente l'introduzione di deroghe anche in merito alla fruizione del riposo giornaliero, ad opera della contrattazione collettiva, senza alcuna condizione[558], ovvero, in mancanza di disciplina collettiva, da parte della fonte secondaria[559], questa volta condizionatamente alla sussistenza di uno tra i molti casi predeterminati dalla legge (quantunque non sempre in modo tassativo[560]). Da ciò deriva, inevitabilmente, che ogni deroga convenzionale o introdotta con d.m. alla durata minima del riposo consecutivo su di un arco temporale mobile di 24 ore (di per sé conforme alla direttiva e alla stessa prescrizione costituzionale) inciderà, in senso espansivo, anche sul tetto giornaliero delle 13 ore (e potenzialmente, su quello settimanale di 78 ore). Ma allora, proprio per questo, non si può non riconoscere l'esistenza di un ulteriore profilo di incostituzionalità, attinente alla violazione, da parte dei commi dal primo al terzo dell'art. 17, della riserva di legge di cui all'art. 36, co. 2°, Cost., nella misura in cui - quantunque, ancora una volta, in via indiretta - attribuiscono a soggetti diversi dal legislatore il potere di modificare verso l'alto - e senza altro limite se non quello derivante dal citato art. 17, co. 4° - il tetto giornaliero di 13 ore di lavoro.

A questo riguardo chi scrive ha sostenuto più volte, sin da tempi non sospetti, che la riserva stabilita dall'art. 36, co. 2°, Cost., deve essere inevitabilmente intesa come riserva *assoluta*, che impedisce al legislatore (cioè, alla legge formale ovvero, come nel caso di specie, agli atti ad essa equiparati, quali i decreti legislativi) di riversare su altre fonti la funzione che la Costituzione gli attribuisce, e non come riserva *relativa*, che in quanto tale ammetterebbe il rinvio a fonti diverse[561].

In questa sede basti rammentare che la suddetta soluzione si impone non solo osservando la lettera della disposizione costituzionale (elemento, questo, ritenuto normalmente di per sé insufficiente a distinguere tra riserve relative e assolute), ma soprattutto considerando la sua *ratio* (limitazione della durata massima della giornata lavorativa in funzione di tutela della salute del lavoratore), nonché analizzando l'ambito di estensione materiale della riserva in essa sancita, il quale risulta incompatibile con un rinvio ad altri della competenza a disciplinare l'oggetto riservato. Come noto, infatti, laddove si versi in un'ipotesi di riserva *relativa*, il legislatore deve comunque individuare quantomeno i principi fondamentali o generali della disciplina, con una

---

[557] Per la possibilità che venga avanzata una simile ipotesi interpretativa, v. LECCESE, *La nuova disciplina...*, 196 s. In effetti, la sopravvivenza di un limite giornaliero dopo il d.lgs. n. 66 è stata ipotizzata da VICECONTE (*La nuova organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2003, 1146 ss.) ed espressamente negata da SANDULLI P. (*Orario di lavoro...*, par. 4b).

[558] Art. 17, co. 1°.

[559] Art. 17, co. 2° e 3°.

[560] Cfr., in particolare, art. 17, co. 2°, lett. *c)*.

[561] Sia dunque consentito rinviare a quelle sedi per le argomentazioni relative: CARABELLI, *Il lavoro straordinario...*, CARABELLI, LECCESE, *Orario di lavoro...*, e, soprattutto, LECCESE, *L'orario di lavoro...*, spec. 83 ss. (nonché 63, per i necessari rinvii in merito al dibattito sull'ammissibilità di decreti legge e/o di leggi di delegazione e, quindi, di decreti legislativi in materia riservata).

completezza tale da circoscrivere sufficientemente la discrezionalità di quanti siano chiamati ad intervenire su profili rientranti nella materia coperta da riserva (*recte*, nel suo specifico oggetto), non potendosi limitare ad un mero rinvio *in bianco* alla fonte subordinata; ed al riguardo si è parlato di indispensabile individuazione, ad opera della legge, delle scelte caratterizzanti, ovvero dei principi generali, ovvero, ancora, delle direttive e dei criteri-base cui tale fonte deve attenersi[562]. Sennonché, l'ambito di estensione materiale della riserva sancita dall'art. 36, co. 2°, Cost., copre un aspetto circoscritto, compatto e puntuale (tetto giornaliero d'orario) di una materia più ampia o complessa, rispetto al quale non è neppure tecnicamente possibile individuare elementi dello schema regolativo in relazione ai quali il legislatore si possa limitare ad operare le scelte caratterizzanti, ovvero a dettare i principi fondamentali di disciplina, cui eventuali altre fonti si debbano attenere: di qui l'impossibilità di ammettere la possibilità che il legislatore chiami tali fonti a stabilire la durata massima della giornata di lavoro.

Ebbene, l'accettazione di questa soluzione interpretativa renderebbe, con evidenza immediata, incostituzionali le disposizioni in esame.

Va detto, peraltro, che anche a voler ipotizzare la possibilità di intendere la riserva in questione in senso 'debole', e cioè come riserva *relativa*, la disciplina in esame solleverebbe comunque dubbi di legittimità costituzionale[563]. Infatti, per quanto appena riferito in linea generale, in merito ai contenuti minimi di una legge che contempli l'intervento di altri soggetti in una materia coperta da riserva (quantunque, in ipotesi, relativa), è evidente che, nel caso di specie, i summenzionati principi, scelte o direttive avrebbero dovuto vertere, in primo luogo, sulla determinazione del nuovo - e più ridotto - limite minimo di riposo consecutivo e, conseguentemente (*id est*: indirettamente), del nuovo - e più elevato - tetto massimo assoluto del lavoro giornaliero; in secondo luogo, sulle ipotesi e/o condizioni legittimanti la deroga, cioè - in definitiva - legittimanti il passaggio da un regime generale ad un diverso, e ancor meno protettivo, regime.

Sennonché, in merito al primo aspetto, è evidente come il rinvio che ci occupa non contenga alcuna indicazione utile a limitare la discrezionalità delle altre fonti nell'opera di fissazione del *quantum* di quel nuovo limite minimo e, quindi, di quel nuovo tetto massimo (cosa che del resto, per quanto sopra argomentato, neppure sarebbe stata possibile, vista la *puntualità* dell'oggetto riservato); anzi, nel rinvio in questione non è nemmeno sancito l'obbligo per la fonte secondaria o per la contrattazione collettiva di procedere ad una tale fissazione. Né, in senso contrario, sarebbe invocabile l'art. 17, co. 4°, del d.lgs. Questa norma - persino alla luce dell'interpretazione rigorosa fornita dalla Corte di giustizia della corrispondente previsione comunitaria - incide solo sul *momento* in cui devono essere concessi i riposi compensativi, imponendo che essi siano «immediatamente successivi all'orario di lavoro che sono intesi a compensare» e, quindi, che la riduzione del riposo sia compensata mediante la concessione di «un numero di ore consecutive corrispondenti alla riduzione praticata e di cui il lavoratore deve beneficiare prima di cominciare il periodo di lavoro seguente», salvo che ciò non sia possibile per ragioni oggettive, cioè in «circostanze del tutto eccezionali» (nelle quali occorre comunque assicurare una protezione appropriata)[564]. Com'è evidente, la norma in questione non incide invece, in senso limitativo, sull'*entità*

---

[562] V., per i necessari rinvii alla dottrina sul punto, LECCESE, *L'orario di lavoro...*, 73 ss.

[563] Cfr. anche DEL PUNTA, *La riforma dell'orario...*, XIV s.

[564] V. Corte Giust. Com. eur., 9 settembre 2003, causa C-151/02, *Norbert Jaeger* contro *Landeshaupstadt Kiel*, in *Guida lav.*, 2003, n. 38, 11 (spec. parr. 94 ss., da cui sono tratti i virgolettati).

di quella riduzione (cioè sull'entità della contrazione del riposo) e, quindi, non è idonea, di per sé, a porre un limite alla dilatazione del tempo di lavoro nella singola giornata: il suo rispetto, insomma, non è idoneo ad evitare la lesione - sul punto - del precetto posto dall'art. 36, co. 2°, Cost.

Per quanto attiene al secondo aspetto, poi, è già stato rimarcato come l'intervento derogatorio della contrattazione collettiva non sia stato sottoposto ad alcuna limitazione tipologica (invece presente, come si è detto, per l'ipotesi in cui la deroga sia introdotta con d.m.): in questo caso, quindi, manca anche la determinazione legislativa di condizioni, esigenze o caratteristiche idonee a scongiurare l'esercizio arbitrario della funzione attribuita con il rinvio.

La verità, in definitiva, è che il legislatore delegato non ha affatto considerato, nell'effettuare le sue scelte, la specifica previsione costituzionale in materia di durata giornaliera, ponendosi come unico obiettivo (invero, solo in parte raggiunto: *supra*, par. 1.1) quello di rispettare le diverse prescrizioni poste dalla direttiva (eccettuata comunque, come qui più volte ribadito, quella relativa al non regresso), con ciò esponendo la nuova disciplina all'inevitabile contrasto con quella previsione. Ed è appena il caso di osservare che un simile problema non si sarebbe affatto posto se il legislatore delegato avesse compiuto una diversa scelta (peraltro imposta anche dalla necessità del rispetto della clausola di non regresso e dai contenuti della delega, nonché seguita anche in altri paesi comunitari, nei quali pure manca una disposizione costituzionale quale l'art. 36, co. 2° Cost.), consistente nella conservazione di un autonomo ed adeguato limite all'orario giornaliero massimo assoluto, cui affiancare il diritto al riposo minimo consecutivo su un arco temporale mobile di 24 ore.

2.2. Sul potenziale contrasto con l'art. 36, co. 3°, Cost.

Il secondo potenziale contrasto con il dettato costituzionale si riscontra, come si è detto, in relazione alla disciplina contenuta nell'art. 9, d.lgs. n. 66, sul riposo settimanale.

Al riguardo, l'art. 9, co. 1°, sancisce che «il lavoratore ha diritto, ogni sette giorni, a un periodo di riposo di almeno 24 ore consecutive, di regola in coincidenza della domenica, da cumulare con le ore di riposo giornaliero di cui all'art. 7»; una previsione questa, nella quale, come è stato ben rilevato da un autore[565], sono contenute varie statuizioni di differente portata, e precisamente le seguenti: il lavoratore ha diritto ad un periodo di riposo di almeno 24 ore ogni sette giorni lavorativi; le 24 ore di riposo devono essere consecutive; il riposo deve essere *di regola* goduto nella giornata di domenica; le 24 ore di riposo settimanale si devono cumulare con le 11 ore di riposo giornaliero di cui all'art. 7.

A fronte di questa disposizione, il co. 2° dello stesso art. 9, con una formulazione invero contorta, dispone, da un lato, che «fanno eccezione alla disposizione di cui al comma 1» alcune situazioni tassativamente individuate (cambio squadra nel lavoro a turni, attività di lavoro frazionato, personale del settore dei trasporti ferroviari addetto ad attività discontinue, a servizi a bordo dei treni e ad attività connesse con gli orari del trasporto ferroviario che assicurano continuità e regolarità del traffico: lett. *a)*, *b)* e *c)*) e, dall'altro, che i contratti collettivi stipulati da organizzazioni

---

[565] GAROFALO D., *Il D.Lgs. n. 66/2003 sull'orario di lavoro e la disciplina previgente: un raccordo problematico*, in *Lavoro giur.*, 2003, 1013.

sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative, possono «stabilire previsioni diverse» (lett. *d)*), quantunque nel rispetto di quanto previsto dal co. 4° dell'art. 17[566]. Tanto l'*incipit* del co. 2°, quanto il dettato della stessa lett. *d)*, per il loro tono generico, paiono dunque consentire deroghe a *tutte* le statuizioni legali del comma 1°; e d'altronde tali deroghe sarebbero tutte ammesse dall'art. 17, par. 2.3 e par. 2.1., lett. *e)* della direttiva n. 93/104[567].

Il co. 3° dell'art. 9 individua, poi, varie attività per le quali è consentito fissare il predetto riposo in un giorno differente dalla domenica; ed ancora, il co. 4° dello stesso art. 9, fa salve le norme speciali che consentono la fruizione del riposo in giorno diverso dalla domenica, ma anche «le deroghe previste dalla l. 22 febbraio 1934, n. 370», le quali riguardano, a loro volta, tanto il riposo domenicale quanto altri profili della disciplina del riposo settimanale: basti pensare ai casi di *parziale esclusione* della tutela[568], alla *riduzione* del riposo, alla possibilità di *frazionarlo o sospenderlo*, al *raggruppamento* di più giornate di riposo[569].

Infine, un richiamo merita anche l'esplicita esclusione del personale mobile dall'applicazione dell'art. 9, per effetto dell'art. 17, co. 6°, benché sia fatto salvo il «rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori» (ma anche dell'inadeguatezza di questa previsione rispetto alle clausole di salvaguardia previste dalla direttiva, si è detto *supra*, par. 1.1).

A fronte di questa a dir poco contorta e non lineare disciplina, numerosi sono i profili di contrasto con l'art. 36, co. 3°, Cost., che emergono anche alla luce della pluriennale giurisprudenza della Corte costituzionale in materia.

A questo riguardo va precisato anzitutto che la Corte - dopo aver sancito che il diritto costituzionale al riposo settimanale spetta, in modo irrinunciabile ed insopprimibile, a tutti i lavoratori[570] - è intervenuta in passato più volte a giudicare della legittimità di disposizioni che, in deroga al principio del riposo di 24 ore ogni sette giorni, stabilivano una periodicità diversa. E tutte le volte essa ne ha affermato (almeno in linea di principio ed indipendentemente dalla dichiarazione di incostituzionalità o meno della disposizione sottoposta al suo giudizio), con analoghe motivazioni, la compatibilità con l'art. 36, co. 3°, Cost., pur delineando alcuni essenziali principi che devono evidentemente essere rispettati dal legislatore ordinario, nonché dall'interprete nella sua attività esegetica.

In effetti, in una prima sentenza la Corte ha posto la condizione che siffatta differente periodicità sia ragionevolmente imposta dalle esigenze della produzione nell'industria, nel commercio, nei trasporti, nell'agricoltura ecc., derivanti «dalla grande varietà di regimi di lavoro» ovvero connesse «alle varie specie di attività lavorative caratterizzate da peculiari circostanze». La stessa Corte ha peraltro precisato che, in ogni caso, è necessario che la diversa periodicità sia ristretta

---

[566] Ma al riguardo v. *supra*, nel par. 1.1, quanto già detto in merito alla mancata introduzione di questo limite anche per le ipotesi direttamente individuate dalle lett. *a)*, *b)* e *c)* dell'art. 9, co. 2°.

[567] Cfr. LECCESE, *La nuova disciplina...*, 222 ss.

[568] Cfr. spec. art. 1, co. 2°, l. n. 370 e, su tale norma, Corte cost. n. 76/1962 e n. 23/1982.

[569] Cfr. LECCESE, *La nuova disciplina...*, 226 s.

[570] Corte cost. n. 76/1962 e, *incidenter tantum*, Corte cost. nn. 146/1971 e 101/1975.

«ai casi di evidente necessità a tutela di altri interessi apprezzabili» e che, nel ciclo di lavoro di un certo periodo di tempo, rimanga comunque ferma la media di ventiquattro ore di riposo dopo sei giornate lavorative (risultando di conseguenza illegittime le previsioni che non soddisfano quest'ultimo requisito, poiché consentono - a causa della loro imprecisione e vaghezza - la concentrazione dei riposi)[571]. In una successiva pronuncia, continuando lungo questa traccia, la Corte, da un lato, ha ribadito che la deroga può essere consentita a condizione che si tratti di casi di necessità a tutela di altri apprezzabili interessi e che non venga snaturato od eluso il rapporto - nel complesso - di un giorno di riposo e sei di lavoro; dall'altro, ha ancora confermato che non debbano essere superati i limiti di ragionevolezza rispetto sia alle esigenze particolari della specialità del lavoro, sia - e trattasi di un significativo sviluppo della precedente pronuncia - rispetto alla tutela degli interessi del lavoratore soprattutto per quanto riguarda la *salute* dello stesso[572]. Infine, in una sentenza successiva, la Corte, nel richiamare le proprie precedenti pronunce, ha ancora una volta sottolineato che peculiari forme di periodicità possono essere previste in ragione della diversa qualità e varietà di tipi di lavoro, al fine di soddisfare altri apprezzabili interessi; al tempo stesso, nel confermare l'esigenza che non vengano superati i predetti limiti di ragionevolezza (a tutela tanto della specialità del lavoro che della salute del lavoratore), ha peraltro affermato - ed in ciò è rinvenibile un nuovo e significativo elemento nel ragionamento della Corte - che deve trattarsi di «situazioni idonee a giustificare un *regime eccezionale*»[573] (corsivo nostro).

Viceversa, la stessa Corte costituzionale non ha ammesso nessuna deroga alla regola della consecutività delle 24 ore di riposo, affermando che quest'ultima costituisce elemento essenziale del riposo settimanale[574], né tanto meno alla regola del non riassorbimento, o non sovrapponibilità, totale o parziale del riposo giornaliero da parte di quello settimanale[575].

Orbene, pare evidente che occorra trarre le dovute conseguenze da questa articolata elaborazione sul piano dell'interpretazione della disciplina dettata dal d.lgs. n. 66, nonché - per effetto del richiamo di cui al suo art. 9, co. 4° - nella l. n. 370 del 1934, segnalando anzitutto che *nessun lavoratore* può essere privato del diritto costituzionale al riposo settimanale. È dunque anzitutto in radicale contrasto con l'art. 36, co. 3°, Cost. la previsione di cui all'art. 17, co. 6°, del d.lgs. n. 66, con la quale si stabilisce l'inapplicabilità dell'art. 9 al personale mobile (sia pure, come s'è detto, «nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori»), nella misura in cui tale inapplicabilità possa essere interpretata come esclusione di questi lavoratori dal diritto al riposo settimanale; e siffatta interpretazione va riferita - come, in verità, occorreva già fare prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 66, sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale - anche a tutti i lavoratori che ai sensi dell'art. 1, co. 2°, l. n. 370, erano esclusi dall'applicazione della precedente disciplina.

Per altro verso, data l'indifferenza dell'art. 36, co. 3°, Cost., in merito alla coincidenza del riposo settimanale con la domenica, nessun problema di legittimità costituzionale pongono l'art. 9, co. 2°, 3° e 4°, del d.lgs. n. 66, nonché le altre disposizioni della l. n. 340 che consentono, per

---

[571] Corte cost. n. 150/1967.

[572] Corte cost. n. 146/1971, anch'essa contenente una declaratoria d'incostituzionalità di previsioni che consentivano il raggruppamento arbitrario e irrazionale dei riposi.

[573] Corte cost. n. 101/1975.

[574] Corte cost. n. 23/1982, nel richiamare le proprie pronunce nn. 150/1967 e 102/1976.

[575] Corte cost. n. 102/1976 ed ancora Corte cost. n. 23/1982.

determinati lavoratori e attività, di derogare al principio, sancito nel co. 1° dell'art. 9, della coincidenza del riposo settimanale con la giornata della domenica.

Ciò detto, va segnalato che le altre previsioni dell'art. 9, co. 1° - oltre che dare attuazione all'art. 5 della direttiva n. 93/104 (nel quale, val la pena segnalarlo, l'originario richiamo al riposo domenicale è stato successivamente soppresso dalla direttiva n. 2000/34) - riprendono anche garanzie sancite dall'art. 36, co. 3°, come interpretato dalla Corte costituzionale. Di qui la necessità di verificare se le deroghe consentite dall'art. 9, co. 2°, d.lgs. n. 66, nonché dalla l. n. 370 (in quanto richiamata, come s'è detto, dal co. 4° del medesimo art. 9) siano tuttavia suscettibili o meno di contrastare con il dettato costituzionale.

Per ciò che attiene alle deroghe già previste dalla legge del 1934, ci si può qui limitare ad accennare che la loro sopravvivenza determina la riproposizione dei dubbi di costituzionalità già sollevati, nel tempo, dalla dottrina con riferimento a tutti i casi in cui le vecchie disposizioni prevedevano una mera riduzione del riposo, senza recuperi successivi, ovvero il suo frazionamento[576].

Per ciò che attiene, invece, alle nuove previsioni del d.lgs., si deve ritenere che, al fine di scongiurarne l'illegittimità costituzionale, l'art. 9, co. 2°, vada interpretato nel senso che non è comunque consentita la compressione, da un lato, del diritto a 24 ore *consecutive* di riposo e, dall'altro, del diritto al non riassorbimento del riposo giornaliero da parte di quello settimanale; e ciò vale sia per le tre ipotesi legalmente nominate dall'art. 9, co. 2°, lett. *a)*, *b)* e *c)*, sia per quelle ulteriori individuabili da parte della contrattazione collettiva, autorizzata dalla lett. *d)*[577].

Per quanto attiene, invece, alla periodicità settimanale del riposo di 24 ore, il discorso è più complesso poiché, leggendo attentamente le considerazioni della Corte costituzionale sopra riportate, sembra di scorgere un progressivo irrigidimento del Giudice delle leggi nell'ammettere una deroga a tale principio; ciò in virtù della crescente considerazione dell'esigenza di tutela degli interessi del lavoratore, in particolare della sua *salute* (nonché, si potrebbe - forse dovrebbe - aggiungere, della sua dimensione socio-ricreativa, secondo quanto argomentato, seppure in altro contesto, dalla stessa Corte costituzionale[578]), ma anche, ed anzi soprattutto, in ragione del richiamo alla necessità che le deroghe al principio di periodicità rispondano ad una logica di *eccezionalità*[579].

Della giurisprudenza costituzionale in questa materia, sopra brevemente riepilogata, dovrà dunque certamente tenere conto la contrattazione collettiva (il cui intervento non pone problemi di legittimità, mancando una riserva di legge nell'art. 36, co. 3° Cost.[580]), la quale potrà operare, in forza dell'art. 9, co. 2°, lett. *d)*, soltanto, appunto, nel rispetto dei confini, tendenzialmente

---

[576] Si v., in particolare, VENTURA, *Il riposo settimanale: questioni recenti e recentissime di interpretazione e di costituzionalità*, in *Riv. giur. lav.*, 1968, I, 67 ss.; TREU, *Commento all'art. 36*, in BRANCA Giu. (a cura di), *Commentario della Costituzione*. *Rapporti economici*, tomo I, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, 128 s.; ICHINO, *L'orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2109*, in SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1987, 160; GALLI, *I riposi settimanali e infrasettimanali*, in *Dir. lav.*, 1987, I, 546 ss.

[577] E d'altronde, si potrebbe dire che, almeno per ciò che attiene al riassorbimento del riposo giornaliero in quello settimanale, il legislatore abbia implicitamente inteso soddisfare i principi derivanti dall'elaborazione della giurisprudenza costituzionale, in quanto non ha utilizzato la possibilità derogatoria offerta sul punto, in presenza di condizioni giustificatrici oggettive, tecniche o di organizzazione del lavoro, dall'art. 5, par. 3, della dir. n. 104.

[578] Corte cost. n. 23/1982.

[579] Corte cost. n. 101/1975.

[580] Cfr. ancora Corte cost. n. 146/1971.

sempre più rigorosi, posti dalla Corte. Quanto invece alle tre ipotesi tipizzate dal decreto al comma 2°, lett. *a), b)* e *c)*, mentre non sembrano sorgere dubbi in relazione all'ipotesi *sub c* (dove è implicato l'effettivo godimento della libertà costituzionale di circolazione di cui all'art. 16, Cost.), qualche perplessità potrebbe forse sorgere in relazione alle ipotesi *sub a* e *b*, una volta che si desse rilievo alle affermazioni della Corte relative, da un lato, alle esigenze di tutela degli interessi del lavoratore, dall'altro alla natura eccezionale del regime derogatorio.

2.3. Sul potenziale contrasto con l'art. 76 Cost.

Il terzo profilo di contrasto del d.lgs. n. 66 con la normativa costituzionale riguarda la violazione dell'art. 76 Cost.

A questo riguardo, si è già detto in apertura che la *Legge comunitaria 2001* (l. 1° marzo 2002, n. 39), nel fissare taluni principi e criteri direttivi di carattere generale valevoli per tutte le deleghe legislative in essa previste, aveva indicato «quelli contenuti nelle direttive da attuare»[581], impegnando altresì il legislatore delegato ad assicurare, in ogni caso, che la disciplina da esso disposta fosse «pienamente conforme alle prescrizioni delle direttive» da attuare[582].

Non è neppure il caso di soffermarsi in questa sede sulla scarsa precisione di siffatta identificazione dei principi e criteri direttivi richiesti dall'art. 76 Cost., laddove si pensi che molte direttive in materia sociale non si limitano ad imporre contenuti minimi per le discipline nazionali, ma offrono al legislatore interno una vasta gamma di opzioni regolative (talora, per così dire, *polarizzate* tra loro ed alcune delle quali persino foriere - ove prescelte - di un arretramento delle tutele già in vigore nei singoli Stati membri), prospettando una discrezionalità che, almeno nell'ambito dell'ordinamento italiano, è riservata alla legge del Parlamento e non potrebbe essere 'trasferita' al Governo *sic et simpliciter*, cioè rimessa tramite delega ad esso in assenza di specifici criteri direttivi che ne *dirigano* (cioè guidino e limitino) le scelte[583]; e ciò per quanto ampia possa essere, in genere, la portata che si intenda attribuire al concetto di «principi e criteri direttivi» di cui all'art. 76 Cost.[584].

Quel che qui più importa rilevare, piuttosto, è che il diretto richiamo delle direttive da attuare, ai fini dell'individuazione dei principi e criteri direttivi da valere per il legislatore delegato, implica che la violazione da parte della normativa attuativa dei vincoli e limiti posti dalla direttiva n. 93/104, oltre a rilevare, come si è visto (v. *supra*, parr. 2 e 2.1), in termini di inottemperanza agli obblighi comunitari, si pone altresì in contrasto con l'art. 76 Cost., poiché costituisce violazione anche della legge delega. Ciò vale, naturalmente, pure per il principio di non regresso sancito dall'art. 18, par. 3, il quale deve essere sicuramente annoverato, in assenza di una specifica e

---

581 Art. 2, co. 1°.

582 Art. 2, co. 1°, lett. *f)*.

583 Si pensi, ad esempio, all'art. 1, dir. n. 75/129 (ed ora art. 1, dir. n. 98/59), ed alla scelta da esso consentita - ai fini della determinazione del campo di applicazione della disciplina sui licenziamenti collettivi - in materia di periodo di riferimento, numero di licenziamenti e dimensioni occupazionali; scelta che, non a caso, è stata fatta in Italia con legge del Parlamento (art. 24, l. n. 223/1991).

584 Su cui cfr., da ultimo, SPEZIALE, *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro. Commento all'art. 20 del d.lgs. n. 276 del 2003*, di prossima pubblicazione in GRAGNOLI, PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, par. 3.

motivata esclusione, tra i principi e criteri direttivi deducibili dalla direttiva n. 93/104[585].

2.4. Sul potenziale contrasto con l'art. 39, Cost.

2.4.1. Le tipologie di rinvio alla contrattazione collettiva contenute nel d.lgs. n. 66

Seguendo una prassi ormai ampiamente praticata dalla legislazione lavoristica dell'ultimo periodo, il legislatore delegato ha largheggiato in rinvii alla contrattazione collettiva, anche se essi - come avvenuto con maggiore evidenza, in epoca più recente, in tema di part-time[586] e di mercato del lavoro[587] - manifestano differenti caratteristiche strutturali e funzionali, oltre che di contenuto. Di conseguenza, nonostante la suggestione *unificante* indotta dall'art. 1, co. 2°, lett. *m)*, il quale fornisce una definizione generale di «contratti collettivi di lavoro» (si tratta dei «contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative») da valere - salvo la presenza di alcuni rinvii a contratti collettivi stipulati da soggetti differenti e/o a specifici livelli[588] - in tutti i casi in cui il decreto rinvii ad essi[589], ci si trova in realtà di fronte a tipologie differenziate del rapporto tra fonte legale e contratto collettivo, di modo che è indispensabile raggrupparli a seconda delle relative uniformità.

a) Ad una prima tipologia sono riconducibili i rinvii che attribuiscono al contratto collettivo una funzione derogatoria in senso *migliorativo* dei trattamenti previsti dalla legge.

Tra essi si segnalano quelli di cui:

- all'art. 1, co. 2°, lett. *e)*, n. 2 (nella parte in cui, ai fini della qualificazione di lavoratore notturno, al contratto collettivo viene riconosciuta la possibilità di stabilire condizioni di miglior favore rispetto al limite degli ottanta giorni lavorativi di cui allo stesso n. 2, ovvero rispetto al limite delle tre ore di cui al n. 1 della medesima lett. *e)*; ma questa stessa disposizione, come si vedrà tra breve consente anche deroghe peggiorative);

- all'art. 3, co. 2°, prima parte (ove si consente ai contratti collettivi di stabilire, ai soli fini contrattuali, una durata settimanale normale dell'orario di lavoro inferiore rispetto a quella legale, fissata, in 40 ore, dal co. 1° del medesimo art. 3);

- all'art 4, co. 1° (dove i contratti collettivi sono, in sostanza, 'invitati' a fissare un limite inferiore alle 78 ore ricavabili dall'art. 7, di cui si è detto *supra*, par. 2.1);

---

585 LECCESE, *L'orario di lavoro...*, 427; CARABELLI, LECCESE, *Legge, autonomia collettiva...*, par. 3.3.

586 Si v. l'analisi di PINTO, *Lavoro* part-time *e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, 275 ss.

587 V., in proposito, la schematizzazione di CARINCI F., *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in MISCIONE, RICCI M. (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, vol. I del *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da CARINCI F., Ipsoa, Milano, 2004, L ss.

588 Cfr. spec. art. 17, co. 1°, e art. 18, co. 2°.

589 In proposito è bene chiarire che la generica formulazione della citata lett. *m)*, pur nella sua indubbia ambiguità (che ha già dato luogo a differenti interpretazioni), induce comunque a ritenere che il legislatore delegato abbia inteso ricomprendere tutti i livelli contrattuali, da quello interconfederale a quello aziendale, passando per quello nazionale e per quello territoriale; soluzione interpretativa, questa, che consente anche di fornire adeguata spiegazione alla presenza nel decreto di disposizioni che, come accennato in testo, operando in via d'eccezione rispetto alla norma generale, stabiliscono specificamente il livello competente. Per argomenti più analitici a sostegno di questa interpretazione e per i necessari rinvii alla dottrina conforme e contraria, sia consentito rinviare a CARABELLI, LECCESE, *Il sofferto rapporto ....*

- all'art. 5, co. 3° (che prevede che i contratti collettivi possano ridurre il numero delle ore annuali di straordinario rispetto alle 250 previste dalla stessa disposizione - ma, come si dirà, essi potrebbero anche innalzare tale limite), e 4° (il quale prevede, invece, che il contratto collettivo possa ridurre il numero delle ipotesi ivi indicate, nelle quali lo straordinario è sempre e comunque ammesso - ma, come si dirà, esso potrebbe anche individuare ipotesi aggiuntive) (è da segnalare che, in relazione tanto alla diminuzione del limite delle 250 ore, quanto alla riduzione del numero delle ipotesi non vincolate, l'intervento del contratto è *oggettivamente* migliorativo, in quanto espone il lavoratore ad un minore carico lavorativo, pur se *soggettivamente* il singolo lavoratore potrebbe essere invece interessato, per motivi economici, a svolgere lo straordinario[590]);

- all'art. 5, co. 5° (che prevede l'intervento del contratto collettivo ai fini della fissazione delle maggiorazioni retributive dello straordinario, ovvero, in aggiunta o in alternativa ad esse, dei riposi compensativi);

- all'art. 8, co. 1° (in materia di durata delle pause, dove peraltro il contratto collettivo può introdurre deroghe non soltanto migliorative, ma anche peggiorative rispetto a quanto previsto dallo stesso art. 8, co. 2°);

- all'art. 8, co. 3° (nella misura in cui si prevede che i contratti collettivi possano stabilire la remunerazione, o comunque il computo come lavoro effettivo dei periodi ivi indicati);

- all'art. 10, co. 1° (dove, in tema di ferie annuali, si prevede che i contratti collettivi possano fissare un periodo superiore a quattro settimane);

- all'art. 13, co. 2° (che riconosce ai contratti collettivi la possibilità di stabilire riduzioni dell'orario di lavoro o trattamenti indennitari per i lavoratori notturni);

- all'art. 15, co. 2°, seconda parte (nel quale si prevede che il contratto collettivo possa stabilire soluzioni più favorevoli al lavoratore rispetto al licenziamento, in caso di inidoneità del lavoratore alla prestazione di lavoro notturno e di inesistenza o indisponibilità di altre mansioni equivalenti);

- all'art 16, co. 1° (il quale riconosce ai contratti collettivi la possibilità di prevedere condizioni di miglior favore rispetto alle ipotesi, ivi individuate, di esclusione dai limiti della durata dell'orario normale settimanale);

- all'art. 18, co. 2° (relativo all'orario di lavoro dei lavoratori a bordo di navi da pesca marittima, il quale consente ai «contratti nazionali di categoria» di derogare *in melius* alla previsione contenuta nello stesso comma in tema di durata media dell'orario di lavoro; ma, come si dirà tra breve, la deroga ivi consentita può essere anche peggiorativa).

b) Una seconda tipologia è poi costituita dai rinvii che consentono al contratto collettivo di svolgere una funzione derogatoria *diversa ed ulteriore* rispetto a quella migliorativa, sopra descritta. Si tratta, come noto, di un modello di rapporti tra legge ed autonomia collettiva sviluppatosi soprattutto nell'ultimo ventennio, secondo il quale ai contratti collettivi è consentito, a seconda dei casi, di introdurre direttamente trattamenti peggiorativi (*a latere laboratoris*) o comunque difformi rispetto a quelli previsti dalla legge (una funzione derogatoria che potremmo definire di tipo 'regolativo'); di stabilire l'eliminazione o il temperamento di vincoli legali gravanti sul datore di lavoro, con conseguente riconoscimento in capo al medesimo di posizioni soggettive

[590] Cfr. CARABELLI, LECCESE, *Legge, autonomia collettiva...*, par. 4.2.

(eventualmente anche condizionate, ma comunque) più vantaggiose, soprattutto in tema di flessibilità (una funzione derogatoria, questa, che ha per effetto l'attribuzione al datore di lavoro di poteri o facoltà e che, per rapporto all'altra, potremmo definire di tipo 'deregolativo'); di trasformare un limite legale da inderogabile in derogabile dalle parti individuali, pure se, eventualmente, nel rispetto di determinati limiti e/o condizioni (una funzione, questa, che potremmo forse meglio definire come 'derogabilizzatrice' - ovvero, con termine meno pregnante, ma più armonico, '*quasi*-derogatoria' - proprio per evidenziare che la deroga costituisce una conseguenza non necessaria, ma solo eventuale dell'intervento collettivo, dipendendo essa poi dalla volontà delle parti individuali[591])[592].

Tra i principali rinvii contenuti nel d.lgs. n. 66 riconducibili a questa ampia tipologia possono essere annoverati quelli di cui:

- all'art. 1, co. 2°, lett. *e)*, n. 2 (nella parte in cui, ai fini della qualificazione di lavoratore notturno, al contratto collettivo viene riconosciuta la possibilità di stabilire condizioni peggiorative - oltre che, come s'è detto, migliorative - rispetto al limite degli ottanta giorni lavorativi di cui allo stesso n. 2);

- all'art. 3, co. 2°, seconda parte (ove si consente ai contratti collettivi di prevedere la distribuzione multiperiodale - su base, al massimo, annua - dell'orario di lavoro settimanale di 40 ore stabilito dal co. 1° del medesimo art. 3);

- all'art. 4, co. 4° (in base al quale i contratti collettivi possono estendere a 6 o anche a 12 mesi l'ambito temporale entro cui calcolare la media delle 48 ore ogni sette giorni, di cui al co. 2°; nel caso, peraltro, di estensione a 12 mesi, essi sono gravati dell'onere di individuare le «ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro»);

- all'art. 5, co. 3° (dove, in relazione allo straordinario, si prevede che la disciplina collettiva possa eliminare il vincolo del preventivo accordo delle parti, ovvero aumentare il limite delle 250 ore) e

---

591 Del contratto collettivo oggetto di questo tipo di rinvii, con specifico riferimento alle tipologie flessibili di lavoro subordinato, si è tra l'altro detto che esso produrrebbe un 'terzo effetto' - diverso da quelli normativo e obbligatorio - e cioè un effetto 'costitutivo' della legittimazione negoziale individuale (D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Dir. lav rel. ind.*, 1990, spec. 554 ss.; v. anche ROCCELLA, *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2000, 351 ss. e, da ultimo, VOZA, *La destrutturazione del tempo di lavoro:* part-time, *lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti…*, 238 s.).

592 La distinzione tra questi differenti rinvii ad una contrattazione collettiva di tipo derogatorio è effettuata con finalità meramente classificatorie, dal momento che, in assenza di precisazione del legislatore, il rinvio potrebbe anche implicare il possibile esercizio da parte del contratto collettivo di una qualsiasi delle funzioni suddette. Si pensi ad esempio all'accordo che istituisce l'organizzazione multiperiodale dell'orario normale settimanale, il quale si presenta come un intervento contrattuale (autorizzato, come si dirà nel testo, dall'art. 3, co. 2°) volto a *derogare* il limite legale delle 40 ore di orario normale settimanale, in quanto, attraverso la sua trasformazione in limite medio su base plurisettimanale (entro l'arco temporale massimo di un anno), ne consente il superamento, seppure a condizione di un successivo recupero compensativo. Orbene, si può osservare che, sulla base del rinvio *generico* sancito dalla norma, il contratto collettivo potrebbe - appunto derogando al predetto limite - disciplinare direttamente la nuova distribuzione multiperiodale (nel qual caso esso svolgerebbe una funzione derogatoria di tipo regolativo, poiché sostituirebbe al limite legale delle 40 ore settimanali di orario normale una organizzazione multiperiodale predeterminata e vincolante); ovvero potrebbe attribuire al datore il potere di distribuire l'orario di lavoro anche su base multiperiodale, con settimane di orario normale superiore alle 40 ore (nel qual caso si sarebbe in presenza di un contratto collettivo con funzione derogatoria di tipo deregolativo); ed infine potrebbe perfino limitarsi a prevedere la possibilità del ricorso ad una distribuzione multiperiodale dell'orario del singolo lavoratore, previo accordo tra le parti del rapporto individuale (nel qual caso non sarebbe un contratto in se stesso derogatorio, bensì un contratto idoneo a trasformare il limite legale inderogabile in derogabile dall'accordo delle parti).

co. 4° (dove i contratti vengono autorizzati ad aumentare il numero delle ipotesi in cui lo straordinario è sempre e comunque ammesso) (è da segnalare, specularmene a quanto sopra osservato, che in relazione tanto all'aumento del limite delle 250 ore, quanto all'aumento delle ipotesi non vincolate, l'intervento del contratto è *oggettivamente* peggiorativo, in quanto espone il lavoratore ad un maggiore carico lavorativo, pur se *soggettivamente* il singolo lavoratore potrebbe essere invece interessato, per motivi economici, a svolgere lo straordinario[593]);

- all'art. 8, co. 1° (in materia di durata delle pause, dove peraltro il contratto collettivo, come s'è detto, può introdurre deroghe, oltre che peggiorative, anche migliorative rispetto a quanto previsto dallo stesso art. 8, co. 2°);

- all'art. 9, co. 2°, lett. *d)* (in materia di riposi settimanali, dove peraltro il contratto collettivo soggiace al vincolo di cui all'art. 17, co. 4°);

- all'art. 10, co. 3° (nella misura in cui si tratta di accordi che 'accedono' a quelli di cui all'art. 3, co. 2°, onde si prospettano come parte integrante della deroga ivi contemplata);

- all'art. 13, co. 1° (dove si prevede che i «contratti collettivi, anche aziendali», possano definire un periodo di riferimento più ampio su cui calcolare il limite medio di 8 ore giornaliere di lavoro notturno);

- all'art. 17, co. 1° (il quale consente che, «mediante contratti o accordi collettivi conclusi a livello nazionale tra le organizzazioni sindacali nazionali comparativamente più rappresentative e le associazioni nazionali dei datori di lavoro firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro o, conformemente alle regole fissate nelle medesime intese, mediante contratti collettivi o accordi conclusi al secondo livello di contrattazione», si possano derogare le previsioni del decreto in materia di riposo giornaliero, di pause, di modalità organizzative e di durata del lavoro notturno; è evidente che si tratti di deroghe *peggiorative*, se si considera che esse sono sottoposte alla clausola di salvaguardia prevista dell'art. 17, co. 4°, su cui ci si è soffermati *supra*);

- all'art. 18, co. 2° (posto che la deroga ivi prevista può essere anche *in pejus*: v. *supra*).

c) Ad una terza tipologia di rinvii, possono essere poi essere ricondotte le disposizioni del d.lgs. n. 66 che prevedono la possibilità per i contratti collettivi di intervenire a limitare - nell'*an*, nel *quantum* o nel *quomodo* - poteri datoriali che altrimenti, in mancanza di contratto, sarebbero esercitabili dal datore stesso senza limiti o, al massimo, nel rispetto di altri limiti e condizioni previsti dalla legge (tali contratti sono stati di solito definiti gestionali). Per maggiore chiarezza, si deve sottolineare che nell'ambito di questo gruppo di rinvii intendiamo collocare quelli in cui l'intervento del contratto collettivo sia previsto come *ulteriormente* vincolativo rispetto ai limiti e condizioni previsti dalla legge; laddove, qualora al contratto collettivo fosse consentito di (eliminare, ma soprattutto) modificare (e quindi sostituire) limiti e condizioni legali, si rientrerebbe nella categoria dei rinvii del secondo tipo, cioè di quelli che abbiamo definito come aventi funzione derogatoria, di tipo 'regolativo' o 'deregolativo', ovvero 'quasi-derogatoria'[594].

---

[593] Cfr. ancora CARABELLI, LECCESE, *Legge, autonomia collettiva...*, par. 4.2.

[594] In tal senso si possono, dunque, qui confermare le perplessità da varie parti sollevate (CARABELLI, *Rapporto conclusivo* su *I licenziamenti collettivi*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio Aidlass, Foggia, 25-26 maggio 2001, Giuffrè,

I rinvii del d.lgs. n. 66 appartenenti alla tipologia di cui ora ci si occupa sono quelli contenuti:

- nell'art. 5, co. 2° (nella misura in cui le «modalità di esecuzione delle prestazioni di lavoro straordinario» siano intese, come pare corretto, dato il tono letterale della disposizione, come tali, e dunque come condizioni contrattuali che rendono più gravoso il potere del datore di lavoro di ricorrere allo straordinario - da esercitarsi comunque nell'ambito dei limiti di cui agli artt. 4 e 7, nonché di quelli derivanti dallo stesso art. 5, co. 3°, 4° e 5°);

- nell'art. 11, co. 2° (ferma restando la facoltà, ormai riconosciuta al datore di lavoro, di richiedere lavoro notturno, la previsione da parte dei contratti collettivi di requisiti soggettivi in presenza dei quali i lavoratori non possono esservi adibiti costituisce un intervento limitativo di un potere datoriale altrimenti non vincolato dalla legge);

- nell'art. 12, co. 1° (infatti, posto che i contratti possono stabilire criteri e modalità con cui deve svolgersi la consultazione con le r.s.a. o con le organizzazioni territoriali dei lavoratori, essi sono in grado di imporre 'complicazioni' all'esercizio di un potere del datore, seppure questo parrebbe già vincolato ad effettuare comunque detta consultazione).

- dall'art. 14, co. 4° (dove, stabilendosi che la contrattazione collettiva possa «prevedere modalità e specifiche misure di prevenzione relativamente alle prestazioni di lavoro notturno di particolari categorie di lavoratori», quali i sieropositivi e i tossicodipendenti, si pongono le basi per un'ulteriore limitazione del potere datoriale);

- nell'art. 15, co. 2°, seconda parte (ove si prevede che in caso di sopraggiunta inidoneità del lavoratore al lavoro notturno e di inesistenza o indisponibilità di mansioni diurne equivalenti cui adibirlo - ipotesi nelle quali vi sarebbe spazio per l'esercizio del potere di recesso - la contrattazione collettiva possa individuare concrete «soluzioni» alternative).

d) Un'ultima tipologia di rinvii presente nel d.lgs. n. 66 è, infine, riconducibile a quella categoria di rinvii legislativi che attribuiscono espressamente al contratto collettivo il compito di colmare uno spazio lasciato vuoto (o semi-vuoto…) dalla norma di legge, e più precisamente di *integrare* la (e quindi dare contenuto alla) norma (quanto ad es. a nozioni, quantità, etc.); ovvero di *specificare* (e quindi esplicitare) limiti o condizioni che la legge stessa individua in generale, ma dei quali non detta gli (o, quanto meno, alcuni degli) elementi connotativi.

A questa tipologia di rinvii possono essere ricondotti quelli che, nell'ambito del d.lgs. n. 66, sono previsti:

- dall'art. 4, co. 5° (il quale, vincolando comunque il datore di lavoro a comunicare alla DPL - Settore ispezione del lavoro il superamento, con lavoro straordinario, delle 48 ore di lavoro settimanale, stabilisce che la contrattazione collettiva possa determinare «le modalità per adempiere al predetto obbligo di comunicazione»);

- dall'art. 8, co. 1° (in materia di modalità di godimento delle pause);

Milano, 2002, 357 ss., ed *ivi* ulteriori riferimenti; da ultimo, NATULLO, *La contrattazione «gestionale»: distinzioni reali ed apparenti dal contratto «normativo»*, in SANTUCCI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, 2ª ed., 2004, 54 ss.) nei confronti della nota sentenza della Corte costituzionale n. 268 del 1994, relativa all'art. 5, co. 1°, l. n. 223 del 1991 - in tema di collocamento in mobilità dei lavoratori - in base alla quale, com'è noto, l'accordo con il quale vengano individuati criteri di scelta diversi da quelli definiti dalla stessa disposizione, apparterrebbe alla categoria degli 'accordi gestionali'.

- dall'art. 14, co. 1° (secondo il quale ai contratti collettivi, oltre che alla legge, è affidato il compito di fissare disposizioni in tema di «controlli preventivi e periodici adeguati al rischio cui il lavoratore è esposto» nel caso di lavoro notturno);

- dall'art. 15, co. 2°, prima parte (che chiama la contrattazione collettiva a definire le modalità di applicazione della norma di cui allo stesso art. 15, co. 1°, relativa alla sopraggiunta inidoneità del lavoratore al lavoro notturno ed alle sue conseguenze).

2.4.2 I problemi dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi oggetto di rinvio e della selezione dei soggetti stipulanti

Al termine di questa classificazione, si deve osservare che la ricca ed articolata gamma di rinvii contenuti nel d.lgs. n. 66 (come del resto di tutti quelli sparsi nei più recenti provvedimenti legislativi) ripropone inevitabilmente i complessi problemi relativi al potenziale contrasto tra le norme che li contemplano e l'art. 39 Cost., tanto nella parte fondante la libertà sindacale (co. 1°), quanto in quella disciplinante la contrattazione collettiva *erga omnes* (co. 4°).

Rinviando ad altra occasione per una più ampia trattazione di questi aspetti[595], in questa sede sia consentito solo sottolineare che, ad avviso di chi scrive, in mancanza di attuazione della normativa costituzionale di cui all'art. 39, co. 2°, ss., al legislatore è precluso adottare soluzioni differenti per il raggiungimento dell'obiettivo dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi: ogni soluzione alternativa è destinata ad infrangersi contro il '*muro*' della libertà sindacale (tanto positiva che negativa) di cui all'art. 39, co. 1°, Cost., posto che, nella logica del disegno costituzionale, il suo '*scavalcamento*' è consentito soltanto attraverso la strada di cui ai co. 2° e ss. Tale limite deriva direttamente da una chiara e rigorosa pronuncia della Corte Costituzionale del 1962[596], la cui vincolatività per l'interprete è tuttora assolutamente stringente. Non si possono dunque condividere le (numerose e varie) tesi volte a dimostrare la conciliabilità con la suddetta normativa costituzionale di una supposta efficacia generalizzata dei contratti previsti, volta a volta, da talune o da tutte le tipologie di rinvio, nessuna delle quali per il vero, è in grado di sovvertire la fondatezza delle argomentazioni addotte dal Giudice delle leggi[597]. Di conseguenza, si deve altresì ritenere che l'ordinamento, in virtù del principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, co. 1°, Cost., consente oggi esclusivamente l'efficacia civilistica *inter partes* del contratto collettivo[598], quali che

---

[595] CARABELLI, LECCESE, *Il sofferto rapporto...*.

[596] Corte cost. n. 106/1962, nonché Corte cost. n. 309/1997.

[597] Per una critica alle predette tesi v. già VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, 381 ss. e BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Cedam, Padova, 1998, 116 ss. Sulla questione e per ulteriori richiami alla riflessione dottrinaria in materia, v. CARABELLI, LECCESE, *Il sofferto rapporto...*, anche per alcune precisazioni relative alla possibilità o meno di giungere ad esiti diversi con riferimento a due peculiari ipotesi (relative allo sciopero nei servizi essenziali e alla contrattazione collettiva per il lavoro pubblico) nelle quali si registra l'interferenza, con l'art. 39, di altre norme costituzionali (artt. 40 e 97), nonché per una specifica critica alle tesi secondo cui l'*impedimento* costituzionale all'estensione legislativa dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi di diritto comune non sarebbe operante qualora si tratti di recepire direttive comunitarie (su quest'ultima questione v. già LECCESE, *L'orario di lavoro...*, 421 ss.).

[598] Si segnala che il problema potrebbe forse assumere configurazione in parte differente ove si ritenesse - come ormai da più parti sostenuto (SANTORO PASSARELLI G., *Sulla libertà sindacale* dell'imprenditore, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 170 ss.; GIUGNI, *Commento all'art. 39 Cost.*, in BRANCA Giu. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, tomo I, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, 270 ss.; CARABELLI, *Libertà e immunità del sindacato*, Jovene, Napoli, 1986, 133 s., nt. 79; da ultimo, VOZA, *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Cacucci, Bari, 2004 (in corso di stampa), cap. IV, par. 5; per ulteriori riferimenti, anche alla dottrina di segno contrario, v. altresì, oltre a quest'ultimo contributo, BALDUCCI, *Il sindacato,* tomo I (*L'organizzazione*

ne siano i soggetti stipulanti e quali che siano i tipi di rinvio che il legislatore abbia adottato (salvo, beninteso, il ricorso ai numerosi - ma frequentemente inadeguati - *escamotages* elaborati ormai da lungo tempo da dottrina e giurisprudenza al fine, appunto, di ovviare in qualche modo alla mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost.[599]).

Se ciò è vero, al fine di sottrarre al contrasto con l'art. 39 Cost. i rinvii operati dal d.lgs. n. 66 ai contratti collettivi stipulati da soggetti selezionati (tra cui, specificamente, quelli definiti dall'art. 1, co. 2°, lett. *m)*), si dovrà ritenere che, alla luce della 'elementare' constatazione dell'efficacia soggettiva meramente privatistica di qualsivoglia contratto collettivo di diritto comune, ad essi non potranno che attribuirsi, volta a volta, solo le seguenti connotazioni.

1) In taluni casi essi risultano, a ben vedere, del tutto privi di valore precettivo. Si tratta dei rinvii relativi ad un intervento contrattuale in funzione migliorativa della norma legale (ipotesi *sub* lett. *a* del precedente paragrafo), ovvero in funzione di delimitazione dei poteri datoriali (ipotesi *sub c*).

Ed infatti, per quanto attiene ai rinvii del primo tipo, si può rilevare come essi (una volta esclusa, per quanto appena detto, la loro incidenza sull'efficacia soggettiva dei contratti collettivi) risultino sostanzialmente superflui (o al massimo indicativi di una sollecitazione del legislatore)[600], data la prerogativa, derivante dalla libertà sindacale costituzionalmente riconosciuta (art. 39, co. 1°) e spettante a qualsivoglia sindacato indipendentemente dalla sua 'rappresentatività', di contrattare condizioni di lavoro più vantaggiose (nel senso che apprestino una maggior tutela al lavoratore) rispetto a quelle previste non soltanto da altri precedenti contratti collettivi, ma anche da norme di legge (salvo che queste non siano inderogabili *in melius*[601])[602].

---

sindacale), Utet, Torino, 1984, 146 ss.), ma comunque non riconosciuto dalla Corte costituzionale (come desumibile sin dalle pronunce in materia di serrata: cfr. Corte cost. n. 29/1960 e n. 141/1967) - che la libertà organizzativa dei datori di lavoro vada ricondotta non all'art. 39, co. 1°, Cost., bensì agli artt. 18, co. 1°, e 41, co. 1°, Cost.: il che parrebbe consentire interventi legislativi che contemplassero meccanismi di estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi *a latere datoris*, senza ledere la libertà sindacale (negativa) dei lavoratori (nel senso di assicurare loro la volontarietà dell'assoggettamento al regolamento negoziale). Ma, evidentemente, la questione richiederebbe adeguati approfondimenti, che non è possibile effettuare in questa sede.

[599] V., per tutti, VALLEBONA, *Autonomia collettiva...*, spec. 408 e 415 ss.; LUNARDON, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Giappichelli, Torino, 1999, 161 ss. e 233 ss.; RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino, 2003, 63 ss.

[600] Per un simile giudizio su clausole di tal fatta in materia di part-time, v. già PINTO, *Lavoro* part-time..., 278 e 281 s., ove tali rinvii vengono definiti 'impropri' (in senso adesivo, VOZA, *La destrutturazione* .... 238); cfr. anche CARINCI F., *Una svolta...*, LIII, con riferimento ad alcuni rinvii contenuti nel d.lgs. n. 276/1993.

In questa sede si deve però osservare che non può essere esclusa l'eventualità che da alcuni rinvii ad una contrattazione collettiva in funzione, *latu senso*, migliorativa possano derivare anche specifici effetti legali (esclusa ovviamente l'efficacia *erga omnes*), come accade, ad esempio, nel caso dei rinvii contenuti negli artt. 53, co. 2°, e 59, co. 2°, d.lgs. n. 276/2003, dove si stabilisce che il contratto collettivo possa prevedere il computo degli apprendisti o dei lavoratori assunti con contratto di inserimento ai fini «dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti». Orbene, mentre per l'incidenza di un siffatto intervento negoziale sull'applicazione di discipline contrattuali vale quanto appena detto (superfluità del rinvio), per quando riguarda invece la sua incidenza sull'applicazione di normative di legge, varrà quanto si preciserà in testo, sub lett. b.

[601] Ipotesi, quest'ultima, della cui legittimità costituzionale si è peraltro discusso, com'è noto, in passato (cfr., per tutti, RICCI M., *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, Bari, 1999, 337ss., 372 ss., 420 ss. e 427 ss; RUSCIANO, *Contratto collettivo...*, 163 ss.; GIUGNI, *Diritto sindacale...*, 174 ss.).

[602] Sia consentito ribadire, peraltro, che ove si ritenga che anche le norme che contengono simili rinvii ('impropri') svolgano appieno il loro ruolo regolativo e selettivo precludendo, quindi, il pieno esercizio della libertà contrattuale da parte di soggetti collettivi che non rivestano le caratteristiche in esse indicate, bisognerebbe altresì ammettere che le medesime norme si pongono certamente in

Le stesse considerazioni possono, peraltro, essere estese anche alla seconda tipologia menzionata. I contratti ad essa appartenenti condividono, infatti, con quelli del primo tipo il fatto di potersi considerare migliorativi - anche se in senso lato - delle posizioni del lavoratore. A parte, ovviamente, i casi in cui essi fissino limiti di carattere sostanziale ai poteri datoriali (come ad es. nel caso di cui all'art. 11, co. 2°, di cui si è detto), anche quando le loro clausole siano chiamate a prevedere, quali 'complicazioni' dell'esercizio del potere datoriale, vincoli di tipo soltanto procedurale (di solito al fine di assicurare il coinvolgimento del sindacato in processi gestionali), esse rispondono comunque ad una logica di tutela *anche* del singolo prestatore di lavoro, e dunque si presentano sostanzialmente valutabili come trattamenti di miglior favore. Proprio per tale loro caratterizzazione, dunque, si può sostenere che anche questi rinvii (esclusa, ancora una volta, la loro incidenza sull'efficacia soggettiva dei contratti collettivi) risultano superflui, non potendosi dubitare che la previsione contrattuale di clausole volte a porre limiti a poteri datoriali, altrimenti in grado di esplicarsi in piena libertà (o, come detto, nel rispetto dei soli vincoli di legge), rientri tra le funzioni che la contrattazione collettiva è in grado di svolgere in forza dell'art. 39, co. 1°, Cost., da qualunque sindacato essa sia svolta[603].

2) In altri casi - si tratta, questa volta, di quelli elencati nelle lettere *b* e *d* del precedente paragrafo - i rinvii selettivi contenuti nel d.lgs. risultano finalizzati a riconoscere ai contratti collettivi una funzione derogatoria (in termini *sia* di fissazione di trattamenti peggiorativi, o comunque diversi rispetto a quelli fissati dalla legge, *sia* di eliminazione o temperamento di limiti legali posti in capo al datore di lavoro, *sia* infine di liberazione da vincoli di legge dell'autonomia individuale), oppure integrativa o specificativa della norma legale; ed in questa prospettiva la selezione dei soggetti stipulanti è, evidentemente, espressione di una scelta politica del legislatore sul piano dell'affidabilità dei contraenti cui vengono riconosciute tali specifiche prerogative in rapporto alla disciplina legale.

In altre parole, si può affermare che in questi casi il rinvio legislativo intende attribuire ai soggetti selezionati il potere di produrre, attraverso il contratto, l'effetto (derogatorio, integrativo, specificativo) consentito dalla legge; ma ciò, sia ben chiaro, senza alcuna incidenza sul piano dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo, per le motivazioni di cui si è detto: anche in questo caso, insomma, l'effetto voluto non potrà che prodursi secondo i principi del diritto privato (fatto sempre salvo, naturalmente, il ricorso agli *escamotages* cui si è accennato).

Concludendo, si è ben consapevoli di come la lettura qui proposta si muova in controtendenza rispetto all'atteggiamento - sia del legislatore, sia di parte della dottrina e della giurisprudenza -

---

contrasto con l'art. 39, co. 1°, Cost. (sulla questione v., più ampiamente, PINTO, *Lavoro* part-time..., 285 s.; CARABELLI, LECCESE, *Il sofferto rapporto...*; v. anche BELLOMO, *Durata massima dell'orario di lavoro*, in LECCESE (a cura di), *La riforma dell'orario...*, par. III).

[603] Riguardo a questo tipo di contratti è tuttavia da segnalare una peculiarità dal punto di vista dell'efficacia soggettiva. Una volta che se ne riconosca l'applicabilità al datore di lavoro (il che, si badi bene, va da sé nel caso di contratti aziendali), il lavoratore non iscritto non potrebbe sottrarsi all'esercizio del potere secondo le modalità e/o i limiti definiti dal contratto, in quanto tali modalità e limiti possono comunque essere configurati come legittimi modi di esercizio del potere stesso che derivano da una 'scelta' del datore di lavoro tra quelle astrattamente praticabili. Il contratto collettivo, in altri termini, risulta un mero elemento 'interno' al processo decisionale datoriale, onde a rigore di termini non si pone neppure, nei loro confronti, un problema di efficacia soggettiva del contratto collettivo, ma di mera soggezione dei medesimi ad un esercizio legittimo del potere datoriale (cfr. anche BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo...*, 202). Si tralascia, in questa sede il problema del se i contratti di questo tipo contengano clausole *anche* o *solo di tipo* obbligatorio e cioè che definiscano vincoli anche o solo tra le parti stipulanti.

che negli ultimi anni ha dominato la scena della nostra disciplina, volto a riporre progressivamente nel dimenticatoio il limite scaturente dalla norma costituzionale, sia pure per la comprensibile (ma comunque pretesa) aspirazione di conferire efficienza al sistema di relazioni sindacali e politiche. Ci si riferisce, evidentemente, al formale coinvolgimento ad ampio raggio dell'autonomia collettiva in attività 'para-legislative' ed alla sempre più frequente tendenza del dibattito scientifico ad assecondare tale vicenda con interpretazioni, invero sempre più sofisticate, di sostegno all'efficacia generale dei contratti collettivi oggetto dei variegati tipi di rinvio legale.

Sulle ragioni di questa esperienza sono stati versati ormai fiumi di inchiostro[604]. Ciò che più preme considerare in questa sede, peraltro, è che, al di là della sostanziale rimozione del vincolo costituzionale, l'evoluzione legislativa in questione ha comportato il passaggio dalle prime forme di rinvio generico ai contratti collettivi non qualificati dal punto di vista dei soggetti, alle successive ipotesi di rinvio ai contratti stipulati dai sindacati dapprima meramente 'rappresentativi', successivamente 'più rappresentativi' o 'maggiormente rappresentativi', fino a ridiscendere poi verso le più recenti forme di rinvio fondato su una valutazione comparativa di rappresentatività, dapprima nel senso estensivo di cui alla l. n. 196 del 1997 e del d.lgs. n. 368 del 2001 (in cui si rinviene la formula del contratto collettivo sottoscritto «*dai* sindacati comparativamente più rappresentativi»), e poi nel senso limitativo di cui alla l. n. 30 e ai d.lgs. nn. 66 e 276 del 2003 (in cui la formula del contratto collettivo sottoscritto «*dai* sindacati comparativamente più rappresentativi» è stata - anche se non univocamente - sostituita da quella del contratto collettivo stipulato «*da* organizzazioni sindacali [...] comparativamente più rappresentative»[605]).

Ebbene, appare innegabile che in questa evoluzione si può in realtà riscontrare l'intento del legislatore di addivenire ad una progressiva restrizione dei soggetti qualificati come *idonei e sufficienti* alla stipula dei contratti collettivi oggetto dei rinvii legislativi. E siffatto graduale impoverimento del fronte soggettivo, che ha raggiunto il suo apice con l'ultimo passaggio legislativo[606],

---

[604] Per una un'articolata disamina v., per tutti e tra i più recenti, RUSCIANO, *Contratto collettivo...*, sez. IV, 149 ss., nonché, con particolare riferimento ai più recenti sviluppi (o involuzioni) delle prassi concertative, BELLARDI, *Dalla concertazione al dialogo sociale: scelte politiche e nuove regole*, di prossima pubblicazione in *Lav. dir.* e negli *Scritti in onore di Giorgio Ghezzi*.

[605] Nel d.lgs. n. 66, in particolare, la formula è utilizzata nell'art. 1, co. 2, lett. *m)*, ma non nell'art. 17, co. 1°, il quale parla invece di «contratti collettivi o accordi conclusi *tra le* organizzazioni sindacali nazionali comparativamente più rappresentative e *le* associazioni nazionali dei datori di lavoro firmatarie di contratti collettivi nazionali di lavoro [...]» (corsivi nostri).

[606] L'obiettivo della scelta consacrata in tale passaggio, infatti, consiste proprio nello 'sterilizzare' (PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, 196) o, meglio ancora, 'neutralizzare' l'eventuale dissenso di un sindacato comparativamente più rappresentativo - anche se, in teoria, quest'ultimo fosse, per caso, il più forte ed il più numeroso *in termini assoluti* del sistema di relazioni sindacali di riferimento - rispetto ad una decisione condivisa da altri sindacati che pure, a loro volta, possono essere considerati comparativamente più rappresentativi, così riconoscendo, ai fini del rinvio legale, il rilievo giuridico di accordi stipulati solo da questi ultimi. In proposito va invero osservato come l'idea secondo cui la formula di meno recente conio, fondata sulla preposizione articolata «*dai*», imponga - diversamente da quella fondata sull'utilizzo della preposizione «*da*» - l'intervento di *tutti* i sindacati comparativamente più rappresentativi derivi, in realtà, da una sorta di presunzione legata alle vicende politico-sindacali degli ultimi mesi, più che da un rigoroso ragionamento giuridico: un'attenta analisi esegetica della prima espressione non potrebbe escludere affatto la possibilità di un contratto stipulato solo da alcuni sindacati comparativamente più rappresentativi (ROCCELLA, *Contrattazione collettiva...*, 355 s.; PINTO, *Lavoro* part-time..., 302, nt. 67; v. anche, ma con specifico riferimento alla formula utilizzata nell'art. 23, l. n. 56/1987, BIAGI, *Il Patto* Milano Lavoro*: un'intesa pilota*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, n. 2, 132 s.).
Ma che l'intenzione del legislatore più recente sia stata, appunto, quella di scongiurare l'eventuale *impasse* derivante dal rifiuto di uno dei sindacati comparativamente più rappresentativi e di favorire comunque la stipulazione di un accordo anche solo da parte di alcuni di essi è esplicitamente dichiarato nella relazione di accompagnamento all'originario testo del disegno di legge n. 848 (che, approvato dal Consiglio dei ministri il 15 novembre 2001, ha dato poi origine alla legge delega n. 30), nel quale, peraltro, si adottava

rende ormai, ad avviso di chi scrive, ancora più insostenibile la deformazione prodotta dalla tecnica dei rinvii a partire dalla legislazione della crisi, poiché esso infligge un *vulnus* alla forte valenza democratica che dovrebbe avere il processo negoziale, nella misura in cui si pretende di riconoscere effetti generali all'attività contrattuale svolta da tali soggetti[607].

È per questo che un ritorno rigoroso al diritto privato, quanto all'efficacia soggettiva dei contratti collettivi di diritto comune, ci appare, alla fine, in grado di costituire un baluardo difensivo contro il processo degenerativo in atto, che può oltretutto stimolare un nuovo vigore nella riflessione intorno all'attuazione dell'art. 39 Cost. o comunque intorno all'esigenza di rimettere in agenda la questione della regolamentazione del sistema di contrattazione collettiva e di rappresentanza sindacale, secondo canoni che restituiscano in pieno valore al principio di democrazia sindacale fondato sulla volontà della maggioranza dei lavoratori.

Un illustre collega, alcuni anni or sono ed in altro contesto, affermò, con una frase rimasta famosa, che «il trentanovismo è nelle cose»[608]; anche chi in passato ha pensato ottimisticamente che si potesse fare a meno di affrontare di petto il problema dell'*erga omnes* e del predetto principio di democrazia ritrova oggi, in quell'affermazione, un motivo di ripensamento critico delle scelte degli anni più recenti.

---

un'espressione priva anche della particella 'più' (su questi aspetti v. BELLAVISTA, *Le prospettive dell'autonomia collettiva dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in *www.cgil.it/giuridico*, 2003, par. 2; v. anche PINTO, *Lavoro* part-time..., 302), e comunque appare con la massima evidenza anche dallo stesso mutamento del dato letterale, nonché proprio dalle vicende politico-sindacali dell'ultimo periodo (ma su tutti questi aspetti sia consentito un ulteriore rinvio a CARABELLI, LECCESE, *Il sofferto rapporto...*).

[607] Cfr., in senso analogo, RUSCIANO, *Contratto collettivo...*, 165.

[608] PERA, *Il trentanovismo è nelle cose*, in *Pol. dir.*, 1985, 503 ss.

Considerazioni sulla rilevanza qualificatoria della certificazione dei contratti di lavoro*

Rossella Sciotti

1. Brevi cenni sull'incidenza del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 unicamente sul versante degli "effetti", non già delle "fattispecie". 197

2. Il campo dell'indagine: le prospettive di affermazione e di sviluppo del nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro. 203

3. La progressiva valorizzazione della volontà contrattuale nella qualificazione dei rapporti di lavoro: da quella "effettiva" degli anni '80 a quella anche meramente "dichiarata" degli anni '90. 205

4. Il modello teorico della "volontà individuale assistita" di A. VALLEBONA e le proposte di legge sulla "certificazione" della natura giuridica dei contratti di lavoro. 211

5. La certificazione nel d.lg.s. 10 settembre 2003, n. 276 e la sua inidoneità a produrre effetti di deflazione sul contenzioso. 214

6. La certificazione sotto il profilo tecnico-giuridico ed il suo carattere scarsamente innovativo. 217

7. Le potenzialità della certificazione in relazione al possesso di adeguate competenze tecnico-giuridiche da parte dei soggetti abilitati a svolgerla: il ruolo delle Università e degli studiosi del diritto del lavoro. 222

8. L'attività di assistenza e di consulenza svolta in sede di certificazione quale condizione necessaria per una effettiva valorizzazione dell'autonomia individuale nella scelta del tipo contrattuale. 227

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 24/2004

1. Brevi cenni sull'incidenza del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 unicamente sul versante degli "effetti", non già delle "fattispecie".

Il processo di revisione della disciplina dei rapporti di lavoro che aveva preso l'avvio con alcune iniziative del Governo e, precisamente, con la presentazione del "Libro bianco sul mercato del lavoro" e con la legge 4 febbraio 2003, n. 30, "Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro", ha trovato attuazione, com'è noto, nel d.lg.s. 10 settembre 2003, n. 276[609].

Alle previsioni contenute nel nuovo provvedimento legislativo, nel loro complesso, si è attribuito il carattere di una radicale riforma[610].

La finalità sottesa e la tecnica prescelta per perseguirla, tuttavia, rivelano, come pure è stato sottolineato, profili di forte continuità con il sistema previgente[611].

---

[609] Per alcune considerazioni critiche sulle iniziative di riforma in materia e sul d.lg.s. 10 settembre 2003, n. 27 si segnalano, senza alcuna pretesa di esaustività: A.A.V.V., Il "*Libro bianco*" del Ministero del lavoro, *Atti* del seminario tenutosi a Roma il 21 novembre 2001, in *Riv. Giur. Lav*., 2002, 141 ss.; P. CAMPANELLA, *Il Libro bianco e il disegno di legge delega in tema di mercato del lavoro*, in *Lav. Giur*., 2002, n. 1, 5 ss.; R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro tra valori e storicità*, in *Lav. Dir*., n. 3, 2002, 349 ss. e *Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto*, in *Riv. It. Dir. Lav*., I, 2002, 401 ss.; G. GHEZZI, *Dove va il diritto del lavoro? Afferrare Proteo*, in *Lav. Dir*., n. 3, 2002, 333 ss.; L. MARIUCCI, *La forza di un pensiero debole. Una critica del "libro bianco del lavoro"*, in *Lav. Dir*., 2002, 3 ss.; G. FERRARO, *La flessibilità in entrata alla luce del Libro Bianco sul mercato del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav*., I, 2002, 421 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Marco Biagi e le riforme possibili: l'ostinazione del progetto*, in *Riv. It. Dir. Lav*., I, 2002, 123 ss.; T. TREU, *Il Libro bianco sul lavoro e la delega al governo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind*.., 2002, 1 ss.; R. VOZA, *Il Libro bianco sul mercato del lavoro*, in *Lav. Giur*., 2002, n. 1, 18 ss.; V. PINTO - R. VOZA, *Il governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro bianco al disegno di legge delega*, in *Riv. Giur. Lav*., 2002, n. 3, 453 ss.; F. CARINCI - M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002, Milano*, 2002; A.A.V.V., *Quale futuro per il diritto del lavoro? La politica del Governo: dal Libro Bianco al disegno di legge delega sul mercato del lavoro, Atti* della giornata di studio tenutasi a Milano il 12 aprile 2002, con interventi di M. NAPOLI, L. SPAGNUOLO VIGORITA, S. LIEBMAN, P. ICHINO, T. TREU, F. CARINCI, alcuni dei quali pubblicati anche in *Dir. Rel. Ind*., n. 3/XII, 2002; A.A.V.V., *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione", Atti* del convegno di studi tenutosi a Catania nei giorni 10-11 maggio 2002, con interventi di S. HERNANDEZ, M. MISCIONE, L. DE ANGELIS, R. DE LUCA TAMAJO, A. GARILLI; A.A.V.V., *Lavoro ritorno al passato, Critica del Libro bianco e della legge delega al Governo Berlusconi sul mercato del lavoro*, Roma, 2002, con interventi, tra gli altri, di P. ALLEVA, A. ANDRIONI, G. GHEZZI, L. MARIUCCI, M. ROCCELLA; G. GHEZZI, G. NACCARI, A. TORRICE (a cura di), *Il Libro bianco e la Carta di Nizza, Il futuro dei diritti sociali in Italia e in Europa*, Roma, 2002; A.A.V.V., *La riforma del mercato del lavoro. Dalla legge delega del Governo alle controproposte della CGIL*, Roma, 2003; M. T. CARINCI, *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Collana diretta da F. CARINCI, Milano, 2003; G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *Riv. Giur. Lav*., 2003, 359 ss.; M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro n. 30/2003*, in Supplementi di *Guida al lavoro*, de *Il Sole 24 ore*, 2003; P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav*., 2003, 887 ss.; A.A.V.V., *La riforma del mercato del lavoro, inserto*, in *Dir. Prat. Lav*., 2003; P. TULLINI, *Verso una nuova riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav*., 2003, 419 ss.; A.A.V.V., *Commentario al D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276,* coordinato da F. CARINCI, vol. I, II, III, IV, 2004; P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, 2004; R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004; M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, 2004; A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Padova, 2004; G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, Roma, 2004; L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, 2004; E. GRAGNOLI – A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004; R. BORTONE – C. DAMIANO – D. GOTTARDI (a cura di), *Lavori e precarietà. Il rovescio del lavoro*, Roma, 2004; A.A.V.V., *Il nuovo mercato del lavoro*, Commentario di L. MONTUSCHI, F. LISO, M. PEDRAZZOLI, P. ICHINO, A. MARESCA, C. ZOLI, R. ROMEI, R. DEL PUNTA, P. TULLINI, L. NOGLER, P. BELLOCCHI, Zanichelli, 2004.

[610] V. SPEZIALE, *Titolo VIII, - Artt. 75-84,* in A.A.V.V., *Commentario al D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276,* Vol. IV, cit., 140.

[611] In tal senso, con esclusivo riguardo, peraltro, alla legge delega ed allo schema del relativo decreto di attuazione A. VALLEBONA, *La Riforma del mercato del lavoro: cambia poco ed è sbagliata*, in *Dir. Lav*., 2003, I, 191 ss. Sulla modesta portata innovativa del d.lg.s. 10 settembre 2003, n. 276 anche P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, cit., 887; nonché M. RUSCIANO, *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 343.

La volontà politica che ha ispirato il processo riformatore, infatti, è sempre quella di fornire una risposta alle istanze provenienti dal contesto sociale ed economico di maggiore flessibilità nell'impiego della forza lavoro e di valorizzazione a livello individuale della prestazione lavorativa[612].

La via intrapresa per realizzare tale obiettivo, però, ancora una volta, non è stata quella di attenuare, in via generale, i rigidi vincoli posti a tutela del lavoro subordinato, come, invece, sarebbe stato opportuno[613]. Né quella di riconoscere, secondo un'esigenza diffusa tra gli interpreti, assetti di protezione, per chiunque ed in qualunque modo esplichi un'attività di lavoro, variamente modulati in base alle effettive condizioni di debolezza[614], superando, così, sul versante degli effetti, la drastica alternativa autonomia - subordinazione, che, sovente, induce alla "fuga" dal lavoro subordinato[615].

---

[612] Il tema della "flessibilità" si pone all'attenzione di operatori ed interpreti da lungo tempo. In proposito v. già gli *Atti* del convegno su "*Flessibilità dell'organizzazione produttiva e tipologia dei rapporti di lavoro*" (Firenze, 18-19 marzo 1983). L'interesse verso questa problematica si è progressivamente accentuato nel corso degli anni '90. Ne è prova la copiosa elaborazione dottrinale al riguardo e la frequente scelta del tema in occasione di convegni e tavole rotonde. V. cfr. GHERA, *La flessibilità: variazioni sul tema*, in *Riv. Giur. Lav*., 1997, I, 123; G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Torino, 1997; N. BETTINI, G. FERRARO, S. HERNANDEZ, G. SANTORO PASSARELLI e A. VALLEBONA, *Relazioni* svolte al convegno sul tema *Flessibilità e rapporto di lavoro in Europa: esperienze a confronto*, (Roma, 27 febbraio 1998), in *Mass. Giur. Lav*., n. 2-3, 1998, rispett. 356 ss e 524 ss; GHERA (a cura di), *Occupazione e flessibilità*, Napoli, 1998. Recentemente, A.A.V.V., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Milano, 2003, *Atti* delle giornate di studio di diritto del lavoro (Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002), v. specialmente le *Relazioni* di A. PERULLI e G. PROIA.

[613] Nelle nuove forme di prestazione dell'attività lavorativa disciplinate di recente dal legislatore, la vera peculiarità, sovente, si ravvisa essenzialmente nell'attenuazione del regime protettivo del lavoratore rispetto a quello subordinato, attraverso un complesso di norme non liberamente derogabili dalle parti, norme, dunque, che concedono alla volontà dei privati spazi di autonomia assai limitati quanto all'individuazione ed al modo di essere dell'obbligazione. Appare con tutta evidenza come, a fronte di una tecnica legislativa volta alla produzione di tipologie lavorative, solo in apparenza, nuove e, soprattutto, rigidamente regolate, abbia davvero poco senso parlare di "flessibilità". Si tratta, piuttosto, come è stato efficacemente osservato, di "risposte inflessibili ad un'esigenza di flessibilità" (S. HERNANDEZ, *La flessibilità del rapporto di lavoro*, *Relazione* al convegno cit., 528 ss., secondo il quale "la regola del non intervento o dell'intervento derogabile è, in sostanza, quella più flessibile").

[614] Quella della modulazione delle tutele è un'idea ampiamente condivisa in dottrina a cominciare da M. PEDRAZZOLI, *Classificazione dei rapporti di lavoro e prospettiva di riforma*, in *Mass. Giur. Lav*., 1997; nonché M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, cit., 13-14; In senso conforme anche T. TREU, *Intervento*, in A.A.V.V., *Nuove forme di lavoro fra subordinazione, coordinazione ed autonomia,* cit., 227.

La dottrina è divisa tra chi ritiene che tale obiettivo debba essere perseguito operando sul versante delle fattispecie e chi, invece, unicamente su quello degli effetti. Nella prima direzione si è mossa la proposta sul "*lavoro coordinato*" a firma di R. DE LUCA TAMAJO, R. FLAMMIA e M. PERSIANI, presentata, per la prima volta, in un convegno di studi tenutosi a Roma il 27 maggio 1996, per il quale si rinvia a A.A.V.V., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, *Atti* del Convegno di studi, Roma - 27 maggio 1996, Bari, 1997. Il testo del progetto intitolato "*La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*", invece, è pubblicato in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind*., 1998, 331-345. Per ulteriori considerazioni vedi, altresì, R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del "lavoro coordinato"*, cit., 41 ss.; R. FLAMMIA, *Un nuovo tipo il lavoro coordinato*, in *Mass. Giur. Lav*., 1997, 161 ss.; M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. Lav*., I, 1998, 203 ss. Tale proposta ha trovato il suo principale tentativo di concretizzazione in chiave normativa nel disegno di legge a firma dei senatori SMURAGLIA, DE LUCA ed altri, dal titolo "*Norme di tutela dei lavori "atipici*", per il quale si rinvia al paragrafo 4 ed alle relative note bibliografiche.

Muovono, invece, nella opposta prospettiva secondo la quale la "rimodulazione" (o riequilibrio) dei trattamenti debba operare unicamente sul versante degli effetti e per questo fanno ricorso ad una nozione unitaria ed omnicomprensiva di *lavoro* come istituto giuridico, in altri termini, dell'articolazione in *species* di un solo *genere* di lavoro, cui si attribuisce la denominazione di lavoro "senza aggettivi", o "*sans phrase*", le due proposte scientifiche di P.G. ALLEVA e M. D'ANTONA pubblicate in G. GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, Roma 1996, riproposte nei loro contenuti essenziali, anche da M. BIAGI E DA M. TIRABOSCHI nell' "*Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*", per ulteriori considerazioni al riguardo si rinvia anche in questo caso al paragrafo 4 ed alle relative note bibliografiche.

[615] Sul punto la dottrina è copiosissima. Tra gli altri, PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind*., 1998, n. 21, 18; nonché A. PERULLI, *Locatio operis e lavoro "sans phrase" nella prospettiva di un*

In maniera non dissimile rispetto al passato, invece, il legislatore ha proseguito nel processo di "frantumazione" del tipo lavoro subordinato" in una molteplicità di fattispecie e ad apprestare nei confronti di queste ultime una disciplina parzialmente derogatoria rispetto a quella prevista per lo schema legale classico[616].

Contrariamente ad alcune previsioni che avevano prospettato una "crisi irreversibile" del lavoro subordinato e della sua disciplina, dunque, si assiste ad una decisa riaffermazione della sua centralità nell'impianto sistematico della materia e con essa ad una conferma della tenuta complessiva dell'assetto dicotomico del sistema giuslavoristico[617].

Se si analizza il contenuto delle disposizioni del decreto legislativo, infatti, la tipizzazione di nuove "forme" di prestazione dell'attività di lavoro, nella maggior parte dei casi, non si giustifica in ragione della irriducibilità dei requisiti essenziali delle nuove ipotesi considerate a quelli dello schema legale tipico, quanto piuttosto, in considerazione dell'esistenza di alcuni elementi di differenziazione, sia pure significativi, o della peculiarità di notazioni ulteriori che del tradizionale

---

nuovo statuto giuridico dei lavori, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind*., n. 21, 1998, 73 ss. Recentemente, tra gli altri, anche, A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, cit., 18-20, secondo il quale "il vero problema non è di fattispecie, ma di disciplina, nel senso che laddove sia esclusa anche una sola delle tutele fondamentali del lavoro subordinato (ad es. retribuzione minima inderogabile, stabilità nel posto) resta fortissimo l'interesse del prestatore a transitare per via giudiziaria nel modello con regime più favorevole".

[616] In tal senso, efficacemente, A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, cit., 135, secondo il quale "… l'ordinamento si è continuato ad evolvere mediante una irragionevole moltiplicazione dei tipi negoziali, sbandierati come strumenti di flessibilità, mentre costituiscono soltanto una mostruosa complicazione del sistema, che accresce il contenzioso sulla qualificazione delle fattispecie aumentando l'incertezza e non risolvendo il problema della graduazione delle tutele".

[617] Nel corso dell'ultimo decennio l'attenzione della dottrina alla tematica si è progressivamente intensificata, fino ad assumere proporzioni vastissime. L'intero assetto sistematico della materia è stato oggetto di un ripensamento critico da parte della dottrina maggioritaria, nella convinzione che il diritto del lavoro debba perdere la sua compattezza unitaria, derivatagli dalla drastica alternativa autonomia-subordinazione, e ridefinirsi in un *continuum* orientato all'articolazione delle tutele. Senza alcuna pretesa di completezza ed esaustività tra i numerosissimi contributi si segnalano: U. ROMAGNOLI, *Un diritto da ripensare*, in *Lav. Dir*., 1995; D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav*., 1995, 79 ss.; G. GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, cit. e, specialmente, le proposte di P.G. ALLEVA e M. D'ANTONA; L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro nella seconda Repubblica*, in *Lav. Dir*., 1997, 163 ss.; M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *Riv. Giur. Lav*., 1998, 311; S. HERNANDEZ, *Vecchie e nuove tipologie: dal contratto a termine al lavoro temporaneo*, in *P.Q.M*., II, 1998, 9 ss.; A.A.V.V., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind*., 1998; R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *Arg. Dir. Lav*., 2, 1999, 273 ss.; A.A.V.V., *Il diritto del lavoro oggi. Tre domande sul diritto del lavoro per giuslavoristi insigni e giovani dottorandi*, in *Lav. Dir*., 1, 2000, con contributi, tra gli altri, di G. GHEZZI, M. PERA, M. PERSIANI, G. SUPPIEJ; P. BELLOCCHI, *Tutela del lavoro e diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav*., 2000, 627 ss.; G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind*., 86, 2000, 177 ss.; T. TREU, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *Arg. Dir. Lav*., 2000, 467 ss.

Tra i più significativi convegni e giornate di studio dedicati al tema si segnalano, in modo particolare, quello promosso dal Centro Nazionale Studi "D. NAPOLETANO", tenutosi a Roma il 27 maggio 1996, sul tema *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Bari, 1997; le giornate di studio A.I.D.LA.S.S., tenutesi a Salerno nei giorni 22-23 maggio 1998, dal titolo *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, Milano, 1999, con relazioni di G. FERRARO e M. PEDRAZZOLI; quello promosso dalla Fondazione G. PASTORE, sul tema *Il futuro della subordinazione nell'evoluzione del diritto del lavoro*, tenutosi a Roma nei giorni 25-26 giugno 1998, *Atti* pubblicati con il titolo *Le trasformazioni del lavoro. La crisi della subordinazione e l'avvento di nuove forme di lavoro*, Milano 1999, con relazioni, tra gli altri, di M. GRANDI e M. DELL'OLIO e l'intervento di G. SANTORO PASSARELLI; quello promosso dal Centro Nazionale Studi "D. NAPOLETANO", tenutosi a Vicenza nei giorni 28-29 gennaio 2000, sul tema *Quale disciplina per i lavori atipici*, estratto da *Dir. Lav*, Roma, 2000 con relazioni ed interventi di R. DE LUCA TAMAJO, M. CINELLI, S. HERNANDEZ, C. CESTER, A. PERULLI, A. VALLEBONA, L. MENGONI; quello promosso dalla ECOL, tenutosi a Roma il 4 maggio 2000, sul *tema I cosiddetti lavori "atipici": aspetti sociologici, giuridici, ed esigenze delle imprese*, Roma, 2000, con interventi di A.. ACCORNERO, F. LISO, A. MARESCA.; nonché le giornate di studio A.I.D.LA.S.S., tenutesi a Ferrara nei giorni 11-13 maggio 2000, sul tema *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, Milano, 2002, con relazioni di L. MENGONI, M. PERSIANI, U. ROMAGNOLI, T. TREU.

negozio di matrice codicistica non sono, a rigore, né elementi costitutivi, né, tantomeno, requisiti[618].

Quella di attribuire rilevanza giuridica (e, corrispondentemente, dunque, specifica tutela) a peculiari modalità esecutive della prestazione di lavoro, senza configurare, tuttavia, tipi contrattuali, cui si debbano ricondurre esiti qualificatori nuovi e diversi, invero, è divenuta una tecnica ben nota all'esperienza legislativa, specie a quella recente.

Se si guarda alle tipologie lavorative disciplinate in questi ultimi anni, non soltanto queste, nella quasi totalità, non costituiscono dei nuovi tipi rispetto quello che si desume dall'art. 2094 c.c., ma, nella maggior parte dei casi, esse non sono neppure speciali. L'ordinamento, infatti, non attribuisce loro una funzione giuridica diversa da quella nota dello scambio tra il lavoro prestato sotto il vincolo della subordinazione e la retribuzione, sicché la "divergenza" dal modello tipico finisce per riguardare profili del rapporto o della prestazione tanto soggettivi, quanto oggettivi (come ad es. la durata), irrilevanti sulla sua natura giuridica[619].

Come è stato correttamente sostenuto a tale riguardo, l'esistenza di "corpi di disciplina "speciale" non comporta necessariamente l'esistenza di rapporti speciali o sottotipi..." tant'è che non di rapporti speciali si deve parlare, bensì di "discipline speciali"[620].

Il progresso tecnologico e l'introduzione di nuovi sistemi nell'organizzazione del lavoro hanno inciso, in maniera progressiva su modi e tempi di rendere il lavoro umano funzionale al conseguimento dei risultati produttivi, con effetti, destinati, in misura diversa, a riflettersi sui lavoratori e, conseguentemente, sulla percezione da parte del sistema dei relativi bisogni di protezione[621].

Nuove figure sociali, così, hanno fatto la loro comparsa nel mercato del lavoro, erodendo l'area tradizionalmente occupata dal socialtipo di epoca codicistica e la rilevanza, anche quantitativa, di

---

[618] Esula dai fini della presente indagine un esame sulla natura giuridica delle nuove tipologie introdotte e disciplinate dal decreto, per il quale si deve, necessariamente, rinviare ad uno studio specifico. Per alcune considerazioni critiche al riguardo A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, 1 ss.; nonché M. RUSCIANO, *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 345 ss., secondo il quale "più che di *tipi* di rapporto di lavoro, si dovrebbe parlare semplicemente di *modi* di utilizzare il lavoro altrui…"

[619] Un caso emblematico in tal senso è costituito, recentemente, dal lavoro temporaneo, qualificabile come un rapporto di lavoro subordinato "tipico" soggettivamente complesso. Per la relativa dimostrazione sia consentito rinviare a R. SCIOTTI, *Indagine critica sulla fattispecie "lavoro temporaneo"*, in *Dir. Lav*., 1999, 361 ss. Ad analoga qualificazione, peraltro, deve pervenirsi anche con riferimento alla somministrazione di manodopera prevista e disciplinata nel decreto attuativo del 2003, che della fattispecie lavoro temporaneo conserva i connotati strutturali fondamentali.

[620] G. LOY, *Riflessioni sulla specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato*, in A.A.V.V., *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., 61-62.

[621] Per alcune considerazioni in ordine agli effetti dei fattori innovativi dell'organizzazione imprenditoriale e dell'innovazione tecnologica sui caratteri fisionomici del rapporto di lavoro subordinato sul lavoro CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Industr*., 1985, 203; GALLINO, *Mutamenti in corso nell'organizzazione del lavoro*, in L.I., 1996, 89 ss.; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in Lav. Dir., 1997, 173 ss.; F. GUARRIELLO, *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, Napoli, 2000. Negli ultimi anni particolare attenzione alla tematica è stata dedicata anche da parte dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale - A.I.D.L.A.S.S., v. cfr. A.A.V.V., *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro* (*Atti* delle giornate di studio di diritto del lavoro - Salerno, 22-23 maggio 1998), Milano, 1999, con particolare riguardo alle relazioni di G. FERRARO e di M. PEDRAZZOLI; A.A.V.V., *Il diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo* (*Atti* delle giornate di studio di diritto del lavoro - Trento, 4-5 giugno 1999), Milano, 2000, e di P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa - la disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*; A.A.V.V., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, già cit.

tale fenomeno è divenuta tale da richiederne una espressa previsione e regolamentazione in chiave normativa[622].

La dinamicità delle vicende storiche del modello antropologico intorno al quale si sono concentrati gli interventi protettivi del legislatore ha finito, inevitabilmente, per incidere sulla staticità della rigorosa costruzione giuridica, che, però, non ha subìto alterazioni di sorta per quel che riguarda certi suoi elementi fondamentali[623].

Il tipo "lavoro subordinato", così, ferma restando la sua struttura essenziale, ha finito per assumere, nel tempo, una configurazione più ampia di quella che si deduce dalla formulazione dell'art. 2094 c.c.[624], mostrando "una capacità dinamica di ambientazione in nuove situazioni di rapporti ed in nuove condizioni organizzative del lavoro"[625], e, perciò, una capacità di arricchirsi di significati e contenuti distanti dalla figura storica che ne aveva, originariamente, condizionato il modello di disciplina[626].

L'insistenza sui "lavori", come è stato giustamente osservato in dottrina, però, sembra aver restituito al lavoro una dimensione oggettiva che sembrava oramai superata[627].

Al fine di individuare status sociali ed economici di necessità tali da richiedere fondamentali istanze di intervento da parte della disciplina del diritto del lavoro, il giurista non può limitarsi a considerare il tipo di attività lavorativa - e, dunque, le sue modalità - giacché queste non necessariamente esprimono una condizione di particolare debolezza di chi le osserva nello svolgimento

---

622 La riconduzione degli effetti protettivi delle leggi sul lavoro, com'è noto, anche originariamente, è sempre stata strettamente funzionalizzata alla necessità di tutelare una situazione "culturalmente idealtipica, perché prevalente quantitativamente e soprattutto qualitativamente, in quanto produttiva di problemi da risolvere…" (Così, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Fra subordinazione e autonomia*, 1968, 371). É così che nei primi provvedimenti a tutela del lavoro e poi, per lungo tempo, le norme di diritto del lavoro hanno ipotizzato nelle proprie statuizioni una precisa specifica figura di lavoratore desunta dalla realtà sociale, i cui bisogni, essenzialmente, per la sua preminente importanza economica e sociologica, sono divenuti, poi, il presupposto di riferimento per la progettazione e per l'applicazione di un vasto e complesso apparato di tutele. Cfr. GAETA, *In tema di frammentazione della subordinazione: a proposito di un paio di sfasature e di un viaggio nel passato*, in D'ANTONA (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, Napoli, 1990, 129 ss.). Per un *excursus* storico-evolutivo sul diritto del lavoro dalle origini ad oggi: L. MENGONI, *Il contratto individuale di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind*., 86, 2000, 2, 181 ss.

623 Così, R. PESSI, *Spunti per una riflessione sulla fattispecie lavoro subordinato*, in *Dir. Lav*., 1988, I, 513.

624 A. CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, cit., 90, il quale già nei primi anni '80 si chiedeva fino a che punto fosse possibile spingersi nell'utilizzare le potenzialità di articolazione del rapporto per soddisfare le mutevoli e sempre nuove necessità dell'organizzazione produttiva.

625 M. GRANDI, *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in A.A.V.V., *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., 90.

626 Sul punto, M. NAPOLI, *Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto dei lavori*, in *Dir. Lav. Rel. Ind*., 1998, 303, secondo il quale "il lavoro subordinato esprime ancora la variabile e adattabile ai vari contesti produttivi, idonea ad assicurare contemporaneamente le esigenze produttive e organizzative dell'impresa e la necessità di tutela dei lavoratori", sicché occorre "superare la visione datata della subordinazione e l'interpretazione riduttiva dell'articolo 2094 c.c., ricercando il consenso sugli elementi essenziali di configurazione del lavoro subordinato"; nonché F. LISO, *Note a proposito dell'iniziativa legislativa in materia di lavori atipici*, cit., 48-49, secondo il quale la subordinazione "ha dato prova di poter realizzare "qualunque tipo di coordinamento, da quello fondato sulla disciplina a quello che riposa su apporti collaborativi completamente autogestiti". In tal senso si è affermato anche che una "variegata tipologia coesiste con l'unicità della fattispecie fondamentale" (Così, M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro oggi*, in *Le ragioni del Diritto*, *Scritti in onore di L. MENGONI*, II, Milano). In senso analogo anche R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, cit., 289-290.

627 Così, M. GRANDI, *"Il lavoro non è una merce". Una formula da rimeditare*, in *Lav. Dir*., 1997. L'opinione è condivisa anche da M. NAPOLI, *Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto dei lavori*, cit., 304.

di una prestazione di lavoro[628].

Nell'ambito di una medesima connotazione giuridica dell'attività lavorativa, come l'esperienza ha dimostrato, possono essere ricondotti assetti di protezione estremamente diversificati[629].

Così come, viceversa, potrebbe accadere, invece, che rapporti di lavoro difficilmente confrontabili, sul piano tecnico dell'adempimento e, dunque, dell'attività, finiscano, invece, per porre chi li svolge nelle medesime condizioni di necessità e di debolezza[630].

Stante l'inseparabilità del lavoro dalla persona che lo presta, oggetto di tutela non può che essere la persona umana nella sua dimensione soggettiva ed è soltanto ad essa che possono essere imputati dei diritti.

Si tratta, allora, di spostare il punto di osservazione del fenomeno lavoro ed oggettivare in un dato tecnico-giuridico, non già un determinato modo di essere dell'attività dedotta in contratto, quanto, piuttosto, un particolare modo di essere prestatore di lavoro.

Viceversa, si corre il rischio di commettere un grave errore prospettico, non privo di conseguenze sul piano applicativo. É, infatti, il modo in cui la persona è implicata nell'attività di lavoro e non il tipo di attività che essa svolge, che nell'universo di chi lavora può segnalare una condizione di debolezza e di inferiorità di un individuo rispetto ad un altro e che, dunque, può costituire idonea misura per predisporre un regime di protezione adeguato all'entità di tale bisogno. Solo in questo modo attività lavorative di natura diversa, ma prestate in analogo stato di soggezione, possono essere ricomprese in una specifica area di disciplina.

Ciò, del resto, trova conferma nel diritto positivo. La prima e, ad oggi, unica norma che individua nel vincolo della subordinazione il presupposto per l'applicazione delle norme di diritto del lavoro (art. 2094 c.c.), nel definire non già il (contratto di) lavoro subordinato, bensì il prestatore di lavoro subordinato, segnala, attraverso il particolare modo di essere del comportamento dovuto (dal lavoratore), non tanto una specifica attività di lavoro, quanto, piuttosto, una peculiare condizione soggettiva della persona implicata in quel comportamento[631].

---

[628] Anche in giurisprudenza continuamente si afferma che ogni attività economicamente rilevante può essere oggetto tanto di un rapporto di lavoro autonomo, che subordinato. Così, recentemente, ad es. anche A. Cagliari, 18 giugno 2001, in *Riv. Giur. Sarda*, 2002, 457; nonché Cass. 21 novembre 2001, n. 14664, in *Rep. Foro It*., 2001, 570.

[629] Caso emblematico di una connotazione giuridica di prestare lavoro che rimanda a condizioni di debolezza e di inferiorità estremamente diversificate, ad esempio, è l'eterodirezione. Attività di lavoro identiche sul piano tecnico-funzionale, perché eterodirette, possono richiedere regimi di tutela profondamente differenziati. Si pensi, ad esempio, alle diverse figure (dal dirigente all'operaio) presenti all'interno di un'impresa, che, in vario modo, esplicano attività qualificate, tutte, sulla base di un medesimo criterio tecnico-funzionale, come subordinate; nonché all'ipotesi, sempre più frequente, in cui alle medesime modalità tecniche ed organizzative dell'attività di lavoro e, dunque, all'erogazione del medesimo tipo di professionalità, corrispondano rapporti qualificati, indifferentemente, come autonomi o subordinati (è il caso dei consulenti, dei medici di fabbrica, ecc.). Sul punto M. D'ANTONA, *Lavoro subordinato e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in A.A.V.V. *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., 45.

[630] Anche attività svolte in forma autonoma, com'è noto, possono richiedere congrui strumenti protettivi, ove chi le svolge versi in condizioni di debolezza non dissimili da quelle previste per il lavoro subordinato (es. lavoro autonomo c.d. parasubordinato).

[631] Mi sia consentito rinviare per considerazioni più approfondite al riguardo a R. SCIOTTI, *Direzione e dipendenza nel rapporto di lavoro subordinato*, (ed. provv.), Torino, 2001, attualmente in via di stesura nella sua versione definitiva.

2. Il campo dell'indagine: le prospettive di affermazione e di sviluppo del nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro.

La "rigogliosissima fioritura di proposte innovative in materia di forme di lavoro e di gradienti di tutela che fra le stesse dovrebbero intercorrere"[632] impone un notevole e continuo sforzo creativo da parte del legislatore, che, come è stato sostenuto, rinviando, per sua natura, alla concretizzazione della norma in sede giudiziaria contribuisce ad immettere nel sistema "nuovi germi di incertezza e precarietà … senza sostanziali guadagni sul piano della razionalità normativa"[633].

Che dalla tipizzazione e conseguente disciplina di ulteriori nuove modalità di rendere la prestazione dell'attività lavorativa potesse derivare confusione in ambito qualificatorio è ben consapevole il legislatore che ha dato attuazione al processo di revisione del diritto del lavoro.

È così che tra le novità volte, in vario modo, a "riformare" la materia nel senso che si è dianzi precisato, agli artt. 75-81 (Capo I) del Titolo VIII del d.lg.s. 10 settembre 2003, n. 276, è stato previsto anche un sistema, da tempo auspicato, di "Certificazione dei contratti di lavoro"[634].

Per quanto una minore indeterminatezza ne circondi oggi l'inquadramento giuridico[635], un istituto di tale rilevanza teorica e pratica solleva, come risulta dalle analisi scientifiche dedicate alla

---

[632] M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, cit., 1998, n. 21, 9.

[633] Così, M. GRANDI, *Il problema della subordinazione tra attualità e storia*, in A.A.V.V., *Le trasformazioni del lavoro. La crisi della subordinazione e l'avvento di nuove forme di lavoro*, Milano, 1999, 17.

[634] Se il d.lg.s. 10 settembre 2003, n. 276 segna ufficialmente l'ingresso della certificazione nel nostro sistema giuslavoristico, come si dirà oltre, alcune proposte legislative, sollecitate, probabilmente, anche dal dibattito scientifico in tema, avevano fatto la loro comparsa già alla fine degli anni '90. Tra i primi commenti v. cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del "lavoro coordinato"*, in *Arg. Dir. Lav*., 1997, 41 ss.; M. DELL'OLIO, *La subordinazione nell'esperienza italiana*, in *Arg. Dir. Lav*., 1998, 697 ss.; L. MONTUSCHI, *Un "nuovo" lavoro da regolare*, in *Arg. Dir. Lav*., 1998, 3, 696; G. FERRARO, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind*., 1998, 438-440; G. PERA, *Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav*., 1998, 679 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Dir. Lav. Rel. Ind*., 1998, 509 ss.; M. BIAGI - M. TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un* tertium genus *o codificazione di uno "statuto dei lavori"*, in *Lav. Dir*., 1999, 587; E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav*., 2002, n. 8, 527 ss.; nonché R. VOZA, *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind*., 1998, 603 ss.; M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori "atipici" e la sua tenuta giudiziaria*, in A.A.V.V, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, cit., 478 ss. Dopo l'emanazione della legge delega L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI - M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, cit., 95 ss.; L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav*., n. 3, 2003, 110 ss.; V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro, in Riv*. Giur. Lav., 2003, 271 ss.; L. DE ANGELIS, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in M. T. CARINCI, *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, cit., 234 ss. Per un commento sulla formulazione tecnica della certificazione di cui al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 M. G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, cit. 421 ss.; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Working papers – Centro studi Diritto del lavoro europeo "Massimo D'Antona", Catania*, 2003, 3 ss.; nonché in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind*., n. 2, 2004; V. SPEZIALE, *Titolo VIII, - Artt. 75-84*, in *Commentario al D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. IV, cit., 140 ss.; A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, cit., 135 ss.; V. ANGIOLINI e L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, cit.; nonché i contributi, tra gli altri, anche di E. GHERA, L. DE ANGELIS e M. RUSCIANO raccolti nella sezione IV, *Certificazione e rapporti flessibili*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, cit., 277 ss.; G. PERONE, *Osservazioni sul valore giuridico della certificazione regolata dal d.lgs. n. 276 del 2003*, in *Dir. Lav*. 2004; P. TULLINI, *Certificazione dei contratti di lavoro*, *Artt. 75- 81*, in E. GRAGNOLI – A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e nuovi modelli contrattuali*, cit. Interamente dedicato al tema G. PERONE – A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit.

[635] Al suo primo apparire la certificazione suscitò non pochi dubbi e perplessità sotto il profilo sistematico. In proposito E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 533, il quale evidenziava "…tutta l'ambiguità dell'istituto della

fattispecie, questioni interpretative di notevole spessore e di non facile soluzione, una completa ricognizione delle quali, certamente, richiederebbe una trattazione assai più ampia ed approfondita di quella oggetto del presente studio.

Fra tutte, risvolti di peculiare problematicità e, proprio per questo, di rilevante interesse sembrano profilarsi nell'immediato futuro, soprattutto, in ordine alla effettiva capacità della certificazione di restituire certezza nelle operazioni di qualificazione dei rapporti di lavoro e, conseguentemente, di produrre effetti deflattivi sul contenzioso, secondo la finalità assegnatagli dall'ordinamento[636].

La soluzione al problema prospettato assume particolare rilievo, giacché alla verifica della menzionata idoneità appare significativamente subordinata ogni prospettiva concreta di affermazione e di sviluppo dell'istituto.

L'opinione secondo la quale, proprio sotto questo profilo, il meccanismo di certificazione della volontà contrattuale prefigurato dal decreto legislativo sia di scarsa utilità pratica, registra un consenso diffuso in dottrina[637].

Ridimensiona il generale pessimismo che ne ha accompagnato l'ingresso nel nostro sistema, peraltro, qualche tentativo di valorizzare alcuni profili di possibile rilevanza dell'istituto[638].

Vorrei delineare, sinteticamente, le ragioni che mi trovano sostanzialmente d'accordo con l'opinione che tende a svalutare l'attitudine qualificatoria della certificazione, nella formulazione tecnica adottata dal nostro legislatore, ma, al tempo stesso, suggerire una possibile via, che pure può desumersi dal testo normativo, attraverso la quale i soggetti abilitati a svolgere la certificazione potrebbero, realmente, offrire un contributo significativo al fine di restituire maggiore certezza ad operatori ed interpreti nella identificazione della natura giuridica dei rapporti di lavoro.

---

certificazione (e, … l'incertezza che la circonda)". Sul punto anche L. NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, cit., 111 e, recentemente, ancora L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 8.

[636] Per una specifica analisi sulla finalità deflattiva sul contenzioso della certificazione L. DE ANGELIS, *Certificazione dei rapporti di lavoro e poteri del giudice: quale deflazione del contenzioso*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 295 ss. Sul punto anche P. TULLINI, *Certificazione dei contratti di lavoro, Artt. 75- 81*, cit., 823-825. Sull'esigenza di ridurre le controversie in materia di lavoro, in generale, S. HERNANDEZ, *Il problema dell'arbitrato e la disciplina in materia di lavoro*, Padova, 1990.

[637] In tal senso, tra gli altri, L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI - M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, cit., 97; V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.,* 2003, 271 ss.; V. SPEZIALE, *Titolo VIII, - Artt. 75-84,* cit., 139-149; M. RUSCIANO, *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 343 ss.; nonché A. VALLEBONA, *La Riforma del mercato del lavoro: cambia poco ed è sbagliata*, cit., 194; A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, cit., 136 ss., il quale le attribuisce una utilità limitata e parziale, auspicando, piuttosto, l'evoluzione dell'intero sistema verso un più generale sistema di volontà individuale assistita, per ora solo timidamente inaugurato in un paio di disposizioni della nuova disciplina. Cfr. altresì V. ANGIOLINI e L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, cit., 362, che parlano di "pochezza e inutilità" della certificazione.

[638] L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit. 19 ss.; G. RICCI, *La certificazione del contratto di lavoro: obiettivi, potenzialità, limiti*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 333-335; G. PERONE, *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, in G. PERONE – A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 403 ss. La indubbia debolezza della certificazione non giustifica drastici giudizi di inutilità neanche secondo E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 293-294.

3. La progressiva valorizzazione della volontà contrattuale nella qualificazione dei rapporti di lavoro: da quella "effettiva" degli anni '80 a quella anche meramente "dichiarata" degli anni '90.

È ampiamente noto come, a fronte della palese inadeguatezza ed insufficienza sul piano metodologico dei criteri tradizionalmente utilizzati per stabilire la natura subordinata od autonoma dell'attività lavorativa[639], specie in presenza di forme e di modi di prestare lavoro dai connotati esterni notevolmente diversi da quelli del passato[640], una parte consistente della dottrina, a partire dalla seconda metà degli anni '80, abbia affermato la necessità di un progressivo e sostanziale riconoscimento della volontà contrattuale espressa al momento della conclusione del contratto, fino a quel momento completamente svalutata[641].

Non può dubitarsi che l'orientamento giurisprudenziale orientato al recupero del valore dell'autonomia contrattuale ai fini della qualificazione dei rapporti di lavoro risponda ad esigenze

---

[639] L'attenzione degli interpreti appare significativamente orientata in questa prospettiva già dalla prima metà degli anni '80. In proposito A.A.V.V., *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, Milano, 1983 e, specialmente, il contributo di G. GIUGNI (pubblicato anche in *Dir. Lav. Rel. Ind*., 1982, 373 ss.). Il dibattito si concentra, inizialmente, sulla incapacità della subordinazione di distinguere il lavoro autonomo da quello subordinato e sulla necessità di una revisione metodologica di tale distinzione quale criterio di imputazione degli apparati di tutela. Dalla seconda metà degli anni '80, così, si assiste ad una ripresa degli studi sulla subordinazione e sulla qualificazione dei rapporti di lavoro, come testimoniano le monografie (M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985, R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989; P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989), i numerosi contributi (per citarne solo alcuni, L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. It. Dir. Lav*., 1986, I, 5; E. GHERA, *La subordinazione tra tradizione e nuove proposte*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Industr*., 1988, 621 ss.; M. D'ANTONA, *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv*., 1988, 195 ss.; S. HERNANDEZ, *Il diritto del lavoro verso gli anni '90*, in *Dir. Lav*., 1988, I, 3 ss.; P. ICHINO, *Rilevanza ed alla volontà negoziale ai fini della qualificazione del contratto di lavoro*, in *Quad. Riv. it. Dir. Lav*., 1989; nonché, gli interventi di U. ROMAGNOLI, R. DE LUCA TAMAJO e M. D'ANTONA, *Il lavoro e i lavori*, in *Lav. Dir*., n. 3, 1988, 401-421; di E. GHERA e G. BALANDI, *ibidem,* n. 4, 1988, 569-584; di M. GRANDI, F. SANTONI, P. ICHINO e M. ROCCELLA, *ibidem*, n. 1, 1989, 5-38) ed i convegni dedicati al tema. Tra questi ultimi vanno segnalati per l'elevato tenore scientifico, quello promosso dal "Centro Nazionale di Studi D. Napoletano", tenutosi a Milano il 10 ottobre 1987, dal titolo *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario avanzato*, Atti, Milano, 1988; quello promosso dalla Federmeccanica dal 30 ottobre al 3 novembre 1987, sul tema *Nuove forme di prestazione dell'attività lavorativa: la "zona grigia" fra lavoro autonomo e lavoro subordinato*, contributi raccolti in *Mass. Giur. Lav*., 1988, I, 408 ss.; quello dell'Università di Trento dell'11-13 febbraio 1988, contributi raccolti in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni: comparazioni e prospettive*, Bologna, 1989. Per la successiva evoluzione del dibattito teorico in materia si rinvia alle indicazioni bibliografiche di cui alla nota (9).

[640] Una serie di fenomeni ha condotto, in misura progressiva, verso un'attenuazione della percettibilità esterna della distinzione tra autonomia e subordinazione, tanto da indurre la dottrina a paventare la formazione di una pericolosa "zona grigia", al confine tra le due categorie. In argomento v., cfr. gli interventi e le relazioni al Convegno Nazionale del Coordinamento giuridico, promosso dalla Federmeccanica, nei giorni 30 ottobre - 3 novembre 1987, sul tema: *Nuove forme di prestazione dell'attività lavorativa: la zona grigia tra lavoro autonomo e subordinato*, svolti da M. FRANCESCHELLI, R. FOGLIA, M. DI RUOCCO, S. TRIFIRÒ, riportati in *Mass. Giur. Lav*., 1988, I, 408 ss.; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, Milano, 1996, 18 ss.; M. D'ANTONA, *La subordinazione e oltre. una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in A.A.V.V., *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., 45.

[641] Esula dai fini della presente indagine una compiuta ricostruzione del dibattito teorico sulla rilevanza che deve attribuirsi alla volontà individuale ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato. Nel senso di una completa svalutazione R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro, Parte generale*, cit., 107 ss.; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro*, Napoli, 1967; M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, cit.; O. MAZZOTTA, *Intervento* sul tema *Il lavoro e i lavori*, in *Lav. Dir*., 1989; L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *Dir. Lav*., 1993, 21 ss., M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, cit., 78. Favorevoli, invece, ad un suo riconoscimento M. PERSIANI, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie di lavoro subordinato*, cit., 845 e 853; S. MAGRINI, voce *Lavoro (contratto individuale)*, cit., 378; R. PESSI, *Spunti per una riflessione sulla fattispecie lavoro subordinato*, cit., 516-524; ID., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, cit.; P. ICHINO, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, in *Comm. Cod. Civ*., 1992, 3-39; L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, cit., 211-223; M. E. RUBINO, *Subordinazione e nuova fenomenologia dei rapporti di lavoro*, cit., 41 ss. In argomento, di recente e diffusamente, G. PELLACANI, *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Torino, 2002.

avvertite dalla coscienza sociale e testimoni che, rispetto al rigido garantismo del passato, il clima culturale sia mutato[642].

L'idea di fondo è che le tendenze attuali del mercato del lavoro muovano, già da tempo, sempre di più verso una diffusa e marcata incidenza dei programmi e delle scelte personali dei singoli lavoratori sulle modalità del proprio impegno professionale[643] e che il diritto del lavoro, complice il progresso tecnologico, abbia trasformato il modo di vivere e quello di lavorare, tanto in forma autonoma, tanto subordinata, contribuendo a cambiare l'uomo che lavora ed i suoi bisogni[644].

I confini di un modello, qual è quello del lavoro subordinato classico appaiono, allora, sempre più angusti e limitati e la tendenza a sottrarsi alla disciplina giuslavoristica viene, così, ritenuta, sempre più spesso, un atteggiamento di "fuga" dal lavoro subordinato comune ad entrambe le parti[645].

L'autonomia generalmente "subita" dal lavoratore nella consapevolezza che non otterrebbe lavoro se non fosse disposto ad accettarlo in tale forma[646], in un numero di casi sempre maggiore sarebbe divenuta oggi una scelta del lavoratore. Deciderebbe, dunque, di essere subordinato non solo chi non è in possesso dell'attitudine o non riesce ad intraprendere una attività lavorativa in forma autonoma, ma anche chi non vuole o non avverte la convenienza di farlo.

Il rigido garantismo che era servito in passato a creare le condizioni di una più serena realizzazione della persona, allora, come è stato osservato, rischierebbe ora di limitarla, deresponsabilizzandola eccessivamente, rispetto alle effettive capacità acquisite[647].

Secondo le opinioni prospettate, dunque, nella qualificazione dei rapporti di lavoro si imporrebbe l'adozione di una ben precisa scelta metodologica: il prioritario apprezzamento della volontà individuale, da ricostruirsi in funzione dell'assetto dei reciproci interessi effettivamente voluto dalle parti.

Le indicazioni provenienti da questa parte della dottrina, secondo alcuni, avrebbero influenzato, significativamente, l'evoluzione giurisprudenziale successiva[648]. Ed, invero, dalla metà degli anni

---

642 S. HERNANDEZ, *Il dialogo tra dottrina e giurisprudenza sul rapporto di lavoro*, in A.A.V.V., *Il dialogo tra dottrina e giurisprudenza nel diritto del lavoro*, Roma, 1998, 310-311.

643 Sul diverso "rapporto di intimità che la persona ha con il proprio lavoro" per effetto delle trasformazioni legate al progresso tecnologico ed alla frammentazione delle modalità d'impiego: M. GRANDI, Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro, cit., 337.

644 Ritiene che i valori dell'auto-realizzazione, dell'auto-determinazione e della valorizzazione individuale della prestazione lavorativa abbiano addirittura preso il posto di quelli dell'uguaglianza e della non discriminazione: U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, cit., 201-213.

645 Da un lato, il lavoratore subordinato versava, in passato, in una condizione di debolezza contrattuale senza dubbio più accentuata rispetto a quella attuale; dall'altra, non può dubitarsi che il lavoro dipendente assumesse, originariamente, una rilevanza sociale ben più ampia rispetto a quello autonomo (S. HERNANDEZ, *Il disegno di legge sui lavori atipici: verso nuove rigidità?*, in Dir. Lav., 1999, 391-392).

646 F. LISO, *Note a proposito dell'iniziativa legislativa in materia di lavori atipici*, cit., 48.

647 S. HERNANDEZ, *Il disegno di legge sui lavori "atipici": verso nuove rigidità?*, cit., 391.

648 Di quest'avviso L. MENGONI, *Il dibattito sulla revisione della legislazione del lavoro*, in *Riv. Lav. Relaz. Industr.*, 1988, 9; L. NOGLER, *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 155; S. HERNANDEZ, *Il dialogo tra dottrina e giurisprudenza sul rapporto di lavoro*, cit., 310.

'80 in poi, l'elemento di maggior novità nei dispositivi delle sentenze che accertano la natura giuridica dei rapporti di lavoro consiste nell'affermare che, ai fini della distinzione fra rapporto di lavoro autonomo e subordinato, il dato formale della qualificazione, il c.d. nomen iuris, assegnato dalle parti al rapporto in sede di stipulazione del negozio non è irrilevante, costituendo, invece, un elemento di carattere fondamentale e prioritario per la ricostruzione della volontà negoziale[649].

Il mutato atteggiamento giurisprudenziale, però, non costituisce il segnale di una svolta radicale. Al *nomen iuris* si attribuisce, infatti, una rilevanza relativa, dovendosi sempre verificare la conformità di quanto espresso in sede di dichiarazione negoziale con le effettive modalità di svolgimento del rapporto[650].

La condotta posta in essere nella fase di esecuzione del contratto viene esaminata nell'ambito di un ragionamento di carattere presuntivo: quello, cioè, secondo il quale le modalità concrete della prestazione, di regola, non costituiscono che la trasposizione, sul piano degli effetti della volontà contrattuale delle parti[651].

Sembra, allora, doversi condividere l'opinione secondo la quale il recupero della autonomia contrattuale miri, in questo senso, ad una valorizzazione della "effettiva volontà delle parti" [652], cioè, della volontà, non meramente "dichiarata" (volontà cartolare)[653], quanto, piuttosto, della volontà che sia stata "dichiarata, nonché, concretamente manifestata"[654].

Le valutazioni dottrinali sul citato rilievo attribuito dalla giurisprudenza alla manifestazione di volontà delle parti non sono univoche[655].

In questo atteggiamento dei giudici, parte della dottrina ritiene che l'unica novità possa cogliersi esclusivamente sul piano probatorio, nel senso che la volontà assume carattere decisivo nei soli casi in cui non sia chiara la volontà delle parti quale risulta implicitamente attraverso lo

---

649 Per una completa ricostruzione dei percorsi seguiti dalla giurisprudenza nell'attribuire specifico rilievo alla volontà individuale ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato e del dibattito teorico che ne è derivato cfr. L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in A.A.V.V., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, Torino, 1998; F. LUNARDON, *La subordinazione*, in CESTER C. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Commentario diretto da F. CARINCI, Torino, 1998, 3 ss.

650 Tale orientamento giurisprudenziale, peraltro, è ancora oggi maggioritario. Anche recentemente per citarne solo alcune Cass. 18 aprile 2001, n. 5665, in *Foro it.* (*Rep.*), voce *Lavoro* (rapporto), 2001, 575; Cass. 1 marzo 2002, n. 3001, in *Foro it.* (*Rep.*), voce *Lavoro* (rapporto), 2002, 538; Cass. 2 aprile 2002, n. 4682, in *Mass.*, 2002; Cass. 27 agosto 2002, n. 12581, in *Foro it.* (*Rep.*), voce *Lavoro* (rapporto), 2002, 528.

651 Sulla considerazione che le modalità concrete della prestazione siano indice presuntivo della volontà contrattuale: MAGRINI, voce *Lavoro* (*contratto individuale*), cit., 379.

652 Così, Trib. Milano, 8 settembre 1993, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, 85, nella quale si legge anche che "essenziale per la qualificazione del rapporto di lavoro è il riferimento all'assetto di interessi che le parti hanno voluto veramente porre in essere. Anche il comportamento delle parti è una forma di manifestazione della loro volontà negoziale; ed anzi quella cui deve essere attribuito maggior peso in sede di qualificazione, rispetto alla dichiarazione iniziale verbale o scritta, poiché nel comportamento il disegno contrattuale voluto dalle parti si manifesta in modo diretto e verificabile dall'esterno".

653 Per un approccio più sensibile alla valorizzazione del disposto cartolare Cass. 16 luglio 1987, n. 6284, in *Orient. Giur. Lav.*, 1988, 352; Cass. 23 giugno 1989, n. 3023, in *Mass. Foro It.*, 1989; Cass. 15 dicembre 1990, n. 11925, in *Riv. Giur. Lav.*, II, 1991, 195.

654 In tal senso M. FRANCESCHELLI e M. DI RUOCCO, op. cit., 410 e 413.

655 Sul punto L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, cit., 165-169 e 185-186.

svolgimento concreto del rapporto e non sia altrimenti ricostruibile[656]; un'altra parte, invece, vede in questo orientamento il riscontro concreto alla tesi della rilevanza decisiva della volontà delle parti nella qualificazione dei rapporti di lavoro[657].

Tra le due soluzioni la prima linea interpretativa, invero, sembra maggiormente condivisibile. Il mutato atteggiamento giurisprudenziale, infatti, non costituisce il segnale di una inversione di rotta radicale.

Se, al fine di stabilire la natura subordinata od autonoma di un'attività lavorativa, la giurisprudenza dichiara di voler attribuire rilievo alla volontà contrattuale in un numero sempre maggiore di casi, ciò, tuttavia, non significa che il menzionato requisito sia assunto a valore assoluto e primario nella qualificazione di tutti i rapporti di lavoro, quanto, piuttosto, che, sovente, i tradizionali criteri utilizzati per stabilire il carattere autonomo o subordinato di una prestazione si rivelano insufficienti e che, pertanto, è necessario ricercare ulteriori argomenti di prova.

Quando la fase di esecuzione dell'obbligazione contrattuale non costituisca, di per sé sola, un valido punto di riferimento per l'esame della fattispecie concreta, così, l'interprete cerca ausilio nel momento di formazione del rapporto, quando le parti, nell'esercizio della propria autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.), hanno manifestatamene determinato l'assetto in base al quale avrebbero dovuto essere regolati i rispettivi interessi. Resta fermo, poi, che in caso di controversia sull'esatta qualificazione del rapporto di lavoro instaurato, il giudice dovrà sempre verificare se le parti, pur avendo stipulato un contratto con il nomen iuris del lavoro autonomo, si siano di fatto comportate come se avessero voluto stipulare un rapporto di lavoro subordinato[658].

Il requisito della volontà contrattuale, che sia stata meramente dichiarata, del resto, non può offrire, in senso assoluto, garanzie di certezza in ambito qualificatorio[659].

---

[656] D. VITALI, *Qualificazione contrattuale ed elaborazione degli effetti: una verifica della tecnica giurisprudenziale in tema di lavoro subordinato*, cit., 429; DI RUOCCO, *Attività lavorative emergenti: autonomia o subordinazione?*, cit., 413; DE LUCA, *Autonomia e subordinazione nella giurisprudenza di legittimità: le risposte della giurisprudenza alla "sfida post-industriale", aspettando …Godot*, cit., 2913. A questo risultato gli studiosi potrebbero essere giunti sulla base di alcune pronunce nelle quali si legge che "qualora siano carenti gli elementi da cui desumere in concreto il vincolo della subordinazione, anche in materia di lavoro può tenersi conto, per l'interpretazione del contratto, delle dichiarazioni di volontà delle parti e del loro reciproco affidamento, in applicazione del criterio generale di cui all'art. 1362 c.c." (Così, Cass. 20 aprile 1983, n. 2728, in *Orient. Giur. Lav.*, 1983, 825).

[657] Coglie una maggiore consistenza della portata innovativa dell'orientamento R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, cit., 176. Si allinea sulle stesse posizioni anche R. DE LUCA TAMAJO, *Intervento* alla presentazione del volume di R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1990, 233.

[658] Sul contrasto tra volontà espressa e comportamento delle parti, compiutamente, R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, cit., 520 ss. Com'è stato giustamente auspicato a quest'ultimo riguardo, una effettiva valorizzazione dell'autonomia individuale in ambito qualificatorio potrebbe realizzarsi indagando, nelle singole fattispecie, se l'allontanamento dal progetto iniziale (ovvero la mancata esecuzione) è stato immediato, ovvero rilevabile solo a partire da un tempo apprezzabilmente successivo alla stipula, dovendosi in quest'ultimo caso distinguere tra un contratto iniziale qualificabile secondo il *nomen iuris* prescelto, e come tale attuato, ed un sopravvenuto e diverso contratto, a partire dalla stipulazione del quale, soltanto, potrà darsi rilevo qualificatorio al rapporto in sé, in quanto indizio di una sopravvenuta e diversa volontà contrattuale (Così, S. HERNANDEZ, *Il dialogo tra dottrina e giurisprudenza sul rapporto di lavoro*, cit., 310-311).

[659] Per quanto, in molti casi il contratto di lavoro subordinato sia oggi stipulato da soggetti in possesso di una forza contrattuale meno distante rispetto al passato, il rilievo del puro riferimento al c.d. *nomen iuris* è prevalentemente escluso in dottrina ed in giurisprudenza. Per la dottrina, U. ROMAGNOLI, *Intervento* sul tema *Il lavoro e i lavori*, in *Lav. Dir.*, 1988, 405; L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, cit., 28 ss.; M. D'ANTONA, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in M. PEDRAZZOLI, *Lavoro subordinato e dintorni,* cit., 45; L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di*

Come è stato autorevolmente sostenuto, in una società retta dai principi fondamentali della libertà e dell'uguaglianza dei cittadini, la decisione di prestare un'attività lavorativa ed il tipo di questa dovrebbero costituire il frutto di una libera scelta, nella quale "si realizza … il riscatto dalla fatale necessità di lavorare"[660].

Il passaggio verso un regime di tutela volto a soddisfare l'esigenza dei cittadini di prestare lavoro in maniera meglio rispondente alle proprie aspirazioni ed ai propri bisogni, non significa, però, che il fenomeno del lavoro subordinato si vada dissolvendo all'interno di una società nella quale tutti i cittadini siano in grado di svolgere un'attività professionale e conseguire la remunerazione in un clima di effettiva libertà ed uguaglianza. Si tratterebbe, come è stato osservato, di "un'ipotesi felice", ma lontana dalla possibilità di realizzarsi[661].

Già all'epoca di LODOVICO BARASSI, se l'intenzione delle parti costituiva oggetto della prima indagine da compiersi al fine di rintracciare la natura giuridica del rapporto di lavoro[662], tuttavia, sul presupposto che tale volontà potesse subire gli effetti distorsivi indotti dalla posizione di disparità economico-sociale dei contraenti, la giurisprudenza, incentrava l'analisi sull'effettivo svolgimento delle prestazioni, svalutando il rilievo delle clausole contrattuali e della volontà cartolare per appuntarsi, al di fuori di ogni criterio formalistico, sulla natura e sul reale contenuto del rapporto (principio di effettività)[663].

Se per alcuni privilegiati gruppi di lavoratori, dotati di ruoli professionali di elevata qualificazione e specializzazione, la libertà di scelta del proprio lavoro può significare un'accresciuta possibilità di autotutela e di valorizzazione individuale della prestazione, per la maggior parte di essi, invece, la moltiplicazione delle forme d'impiego e la liberalizzazione degli scambi contiene il rischio di un deterioramento in termini di sviluppo umano e professionale[664].

Si tratterebbe, allora, come è stato sostenuto, di poter riconoscere autonomia, intesa quale capacità effettiva di regolare i contrapposti interessi (ex artt. 1321 e 1322 c.c.), al prestatore di lavoro in maniera direttamente proporzionale al suo spessore ed al suo peso "professionale": minima o addirittura nulla, quando si colloca nell'area sottoprotetta e marginale del mercato, massima, quando, in ragione dell'esperienza o della professionalità acquisita, sia in grado di negoziare al rialzo le condizioni contrattuali essenziali, specie quelle economiche[665].

In linea con questa prospettiva, nel corso degli anni '90, si registra da parte di in un indirizzo assolutamente minoritario della giurisprudenza di merito[666] (che ha trovato accoglimento anche

---

lavoro, cit., 216 e giurisprudenza ivi citata; P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia*, cit., 184 ss. In giurisprudenza Cass. 29 maggio 1996, n. 4948, in *Rep. Foro It*., 1996, 467.

[660] Così, R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, cit., 296.

[661] R. SCOGNAMIGLIO, op. ult. cit., 286.

[662] L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1915, 656.

[663] Sul punto, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., 194.

[664] In tal senso anche M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto*, cit., 337.

[665] L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio ed orgoglio giuslavoristico*, cit., 27.

[666] Pret. Roma, 5 settembre 1990, in *Riv. It. Dir. Lav*., 1992, II, 114, relativamente al rapporto di lavoro di un visagista; P. Pistoia, 14 gennaio 1995, in *Riv. Crit. Dir. Lav*., 1995, 631.

in sede di legittimità[667]) un ulteriore passo avanti nel recupero della volontà delle parti ai fini della qualificazione dei rapporti di lavoro.

In alcune sentenze, infatti, si prevede espressamente, che, qualora il lavoratore non sia nei confronti della controparte in posizione di inferiorità economico-sociale e di debolezza contrattuale, il giudizio qualificatorio può senz'altro procedere attraverso l'analisi della *volontà cartolare*[668].

Il giudice di merito, in questi casi, argomenta la parità negoziale facendo leva "sull'elevato livello della prestazione offerta dal lavoratore"[669], sulla "posizione di indipendenza che è propria ..., potendo egli accettare o ricusare le proposte …, anche nella visuale di futuri incarichi"[670], o sulla base "dell'importanza della figura ... nel settore delle attività professionali", laddove essa individui un "operatore qualificato da particolari attitudini personali, con possibilità di consistenti guadagni sul piano anche artigianale"[671].

Anche la S.C. ha escluso la natura subordinata del rapporto, facendo leva in sede di qualificazione proprio sulla volontà cartolare, sul presupposto che "il lavoratore, nel caso di specie, non è persona sprovveduta né persona in posizione di inferiorità sotto il profilo economico-sociale". Il nomen iuris e la volontà manifestata dalle parti, così, sono valorizzati dal giudice, "nell'ambito di un'autonomia contrattuale che, nella specie, non poteva soffrire compressione di sorta, attesa l'inesistenza in concreto di eventuali posizioni di debolezza contrattuale"[672].

Le dichiarazioni di volontà delle parti, così, risultano decisive per la qualificazione, ogniqualvolta vengano meno nella fattispecie concreta gli indici rivelatori della condizione di debolezza di una delle parti del rapporto. Sicché dalla presunta parità di forza contrattuale tra datore e prestatore di lavoro il giudice trae il convincimento che il contratto sia stato redatto nell'ambito di un'autonomia che non può subire alcun condizionamento[673].

---

[667] Così, Cass. 17 aprile 1990, n. 3170, in *Riv. Giur. Lav*., 1991, 195, che, riguardo al rapporto di lavoro di un veterinario presso un centro zootecnico, avalla l'operato del giudice di merito che, "dopo aver ragionevolmente negato che il ricorrente potesse considerarsi contraente debole", aveva qualificato il rapporto di lavoro come autonomo sostanzialmente in virtù dell'atto negoziale; nonché, Cass. 14 luglio 1993, n. 7796, in *Riv. It. Dir. Lav*., 1994, 31, dalla quale risulta che la S.C., in una fattispecie relativa ad un dirigente di S.p.a., ha escluso la natura subordinata del rapporto, confermando la correttezza dell'operato del giudice di merito che aveva fatto leva in sede di qualificazione proprio sulla volontà cartolare, sul presupposto che "il lavoratore, nel caso di specie, non è persona sprovveduta, né persona in posizione di inferiorità sotto il profilo economico-sociale"; ma anche, Cass. 11 agosto 1994, n. 7374, in *Riv. It. Dir. Lav*., 1995, II, 480, nella quale si legge che "riscontrata carenza di allegazione e prova in ordine all'elemento della subordinazione, deve essere dato valore preminente alla qualificazione attribuita alle parti".

[668] In merito, L. GABRIELLI, *Sulla rilevanza decisiva della subordinazione ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro autonomo o subordinato*, in *Giur. It.,* 1986, 1061-1064; L. NOGLER, *Forza contrattuale delle parti e qualificazione del rapporto di lavoro del direttore generale di una S.p.A. con società collegate*, in *Riv. It. Dir. Lav*., 1994, 317 ss.

[669] Anche se, come è stato rilevato, la posizione di debolezza socio-economica "non può escludersi nel caso del lavoratore altamente qualificato" (P. ICHINO, Subordinazione e autonomia... cit., 199).

[670] Pret. Roma 5 settembre1990, in *Riv. It. Dir. Lav*., 1992, II, 114.

[671] Pret. Roma, 5 settembre 1990, cit.

[672] Cass. 14 luglio 1993, n° 7796, cit., con nota di L. NOGLER, *Forza contrattuale delle parti e qualificazione del rapporto di lavoro del direttore generale di una S.p.A. con società collegate*, cit. Nella pronuncia in questione si fa riferimento alla prestazione fornita da un direttore generale di una S.p.A. in favore delle altre consociate. Malgrado si affermi che la figura gode di una consolidata tipicità sociale sufficiente a supplire il silenzio legislativo, sussistono in realtà non poche incertezze sulla sua qualificazione giuridica.

[673] Per alcune considerazioni al riguardo GABRIELLI, *Sulla rilevanza decisiva della subordinazione ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro autonomo o subordinato*, in *Giur. It*., 1986, 1061-1064. La S.C. aveva già, in una precedente occasione, avallato, per es., l'operato del giudice di merito che "dopo aver ragionevolmente negato che il ricorrente potesse considerarsi contraente debole"

L'esistenza di un siffatto orientamento nella giurisprudenza testimonia la progressiva presa di coscienza da parte di operatori ed interpreti della necessità di predisporre sistemi idonei a valutare il grado di sviluppo conseguito dalla persona, al fine di riconoscere maggiore autonomia decisionale non solo per quel che attiene alla determinazione dei contenuti del contratto, ma anche per quel che attiene alla scelta del tipo di lavoro (autonomo o subordinato) nel quale dedurre la propria attività, a quei lavoratori per i quali vi sia certezza che la decisione di prestare lavoro in una determinata condizione soggettiva sia assunta in assenza di una posizione di presumibile debolezza e, dunque, con coscienza piena ed in assoluta libertà.

4. Il modello teorico della "volontà individuale assistita" di A. VALLEBONA e le proposte di legge sulla "certificazione" della natura giuridica dei contratti di lavoro.

Agli inizi degli anni '90, così, ANTONIO VALLEBONA, facendosi interprete di un sentimento oramai ampiamente diffuso tra studiosi ed operatori della materia, tendente ad una sostanziale valorizzazione della autonomia delle parti anche a fini di qualificazione del contratto di lavoro, elabora un modello teorico che è stato definito della "volontà individuale assistita"[674], al quale imprime, per così dire, "una doppia anima"[675].

Il meccanismo, infatti, pur unitariamente denominato, ha una duplice finalità, quella di attribuire maggiore certezza alla determinazione dei contenuti del contratto di lavoro, anche ove questi siano in contrasto con norme inderogabili (c.d. derogabilità assistita)[676], ed, ancora prima, nella fase preliminare della scelta del tipo, alla sua natura giuridica.

Sotto quest'ultimo profilo, che è quello che maggiormente interessa ai nostri fini, si prevede che un soggetto esterno certifichi, ex ante rispetto alla sua esecuzione, la qualificazione della natura autonoma o subordinata dell'attività che forma oggetto dell'accordo, al fine di prevenire, dall'origine, ogni incertezza sulla stessa e, dunque, sulle conseguenze giuridiche che ne potranno derivare. Tale forma di "controllo preventivo sulle pattuizioni individuali, con eliminazione ab origine di ogni dubbio sulla validità delle stesse"[677], secondo il suo ideatore, produrrebbe effetti di deflazione sul contenzioso.

Dalla seconda metà degli anni '90 in poi il modello teorico della volontà assistita, com'è noto, è

---

aveva qualificato il rapporto di lavoro come autonomo sostanzialmente in virtù dell'atto negoziale (Cass. 17 aprile 1990, n° 3170, *Riv. Giur. Lav*., 1991, 195). Nel caso si trattava del rapporto di lavoro di un veterinario presso un centro zootecnico. Il giudice di primo grado aveva escluso la sussistenza di una situazione di debolezza contrattuale dal momento che "l'investitura non era stata fatta per soddisfare le esigenze del datore, quanto piuttosto per assicurare un servizio imposto direttamente dalla legge".

[674] A. VALLEBONA, *Intervento*, in *Atti* del Congresso nazionale di diritto del lavoro, tenutosi ad Udine nei giorni 10-12 maggio 1991, sul tema "*Autonomia individuale e rapporto di lavoro*", Milano, 1994; pubblicato anche con il titolo *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. Lav*., 1992, 479 ss. Nonché A. VALLEBONA, *La Riforma del mercato del lavoro: cambia poco ed è sbagliata*, cit., 194; A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, cit., 1 ss.

[675] Sulla duplice funzione che il modello appresta ad assolvere cfr. L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 3.

[676] Esula dai fini del presente studio l'approfondimento di questa anima del modello, per maggiori considerazioni al riguardo rinvio alle considerazioni critiche di L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit. 3 ss. Sul problema più generale della inderogabilità delle norme del diritto del lavoro rimando, invece, a R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, nonché al volume A.A.V.V., *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*, cit., e, specialmente, al prezioso contributo, di S. HERNANDEZ, *Una rilettura dell'inderogabilità nella crisi dei principi del diritto del lavoro*, cit., 17 ss.

[677] A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, cit., 480.

divenuto il punto di riferimento di una serie di proposte scientifiche e di progetti di legge, nei quali si prevedono sistemi di certificazione della natura giuridica dei rapporti di lavoro[678].

La prima iniziativa a porsi nella prospettiva indicata è il disegno di legge 13 marzo 1997, n. 3423 (recante "*norme per l'inquadramento giuridico e per la tutela della parasubordinazione e del lavoro autonomo non regolamentato*") e, precisamente, la disposizione contenuta all'art. 11, intitolato "Delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro"[679].

Propone di creare, in sede amministrativa, un meccanismo del tipo fin qui delineato, invero, anche l'"Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori", elaborata nell'ambito del Ministero del lavoro[680] da M. BIAGI e M. TIRABOSCHI, che alla "Certificazione dei rapporti di lavoro" dedica tutta la I sezione[681]. L'ipotesi ha subíto, poi, com'è noto, alcune modifiche ed è divenuta il Progetto per la predisposizione di uno Statuto dei lavori, conservando in una apposita previsione in tal senso[682].

Proposte di analogo tenore vengono presentate in Parlamento, all'esito dei lavori della Commissione ZAMAGNI, nel disegno di legge S n. 3512 e contiene una specifica previsione sulla "Certificazione dei rapporti di lavoro" (art. 17)[683] anche il c.d. "Disegno di legge sui lavori atipici", a firma

---

[678] Per una ricostruzione dei quali v. M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori "atipici" e la sua tenuta giudiziaria*, in A.A.V.V, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, cit., 478 ss.

[679] La proposta è stata presentata alla Camera il 13 marzo 1997, per iniziativa dei deputati MUSSI, INNOCENTI ed altri. cfr. il testo pubblicato in A.A.V.V., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, cit., 313 ss. La norma in questione prevedeva il conferimento di una delega al Governo per l'emanazione di "uno o più decreti legislativi volti a provvedere alla certificazione dei rapporti di lavoro e a limitare il contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro" nel rispetto di una serie di criteri e principi direttivi, quali la preclusione, per i contraenti di contratti relativi a rapporti di lavoro diversi da quello subordinato, di inserire clausole tendenti a rendere inapplicabile la disciplina prevista a tutela dei lavoratori subordinati (lett. a); la previsione, in caso di controversie circa la qualificazione della natura giuridica del rapporto contrattualmente definito, del ricorso ad un organismo amministrativo "da individuare" per l'esperimento di un tentativo di conciliazione, prima di adire il giudice ordinario competente (lett. b) ed, infine, l'introduzione di opportuni meccanismi contributivo-previdenziali disincentivanti tesi a limitare la convenienza di uno schema negoziale piuttosto che di un altro (lett. c).

[680] Il testo che risale al novembre del 1997 è pubblicato nel volume A.A.V.V., Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli, cit., 347 ss. Per maggiori osservazioni, al riguardo, si veda nello stesso Quaderno il contributo di M. PEDRAZZOLI, Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro, cit., 9 ss. Sulla vicenda complessiva si vedano anche M. BIAGI - M. TIRABOSCHI, Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di un "Statuto del lavori"?, in Lav. Dir., 1999, 580 ss.; T. TREU, Politiche del lavoro, Bologna, 2002, 317 ss. Per alcune considerazioni critiche sulla proposta: G. FERRARO, Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 1998, 438-439; L. MONTUSCHI, Un nuovo lavoro da regolare, in Arg. Dir. Lav., 1998, 696; M. NAPOLI, Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto dei lavori, in Dir. Lav. Rel. Ind., 1998, n. 3, 297-306; M. MAGNANI, Verso uno "Statuto dei lavori"?, in Dir. Lav. Rel. Ind., 1998, n. 3, 314-315; G. PERA, Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato, in Riv. It. Dir. Lav., 1998, I, 379.

[681] A.A.V.V., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi problem*i, cit., 350 ss. Nelle intenzioni dichiarate dai suoi promotori tale sistema, "volontario ed incentivante", doveva "rappresentare una adeguata risposta al sovradimensionamento del contenzioso giudiziale" e garantire alle parti (ed in particolare al datore di lavoro) l'affidamento nei riguardi di una determinata qualificazione assegnata dalle parti al rapporto, a condizione: che vi fosse sostanziale corrispondenza tra quanto dichiarato in sede amministrativa e quanto di fatto realizzato nello svolgimento del rapporto.

[682] Il relativo testo, pubblicato in *Dir. Rel. Ind*., 1999, 271 ss., è stato presentato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri il 25 marzo 1998, ma non si è mai tradotto in un disegno formale di legge.

[683] Mi riferisco non già al testo originariamente presentato il 29 gennaio 1997 con il n. 2049, che non prevedeva alcuna disposizione in tal senso, ma a quello approvato dal Senato della Repubblica il 4 febbraio 1999 con il n. 5651. La prima versione del disegno di legge può leggersi in A.A.V.V, Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli, in Quad. Dir. Lav. Ind., n. 21, 1998, 285 ss.; quella approvata dal Senato, invece, è pubblicata in calce a S. HERNANDEZ, Il disegno di legge sui lavori "atipici", verso nuove rigidità?, in Dir. Lav., 1999, I, 394 ss.

dei senatori SMURAGLIA, DE LUCA ed altri, dal titolo "Norme di tutela dei lavori "atipici", comunicato alla Presidenza del Senato il 29 gennaio 1997, con il n. 2049 ed approvato da Senato della Repubblica il 4 febbraio 1999 con il n. 5651, mai giunto, peraltro, a compimento dell'iter legislativo[684].

Fin dalle prime proposte la certificazione si configura come un procedimento diretto alla formazione di un atto amministrativo, di certificazione di rapporti privati, volto a conferire "certezza pubblica" alla dichiarazione resa dalle parti di porre in essere un rapporto di lavoro avente una data qualificazione giuridica e ad operare una valutazione ed un controllo sul corretto inquadramento legale operato dalle stesse[685].

Ciò, tuttavia, non vale ad attribuire al risultato di tale procedura un carattere vincolante e stabile, restando comunque aperta la possibilità di una diversa qualificazione giudiziale del rapporto.

Le opinioni in ordine alla capacità della certificazione di produrre certezza e, conseguentemente, alla sua effettiva potenzialità di ridurre il contenzioso appaiono, così, fin dall'origine, piuttosto contrastanti[686].

Le maggiori perplessità che il sistema della certificazione suscita, fin dalle prime concretizzazioni in chiave normativa, riguarda proprio la sua reale utilità sul versante pratico[687].

Il dovere di verificare se quanto dichiarato è stato, di fatto, praticato o se il rapporto si è svolto con modalità e contenuti difformi, del tutto incompatibili con il nomen iuris e la tipizzazione

---

Al fine di ridurre il contenzioso in materia, nel progetto citato si prevedeva di delegare il Governo all'emanazione di disposizioni sulla certificazione volontaria dei contratti di lavoro. Stando al provvedimento in questione che, com'è noto, non è mai giunto a compimento del suo iter legislativo, alla certificazione doveva essere preposto un organo bilaterale istituito dai contratti o accordi collettivi nazionali, stipulati fra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative in ambito nazionale o, in caso di sua mancata costituzione, dalla Direzione provinciale del lavoro (art. 17, 1° comma, a). Le eventuali controversie sulla effettiva corrispondenza delle mansioni in concreto svolte e delle modalità effettive della prestazione rispetto a quanto risultasse dalla documentazione (art. 17, 1° comma, lett. b), ovvero sulla qualificazione del contratto, poi, erano rimesse all'esame dell'autorità giudiziaria competente, tenuta a considerare anche il comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione (art. 17, 1° comma, lett. d).

[684] Nonostante avesse carattere provvisorio, il progetto è stato oggetto di analisi approfondite da parte degli studiosi e degli esperti della materia, come dimostra l'elevato numero di scritti, di incontri di studi e tavole rotonde in tema. In proposito, tra gli altri, A. ACCORNERO - F. LISO - A. MARESCA, I cosiddetti "lavori atipici". Aspetti sociologici, giuridici ed esigenze delle imprese, cit.; L. MONTUSCHI, Un nuovo lavoro da regolare, in Studi in onore di Gino GIUGNI, Bari 1999, 723 ss.; A.A.V.V., Quale disciplina per i lavori atipici, cit.; S. HERNANDEZ, Il disegno di legge sui lavori "atipici", verso nuove rigidità?, cit., 385 ss.; V. SALA CHIRI, I "lavori atipici" nel progetto di legge approvato dal senato, in Dir. Lav., 1999, I, 399 ss.

[685] Per una indagine sulla natura giuridica della certificazione E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 533-535.

[686] Si oppongono sul presupposto della indisponibilità del tipo contrattuale e della sua inutilità al fine di garantire la tenuta della qualificazione del rapporto in sede giurisdizionale R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del "lavoro coordinato"*, cit., 41 ss.; L. MONTUSCHI, *Un "nuovo" lavoro da regolare*, cit., 3, 696; G. FERRARO, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, cit., 1998, 438-440; G. PERA, *Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato*, cit., 1998, 679 ss. In senso favorevole alla certificazione, nel suo complesso, invece, sul presupposto della sua utilità e rilevanza sul piano probatorio, tra gli altri, M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, cit., 1998, 509 ss.; M. BIAGI - M. TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno "statuto dei lavori"*, cit., 1999, 587.

[687] M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, cit., 25-26, il quale dubita che specie per i rapporti di lavoro a più modesto contenuto professionale il modello possa diffondersi in misura apprezzabile, ma aggiunge, poi, che "queste prognosi dubitative nulla tolgono all'apprezzabilità del disegno; e anche in concreto potrebbero essere superate se l'esperimento si avvierà in modo credibile".

accertata in via amministrativa", è ritenuto, rispetto alla finalità originaria di ridurre le controversie in ordine alla natura giuridica dei rapporti di lavoro, un inutile appesantimento burocratico. Il rafforzamento della scelta negoziale delle parti attraverso una fase amministrativa di convalida, ferma in ultima istanza la competenza qualificatoria del giudice, rischia, infatti, sul versante applicativo, di trasformare l'instaurazione dei rapporti di lavoro in un procedimento gravoso che si snoda attraverso adempimenti complessi[688].

Maggiore rilievo nella considerazione degli interpreti non assume neanche il presupposto della volontarietà della certificazione[689], che, anzi, si ritiene potrebbe depotenziarne l'efficacia pratica[690].

5. La certificazione nel d.lg.s. 10 settembre 2003, n. 276 e la sua inidoneità a produrre effetti di deflazione sul contenzioso.

L'intenzione di voler "sperimentare" una procedura di certificazione "al fine di ridurre il contenzioso in materia di rapporti di lavoro" è prevista anche nel "*Libro Bianco sul mercato del lavoro*", che delegava, per legge, il Governo ad emanare una disciplina in materia ispirata ad una serie di criteri e principi direttivi[691].

Tali principi, com'è noto, sono confluiti, con alcune modifiche ed integrazioni nell'art. 5 della legge 14 febbraio 2003 n. 30[692], in attuazione della quale, da ultimo, è stato emanato il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che segna, sia pure a carattere sperimentale, l'effettivo ingresso della certificazione nel nostro ordinamento (artt. 75-81).

La finalità indicata all'art. 75 del citato decreto, come all'art. 5 della legge delega, è sempre quella di ridurre le controversie giudiziarie sulla natura giuridica dei rapporti di lavoro.

Se, tuttavia, l'art. 5 della legge 14 febbraio 2003 n. 30 ometteva di circoscrivere analiticamente l'oggetto da certificare, indicando solo il principio secondo il quale la certificazione interviene "in

---

[688] Così, MONTUSCHI, *Un "nuovo" lavoro da regolare*, cit., 735, secondo il quale una "certificazione amministrativa, che - nell'intenzione dei proponenti - dovrebbe attestare, pur in relazione alle tipologie definite dalla contrattazione collettiva, la correttezza della qualificazione del rapporto e la corrispondenza a quanto dichiarato e voluto dalle parti individuali, non servirebbe tuttavia a garantire la certezza dei rapporti, né a ridurre il contenzioso giudiziario".

[689] Tale previsione era contenuta sia all'art. 17 del disegno di legge n. 2049 approvato dal Senato il 4 febbraio 1999 e trasferito alla Camera con il n. 5651, sia all'art. 9 del decreto n. 848.

[690] E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 529-530.

[691] Tra i quali, il "carattere volontario e sperimentale della procedura", l'individuazione dell'organo preposto alla certificazione del rapporto di lavoro "in enti bilaterali costituiti ad iniziativa delle associazioni imprenditoriali e delle organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative, ovvero nella Direzione provinciale del lavoro"; nonché "in caso di controversia sulla esatta qualificazione del rapporto di lavoro realizzato", la "valutazione da parte dell'autorità giudiziaria competente anche del comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione" (v. cfr. "*Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia*", cit., 73).

[692] Nel corso del proprio *iter* legislativo, com'è noto, la previsione in oggetto (originariamente art. 9, divenuta, poi, art. 5), ha subíto ad opera dell'uno e dell'altro ramo del Parlamento consistenti modifiche, che sono state oggetto di un ampio dibattito fra gli interpreti. Per un primo commento sulla previsione relativa alla certificazione contenuta nel testo originario presentato dal Governo ed un confronto con il suo immediato antecedente (art. 17 del decaduto disegno n. 2049, approvato al Senato il 4 febbraio 1999 e trasferito all'esame della Camera con il n. 5651) v. cfr. E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 8, 2000, 527 ss. Per ulteriori spunti critici L. DE ANGELIS, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 234 ss.; nonché L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., 110 ss.; V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro,* cit., 271 ss.

materia di qualificazione dei rapporti di lavoro", nel decreto di attuazione, invece, si individua, espressamente, il campo di applicazione della procedura non già in ogni contratto avente ad oggetto una attività di lavoro autonomo o subordinato, ma solo in alcuni contratti che, poi, sono proprio quelli disciplinati e perciò tipizzati dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276[693].

Benché un'attenta analisi avesse evidenziato che la certificazione delineata nel decreto attuativo sarebbe stata in ogni caso destinata a dirimere le controversie sulla natura subordinata od autonoma dei rapporti di lavoro che più di frequente affollano il contenzioso[694], non sembra potersi dubitare che la previsione nella definizione del campo di applicazione dell'istituto di una formula più ampia che prevedesse la certificazione non solo di alcuni tipi di contratti, ma di ogni contratto di lavoro sia esso autonomo o subordinato, avendo come unico riferimento a fini discretivi tra le due categorie l'art. 2094 c.c., sarebbe stata preferibile.

Di ciò ha preso atto anche il legislatore. Ne è prova la circostanza che nel testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 3 giugno 2004 dello schema di decreto legislativo che modifica alcune parti della disciplina contenuta nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (sul quale verranno acquisiti i pareri della Conferenza unificata e delle Commissioni parlamentari competenti), invero, è previsto all'art. 13 che l'articolo 75, comma 1, venga sostituito dal seguente: "*Al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro le parti possono ottenere la certificazione del contratto secondo la procedura volontaria stabilita nel presente Titolo*". Per effetto di tale modifica, così, come precisato anche nella Relazione illustrativa, la certificazione del contratto potrà essere ottenuta in relazione a tutti i contratti di lavoro[695].

Come nelle originarie previsioni dell'istituto anche nella legge di riforma, la valutazione dell'organo di certificazione è svolta *ex ante* rispetto alla esecuzione del rapporto di lavoro da un organo a ciò abilitato e la sua efficacia è destinata a cedere di fronte ad una eventuale difforme valutazione del giudice (art. 79), cui compete, sempre, in ultima analisi, il potere di qualificare i rapporti di lavoro e la determinazione della disciplina applicabile[696].

La possibilità di una diversa qualificazione giudiziale del rapporto è espressamente prevista oltre che per vizi del consenso (errore, violenza e dolo ex artt. 1427-1440 c.c.), sia in caso di accertamento sulla erroneità della stessa, sia, ed è quel che più conta, in caso di scostamento tra dichiarazione contrattuale e successivo svolgimento del rapporto (artt. 79 ed 80).

Si tratta in quest'ultimo caso, invero, dell'ipotesi più ricorrente e diffusa per cui le parti si rivolgono al giudice. È noto, infatti, che la maggior parte delle controversie qualificatorie si verifica ex

---

693 Per una specifica analisi delle differenti tipologie certificabili si rinvia a L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 25-33; nonché V. SPEZIALE, *Titolo VIII, - Artt. 75-84,* cit., 155-159.

694 Così, L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 25, il quale ritiene sia possibile acquisire tale consapevolezza proprio da una lettura della definizione di "lavoro a progetto" di cui all'art. 61 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Sul campo di applicazione dell'istituto v. anche le considerazioni critiche di C. ROMEO, *Il nuovo istituto della certificazione*, in G. PERONE – A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 169 ss.; nonché di P. TULLINI, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 831-832.

695 Il documento è stato inizialmente diffuso da Adapt-Centro Studi "Marco Biagi".

696 L. MENGONI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in A.A.V.V., *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale. 1956-1986*, Roma, 1987, 39 ss.

post per scostamento in fase esecutiva dal programma negoziale[697].

La circostanza che la forza legale dell'atto certificato non sia irreversibile, ma possa essere smentita dall'accertamento giudiziale di una diversa dinamica fattuale o dell'errore nell'identificazione del tipo negoziale effettuata dall'organo certificatore costituisce, senza dubbio, uno dei maggiori profili di debolezza dell'istituto.

Ed è proprio da tale circostanza che la dottrina maggioritaria, come si è detto, trae il convincimento della sua scarsa utilità sotto il profilo per il quale la certificazione è stata introdotta nel nostro ordinamento[698].

Se così non fosse, del resto, sarebbe stata dubbia la sua legittimità.

La scelta operata dal legislatore, infatti, si pone nel pieno rispetto del principio affermato dalla Corte costituzionale e ribadito anche in dottrina, secondo il quale non è consentito al legislatore autorizzare le parti ad escludere, direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, - e, dunque, anche con l'assistenza di un organo di certificazione - l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che presentino in concreto i connotati della subordinazione[699].

Organismi sindacali o amministrativi, in altri termini, non potrebbero emettere provvedimenti volti a qualificare, in modo irrevocabile, come rapporti di lavoro autonomo quelli che, nei fatti, invece, abbiano caratteristiche proprie della subordinazione[700].

Si può correttamente ritenere, allora, che la certificazione rappresenti, per così dire, un "valore aggiunto" in termini di certezza alla scelta operata dalle parti, ma solo in *medio tempore*. La sua efficacia, infatti, risiede nell'impedire, *temporaneamente*, un comportamento delle parti e dei

---

[697] Così, L. NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, cit., 113.

[698] Al riguardo, efficacemente, V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 271 ss.; nonché L. NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, cit., 113, secondo il quale "la limitata incisività dell'istituto… può essere considerata "geneticamente" iscritta nel suo dna, giacché la certificazione consente, in ogni modo, "solo" una valutazione *ex ante* rispetto al decisivo momento della realizzazione del rapporto di lavoro…". Sul punto anche P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, cit., 920-923, secondo il quale la ricerca preventiva di certezza mediante la certificazione del tipo è destinata a cedere al controllo successivo del giudice sulla eventuale erroneità di tale qualificazione o sul suo scostamento tra quanto pattuito e l'effettiva attuazione del rapporto prevale sulla volontà certificata, la certificazione non può fare certezza ed è inutile. Ma anche M. RUSCIANO, *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 344, il quale ritiene che per perseguire l'effetto di deflazione sul contenzioso sarebbe stato necessario prevedere, piuttosto, una sorta di "verificazione" da utilizzare *ex post*, alla fine del rapporto, per verificare eventuali scostamenti dal programma negoziale.

[699] Sulla qualificazione dei rapporti di lavoro e sulla sussistenza, al riguardo, di limiti alla discrezionalità legislativa e negoziale, in particolare, Corte Cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro It*., 1993, I, 2432 e Corte Cost. 31 marzo 1994, in *Foro It*., 1994, 2656 ss. Si sostiene in entrambe che "non è consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento" ed, in particolare, nella seconda pronuncia citata la Corte aggiunge che "a maggior ragione non sarebbe consentito al legislatore autorizzare le parti ad escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato... Pertanto, allorquando, il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento - eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni stipulate e con il *nomen iuris* enunciato - siano propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina ad esso applicabile". Per alcune considerazioni in argomento: R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav*., 2001, 95 ss.

[700] V. SPEZIALE, *Titolo VIII, - Artt. 75-84,* cit., 193.

terzi contrastante con la stessa.

Ciò non assume significativo rilievo tra le parti, comunque tenute, anche senza certificazione e salvo diverso accordo successivo, ad osservare il contratto stipulato, fino a che il giudice non lo qualifichi diversamente con effetto sui rispettivi obblighi e diritti[701].

Ed anche per quanto riguarda i terzi verso i quali l'art. 79 del decreto legislativo citato estende la permanenza degli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro si perviene ad una conclusione non molto diversa.

L'atto certificato, infatti, sostanzialmente improduttivo di conseguenze dirette tra le parti, impone la sua efficacia *ultra partes*[702]. Si tratta di effetti riflessi della mera esistenza del contratto, come quelli di natura previdenziale, amministrativa, fiscale e sindacale. La certificazione, così, avrà l'effetto di mettere il contratto certificato al riparo da ogni tipo di intervento (ispettivo, contravvenzionale o ingiunzionale) da parte delle "autorità pubbliche nei confronti delle quali questo è destinato a produrre effetti ai sensi della lett. a) del 2° comma dell'art. 78 (enti previdenziali, uffici fiscali, ecc.), ma solo fino al momento in cui non intervenga un accertamento giudiziale dal quale risulti che il rapporto di lavoro debba qualificarsi in modo diverso rispetto a quanto previsto in sede di certificazione[703].

Anche nei confronti dei terzi la certificazione non è incontrovertibile ed il suo effetto può tradursi, al più, in un ritardo nella emissione di provvedimenti amministrativi.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, dunque, il giudizio sulla rilevanza qualificatoria della certificazione, nel complesso, appare piuttosto modesto.

6. La certificazione sotto il profilo tecnico-giuridico ed il suo carattere scarsamente innovativo.

Il meccanismo prefigurato dal legislatore che conduce all'atto di certificazione non costituisce una vera e propria svolta neanche dal punto di vista tecnico-giuridico[704], trattandosi di una procedura di qualificazione da attuarsi nel rispetto di criteri non dissimili da quelli impiegati in sede giudiziaria[705].

---

[701] L'unica vera conseguenza per queste ultime è legata, semmai, non alla certificazione in sé, ma al comportamento complessivo tenuto in tale sede (ed anche in sede di definizione della controversia nel corso del tentativo obbligatorio di conciliazione), valutabile successivamente dal giudice (art. 80, 3° comma).

[702] La qualificazione del rapporto determina un certo regime applicabile (si pensi ad es. agli enti previdenziali). Sul punto E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 289-290, il quale ritiene "proprio questo effetto qualificatorio … il *proprium* – il valore aggiunto – della certificazione".

[703] L. NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, cit., 117, nonché L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 22.

[704] Per proficue considerazioni sul tema della qualificazione: L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1990, I, 1824; L. NOGLER, *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, 107 ss.; L. NOGLER, *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, I, 311. Per una trattazione specifica ed unitaria del tema, G. PROIA, *Rapporti di lavoro e tipo (Considerazioni critiche)*, Milano, 1997. Recentemente, ancora L. NOGLER, *Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, 109 ss.; nonché G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, 87 ss.

[705] Sulla somiglianza tra l'atto di certificazione e l'accertamento giurisdizionale E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 293.

Sotto il profilo metodologico, infatti, il legislatore, correttamente, configura la certificazione come una valutazione fondata su un rigoroso procedimento di sussunzione delle fattispecie concreta con quelle astratta[706].

Il metodo "per sussunzione" o "sillogistico", com'è noto, è quello tradizionalmente seguito dagli interpreti nella distinzione tra lavoro autonomo e subordinato[707].

Le crescenti difficoltà di individuare criteri qualificatorii idonei a far coincidere perfettamente le fattispecie concrete con quella astratta, peraltro, hanno indotto la giurisprudenza, prima, e parte della dottrina, poi, a prospettare un radicale mutamento di metodologia (c.d. metodo "per approssimazione" o "tipologico")[708], che ha trovato, in ambito giurisprudenziale, adesioni, il più delle volte non dichiarate[709].

Il richiamo alla tesi tipologica, infatti, in qualche caso è esplicito[710], ma più spesso lo si desume dal concreto modo di operare[711]. Si tratta, del resto, di un indirizzo ricostruttivo che valorizza grandemente il ruolo svolto dai giudici, legittimandone la ricerca empirica degli indici della

---

[706] A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, cit., 136.

[707] A sostegno del metodo sussuntivo si vedano L. MENGONI*, La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1986, I, 5 ss.; M. DI RUOCCO, *Attività lavorative emergenti: autonomia o subordinazione?,* cit., 413 ss.; M. FRANCESCHELLI*, Nuove forme di prestazione dell'attività lavorativa,* in *Mass. Giur. Lav.,* 1988, I, 408 ss.; M. V. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. Dir*., 1987, I, 41 ss.; P. ICHINO*, Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, in *Riv. It. Dir. Lav.,* 1987, II, 76 ss.; ID., *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, in *Comm. Cod. Civ*., 1992, 32 ss.; E. GHERA, *Il lavoro e i lavori*, in *Lav. Dir*., 1988, 569; R. PESSI, *Spunti per una riflessione sulla fattispecie lavoro subordinato*, cit., 503 ss.; R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, cit., 21 ss..; M. E. RUBINO, *Subordinazione e nuova fenomenologia dei rapporti di lavoro,* Chieti, 1990; G. PROIA, *Rapporti di lavoro e tipo (Considerazioni critiche)*, cit., 54. In giurisprudenza non mancano pronunce, specie di merito, nelle quali si afferma espressamente che "il metodo di valutazione della natura del rapporto di lavoro, è un metodo sussuntivo e formale: posta la definizione della fattispecie teorica di riferimento nella norma di cui all'art. 2094 c.c., il rapporto di lavoro subordinato è quello che in via di fatto è interamente sussumibile nella fattispecie astratta" (T. Milano, 15 marzo 1991, in *Riv. It. Dir. Lav*., 1991, II, 784; T. Milano, 25 gennaio 1992, in *Orient. Giur. Lav*., 1992, 37; dello stesso orientamento è anche Pret. Roma del 21 giugno 1995, in *Dir. Lav*., 1996, II, 16).

[708] In questa circostanza si deve rilevare come la pratica comune abbia preceduto l'impostazione teorica del metodo, che deve attribuirsi a L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro*, cit., spec. 137 ss., il quale sostiene che l'operazione di qualificazione possa consistere in un semplice esame circa la somiglianza rispetto al tipo normativo: il c.d. "giudizio di approssimazione", formulato in base al maggiore o minore accostamento del rapporto di lavoro concretamente svolto ai caratteri che contraddistinguono l'ipotesi più frequente di lavoro subordinato, intesa come fattispecie tipica L'indagine circa la sussistenza della subordinazione, viene affidata, così, non tanto a pretese caratteristiche intrinseche della prestazione, quanto alla presenza, nel caso concreto, di elementi e fenomeni socialmente tipici del lavoro dipendente; ID., *Impresa, rapporto di lavoro, continuità (riflessioni sulla giurisprudenza), in Riv. Dir. Civ.*, 1969, 576; ID., *Riflessioni in tema di continuità, impresa, rapporto di lavoro*, in *Studi in onore di F. SANTORO PASSARELLI*, cit., V, 103. L'opzione incontra notevole successo in dottrina. Vi aderiscono, tra gli altri, anche M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav*., 1995, 79 ss.

[709] Già prima della teorizzazione del metodo ad es. Cass. 31 luglio 1963, n. 2182, in *Mass. Giur. It.*, 1963, 734. Questa tendenza è stata confermata anche in seguito. Recentemente, ancora Cass. 2 settembre 2000, n. 11502, in *Orient. Giur. Lav*., 2000, I, 638, A. Cagliari, 18 giugno 2001, in *Riv. Giur. Sarda*, 2002, 457; Cass. 6 luglio 2001, n. 9167, in Mass. Giur. Lav., 2001, 1133; Cass. 26 marzo 2002, n. 4338, in *Riv. Giur. Lav*., 2002, II, 715.

[710] Per una esplicita adesione alla tesi c.d. tipologica, vedi Pret. Pavia del 13 ottobre 1987, in *Dir. Lav.*, II, 355; Pret. Milano 30 aprile 1994, in *Orient. Giur. Lav.*, 1994, 527; P. Milano, 24 gennaio 1995, in *Riv. Crit. Dir. Lav*., 1995, 635; Trib. Milano, 22 giugno 1996, in *Orient. Giur. Lav*., 1996, I, 353; Pret. Torino 12 febbraio 1996, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, 290; Trib. Milano 22 giugno 1996, in *Orient. Giur. Lav*., 1996, 353. Recentemente Cass. 2 settembre 2000, n. 11502, in *Orient. Giur. Lav*., 2000, I, 638.

[711] Per alcune considerazioni critiche sul ricorso da parte della giurisprudenza al metodo tipologico: FRANCESCHELLI, op. cit., 409; D'ANTONA, *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv*., 1988, 198 ss.; DE LUCA, *Autonomia e subordinazione nella giurisprudenza di legittimità: le risposte della giurisprudenza alla "sfida postindustriale", aspettando Godot*, in *Foro It*., 1989, I, 2909 ss.; PROIA, *Rapporti di lavoro e tipo*, cit., 24.

subordinazione, riconoscendo loro la facoltà di assimilare all'ipotesi socialmente tipica un'infinita tipologia reale di prestazioni di lavoro e di assegnare, in base ad una personale valutazione, ruolo preminente all'uno o all'altro indizio[712].

Al metodo tipologico, che ha trovato seguito anche in dottrina[713], sono state mosse numerose obiezioni, che appaiono convincenti e fondate[714]. La principale critica che si rileva da un esame della tecnica considerata è che, ricorrendo ad essa, il giudizio resta affidato all'intuito del giudice e non ad una operazione razionalmente controllabile[715]. Non vi è dubbio, come è stato sostenuto, che solo un procedimento di tipo analitico qual è quello sussuntivo consente di rimanere nell'ambito delle regole ermeneutiche dettate dal legislatore con un certo rigore, evitando di indulgere in pericolose interpretazioni ideologiche del diritto, che, sulla spinta emotiva e personale del singolo interprete, possono accentuare la mancanza di certezza in una materia già sottoposta a numerose e negative oscillazioni[716].

Il carattere ondivago e contraddittorio degli esiti giudiziari condotti sulla base del metodo tipologico e le difficoltà oggettive di ricondurre le multiformi realtà fenomeniche dell'attuale mercato del lavoro agli schemi tradizionali hanno indotto a ricercare per altra via una possibile soluzione al problema dibattuto[717]. Da più parti, però, si è finito col ribadire la necessità di ritornare ad un

---

[712] A differenza di quello sillogistico, il metodo tipologico non richiede completa coincidenza tra l'ipotesi concreta ed il modello astratto, ma ricerca un numero sufficiente di requisiti ritenuti caratteristici della subordinazione, per decidere in termini di prevalenza (c.d. riconduzione). L'adozione, nei casi dubbi, di un principio di prevalenza dei criteri di subordinazione su quelli caratteristici del lavoro autonomo, assicura ampi spazi di discrezionalità al giudice di merito, le cui decisioni possono essere sindacate in sede di legittimità solo per quanto riguarda la sufficienza e la razionalità della motivazione relativa alla prevalenza degli indici di subordinazione o di autonomia. Così, ad es., Cass. 5 maggio 1967, n. 875, in Foro it., 1967, I, 1206; Cass. 19 settembre 1968, n. 2962, in Mass. Giust. Civ., 1968, 1550; Cass. 8 gennaio 1972, n. 58, in Mass. Giust. Civ., 1972, 34; Cass. 22 ottobre 1973, n. 2686, in Mass. Giust. Civ, 1973, 1397; Cass. 22 gennaio 1974, n. 183, in Mass. Giust. Civ., 1974, 90; Cass. 5 gennaio 1980, n. 31, in Rep. Foro It., 1980, voce Lavoro (rapporto), n. 276; Cass. 8 gennaio 1980, n. 145, in Rep. Foro It., voce cit., n. 275; Cass. 24 marzo 1980, n. 1978, in Rep. Foro It., voce cit., n. 270; Cass. 11 maggio 1981, n. 3120, in Rep. Foro It., 1981, voce cit., n. 236; Cass. 9 dicembre 1981, n. 5922, in Rep. Foro It., voce cit., n. 257; Cass. 7 dicembre 1981, n. 6492, in Riv. It. Dir. Lav., 1982, II, 495; Cass. 14 dicembre 1982, n. 6885, in Rep. Foro It., 1982, voce Lavoro (rapporto), n. 260; Cass. 26 maggio 1983, n. 3650, in Rep. Foro It., 1983, voce cit., n. 396; Cass. 14 ottobre 1983, n. 6006, in Rep. Foro It., 1983, voce cit., n. 390, Cass. 2 luglio 1984, n. 3885, in Rep. Foro It., 1984, voce cit., n. 438; Cass. 27 novembre 1984, n. 6168, in Rep. Foro It., 1984, voce cit., n. 384; Cass. 14 marzo 1985, n. 2012, in Rep. Foro It., 1985, voce cit., n. 411. Anche recentemente, Cass. 21 maggio 2002, n. 7469, in Rep. Foro It. 2002, v. Lavoro (rapporto), 530.

[713] M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo lavoro subordinato*..., cit., 82.

[714] Tra le ricostruzioni, espressamente, contrarie alla tecnica dell'approssimazione: R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, cit., 21 ss.; L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, cit., 5 ss.; G. PROIA*, Rapporti di lavoro e tipo*, cit.., 27 ss. Stando a quest'ultima opinione, in particolare, si ritiene che benché il tipo "assurga a categoria dinamica che intende sottrarsi alla inevitabile astrattezza della sussunzione", in realtà, si baserebbe anch'esso su astrazioni, con l'unica differenza, rispetto a quello sussuntivo del livello dell'astrazione nel quale verrebbe ad operare. Il giudizio di approssimazione, infatti, verrebbe condotto sulla base di una "intuizione globale" del grado e dell'intensità della presenza dei tratti caratterizzanti il tipo, tale da consentire l'individuazione della disciplina applicabile (*Ibidem*, 14-15). Ancora recentemente per una decisa critica del metodo G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, cit., 87 ss.

[715] "Il ricorso al metodo indiziario risulta scarsamente compatibile con l'esigenza di porsi di fronte ad un quadro di riferimento normativo idoneo a consentire la preventiva conoscenza delle regole del gioco; in altri termini quali indizi saranno ritenuti dal magistrato determinanti ai fini del giudizio di qualificazione" (R. PESSI, *Spunti per una riflessione*..., cit., 524-525).

[716] Così, S. HERNANDEZ, Introduzione a M. E. RUBINO, Subordinazione e nuova fenomenologia dei rapporti di lavoro, cit., 7-8, secondo il quale il metodo sussuntivo permette di evitare "le suggestioni, le approssimazioni e le distorsioni, rispetto al modello normativo, cui induce la pretesa individuazione di un modello socialtipico di subordinazione, che può rivelarsi utile a percepire espressioni della realtà sociale, ma che non si adegua ad un sistema di tipi contrattuali quale è quello prospettato dal nostro ordinamento".

[717] Si propone, allora, la teoria c.d. "funzionale" del tipo o metodo tipologico "funzionale", in base alla quale il tipo non viene più ad essere individuato dalla semplice presenza degli elementi che lo compongono, ma dalla funzione che ciascuno di essi svolge rispetto

rigoroso approccio sussuntivo, fondato sul ricorso ad una fattispecie astratta minima unitaria di lavoro subordinato e su criteri identificativi universalmente validi e precisi[718] ed anche in giurisprudenza, per quanto il ricorso al metodo indiziario risulti ancora prevalente, già da tempo, si assiste ad un revival nell'utilizzo della metodologia sillogistica[719].

La circostanza, allora, che il legislatore, attraverso la disciplina della certificazione, ribadisca ancora una volta la necessità di attenersi, nella identificazione della natura giuridica dei rapporti di lavoro, al rigore della metodica sussuntiva, conferma come, almeno sotto questo profilo, l'istituto non apporti alcuna significativa novità al tema della qualificazione, ma finisca per allinearsi alle più consolidate opinioni elaborate in materia.

L'unica vera novità è che si ammette che tale operazione sia operata *a priori* da uno speciale organo a ciò abilitato.

Anche per quanto riguarda gli indici che dovrebbero essere utilizzati nelle procedure di certificazione non emergono indicazioni di segno opposto.

L'art. 78, comma 5, del d.lg.s. 10 settembre 2003, n. 276, infatti, prevede la definizione con decreto del Ministero del lavoro di "*moduli e formulari*" per la certificazione del contratto, i quali, però, "devono sempre tener conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro, come autonomo e subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro che dovranno essere certificate"[720], così come, secondo l'art. 76, comma 2, dello stesso decreto, le Università, al fine di ottenere la registrazione all'albo che le abilita alla certificazione, sono tenute ad inviare all'atto della registrazione e, poi, periodicamente "studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro".

Non vi è, dunque, come è stato osservato, una sostanziale differenza tra il contenuto logico-giuridico dell'atto di certificazione e l'accertamento della qualificazione del rapporto contenuta nella sentenza: l'uno e l'altro sono espressione della discrezionalità che caratterizza l'attività interpretativa e che inerisce all'impiego dei principi ricavati dalla legge per qualificare la natura subordinata od autonoma dell'attività lavorativa[721].

---

al contesto nel quale si inserisce e rispetto agli altri elementi. Per la teorizzazione del metodo, L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, cit., 1990, 182 ss.; ID., *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 107 ss. Recentemente L. NOGLER, *Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, cit., 109 ss. Per una analisi critica del metodo G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, cit., 90 ss.

[718] La necessità di individuare una fattispecie minima unitaria di subordinazione trova un consenso diffuso in materia. Così, tra gli altri, S. MAGRINI, *Lavoro (Contratto individuale di)*, cit., 381 ss.; E. GHERA, *La subordinazione* ..., cit., 621 ss.; R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, cit., 23 ss.; nonché, L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, cit., 15, secondo il quale l'impossibilità di definire una nozione di subordinazione, capace di sussumere tutti i casi concreti, non può costituire un argomento sufficiente per accreditare il metodo tipologico, quale tecnica di qualificazione, preferibile a quello sussuntivo.

[719] Sul punto, L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, cit., 163 e 183-184, secondo il quale il consolidarsi di un tale orientamento darebbe l'avvio ad un graduale processo di qualificazione in termini di autonomia di un gran numero di casi controversi, al contrario di quanto è fino ad ora avvenuto con il metodo tipologico, in base al quale di solito il giudice si pronuncia a favore di una presunzione di subordinazione ed i casi dubbi vengono qualificati come lavoro dipendente.

[720] Già nello "Statuto dei lavori" si era espressa la necessità di individuare "griglie esaustive dei principali indici e criteri sussidiari" della subordinazione, della parasubordinazione, dell'autonomia ecc., che avrebbero dovuto essere "predisposti dal Ministero del Lavoro alla luce dell'attuale elaborazione giurisprudenziale" e "per ogni concreta attività di lavoro e, dunque, per ogni figura negoziale" (v. cfr. il testo cit. 356-357).

[721] In tal senso E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 293.

La circostanza che la certificazione sia basata su indici e criteri che devono tener conto dell'esperienza giurisprudenziale, più che fornire nuove indicazioni di principio, sembrerebbe semplicemente esporre al rischio che le stesse incertezze qualificatorie nelle quali si dibattono da molto tempo i giudici si possano riproporre anche in sede di certificazione, con conseguente indeterminatezza ed inutilità delle stesse.

La certificazione, inoltre, non sembra apportare un consistente cambiamento in ambito qualificatorio neanche, sotto un altro profilo, che attiene, più squisitamente, alla ragione per la quale l'istituto è stato pensato, e, cioè, quello della *valorizzazione della volontà individuale*.

Ciò che assume rilievo stabile nel tempo, come si è detto a proposito dell'efficacia della certificazione, è, pur sempre, la volontà "effettiva" e non quella cartolare, giacché la condizione comunque richiesta per la certezza assoluta della natura giuridica di un rapporto di lavoro è che vi sia corrispondenza tra quanto dichiarato ex ante in sede amministrativa e quanto di fatto realizzato nello svolgimento del rapporto di lavoro.

La maggiore attenzione rivolta alla volontà delle parti, dunque, è solo apparente e la qualificazione rinvia, pur sempre, al confronto con la fattispecie legale astratta e, conseguentemente, all'accertamento, di volta in volta, nel caso concreto, della ricorrenza dei suoi indici caratterizzanti, secondo un meccanismo già acquisito alla prassi giudiziaria, ma che, come è noto, non offre una soluzione al problema dibattuto.

Un modello di "certificazione della volontà", che rimanda alle concrete modalità di svolgimento della prestazione, più che recuperare il ruolo dell'autonomia individuale in ambito qualificatorio, sembra riproporre il problema di fondo, che rende ardua l'opera di qualificazione, tanto del giudice, quanto di un qualsivoglia organo conciliatore: la mancanza di criteri di classificazione sufficientemente affidabili.

Al fine di restituire certezza alla scelta operata dalle parti e, conseguentemente, ridurre il contenzioso la via da percorrere, invece, dovrebbe essere un'altra.

La reale soluzione al problema della esatta qualificazione dei rapporti di lavoro, infatti, *non* è da ricercare tanto nella predisposizione di un sistema che restituisca *certezza dall'esterno* alla volontà espressa dalle parti, attraverso il controllo di un terzo - che ora non è più solo successivo (del giudice), ma anche preventivo (dell'organo certificatore) - quanto, piuttosto, nella predisposizione di un sistema che attribuisca *certezza dall'interno* alle operazioni qualificatorie, tanto effettuate dall'organo certificatore, quanto dal giudice[722].

Ciò significa, a mio avviso, ritornare, necessariamente, sul metodo utilizzato nella qualificazione e sugli indici.

Non è questa la sede per proporre, a fronte delle ben note difficoltà incontrate dagli interpreti in questo ambito, risposte al problema della distinzione della natura giuridica dei rapporti di lavoro. Quel che è certo, però, è che se la nozione giuridica di subordinazione, sembra aver perduto la capacità di recepire molte forme del lavoro prestato "alle dipendenze" altrui e di distinguerle

---

[722] Al riguardo M. RUSCIANO, *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 346, il quale ritiene che l'introduzione della certificazione con l'obiettivo della deflazione del contenzioso configuri un tentativo "maldestro e anche un po' ipocrita, di evitare proprio un ripensamento della subordinazione.

efficacemente dal lavoro autonomo, ciò non deve essere imputato, ad una presunta non esaustività del modello dicotomico, quanto, semmai, alla circostanza che i metodi e gli indici adottati per individuare e, conseguentemente, differenziare tra di loro i due generi non sono significativi in sé, e, pertanto, andrebbero opportunamente rivisti.

Di fronte al vario atteggiarsi dell'attività lavorativa, anziché creare nuove categorie sistematiche o nuovi tipi, si dovrebbe cercare, invece, di "affinare" i meccanismi volti a ricondurre fattispecie, solo in apparenza nuove, entro schemi dogmatici già noti.

Si tratterebbe, in altri termini, di definire criteri discretivi universalmente validi e precisi, tentando, ove possibile, di non cedere ad impostazioni nelle quali l'inadeguatezza del dato qualificante richieda l'intervento di altri elementi (esterni al dato realmente significativo), tenuti a "soccorrere", nei casi in cui l'opera classificatoria appaia più difficile[723].

Verrebbe meno, così, la necessità di un continuo sforzo creativo, da parte del legislatore, per escludere il regime protettivo del lavoro dipendente in presenza di peculiari modalità esecutive della prestazione e, da parte degli interpreti, per ricondurre a sistema pure e semplici varianti di disciplina di uno schema contrattuale nella sua essenza immutato[724].

7. Le potenzialità della certificazione in relazione al possesso di adeguate competenze tecnico-giuridiche da parte dei soggetti abilitati a svolgerla: il ruolo delle Università e degli studiosi del diritto del lavoro.

Sulla base delle considerazioni fin qui svolte sembrerebbe potersi concludere, in linea con l'opinione dominante in dottrina, che il meccanismo prefigurato dal legislatore sia privo, o quasi, di rilevanza qualificatoria e, conseguentemente, che esso non rivesta alcuna utilità secondo la finalità che l'ordinamento gli attribuisce.

Un'attenta analisi del decreto rivela, invece, come si accennava all'inizio, che è possibile trarre dal dato normativo significative indicazioni riguardo alla possibilità di restituire attraverso la certificazione, e, soprattutto, attraverso i soggetti abilitati a svolgerla, maggiore certezza ai procedimenti di identificazione della natura giuridica dei rapporti di lavoro, eliminando, così, fin dall'origine, gli stessi presupposti che inducono a ritenere dubbia la scelta operata dalle parti e, per questo, a dover fare ricorso all'intervento di un terzo per convalidare, *ex ante*, oppure per accertare, *ex post*, la sua effettiva natura.

Punto di riferimento e guida nella identificazione giuridica dei rapporti di lavoro in sede di certificazione, come si è detto, è l'esperienza giudiziaria, vale a dire, i metodi ed i criteri, in via prevalente, da essa utilizzati.

La garanzia di una corretta gestione del potere qualificatorio, dunque, è strettamente connessa

---

[723] Per un'ipotesi ricostruttiva che, sulla base di rilettura dell'art. 2094 c.c. e, segnatamente, dell'espressione "*alle dipendenze e sotto la direzione*", tende ad individuare il vero tratto qualificante del lavoro subordinato non posso che rinviare a R. SCIOTTI, *Direzione e dipendenza nel rapporto di lavoro subordinato*, cit.

[724] Deve ritenersi ancora valida l'affermazione seconda la quale se la nozione giuridica di subordinazione, costruita su corposi referenti socio-economici, sembra aver perduto la capacità di recepire molte forme del lavoro prestato "alle dipendenze" di un datore di lavoro, si tratta, tuttavia, di un fenomeno che investe soltanto la parte formale del contratto di lavoro, ma che non intacca minimamente l'*essenza* del contratto di lavoro, che "è oggi nella sua struttura intima quello che era ieri, quello che era duemila anni or sono" (Così, L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, 1° ed., 3-4).

al possesso da parte degli organi abilitati alla certificazione di *adeguate cognizioni tecnico-giuridiche*.

Si pone, allora, in primo luogo, l'esigenza di accertare se tutti i soggetti che, per legge, possono certificare i contratti di lavoro abbiano le necessarie competenze per poterlo fare. Diversamente, infatti, si correrebbe il rischio non già e non solo di una mancanza di uniformità nelle decisioni, ma soprattutto di una loro scarsa affidabilità.

Al riguardo si osserva che tra gli organi che possono certificare i contratti di lavoro il primo comma dell'art. 76 del citato decreto individua, innanzitutto, alla lett. a) gli *enti bilaterali* e, dunque, le parti sociali[725].

"Seri dubbi di adeguatezza" ha sollevato il riferimento della legge a questi soggetti, in quanto ritenuti inadatti a svolgere tale attività, proprio in considerazione del fatto che essa richiede l'impiego di metodologie giuridiche e strumenti tecnici dei quali non sono in possesso[726].

Obiezioni ancor più consistenti e fondate sono state mosse nei confronti dei soggetti di cui alla lett. b), e specialmente, delle *Province*, in quanto certamente prive di esperienze specifiche connesse alle controversie di lavoro ed, ancor più, alla qualificazione della natura giuridica dei contratti[727]. Quanto alle *Direzioni provinciali del lavoro*, invece, se averle contemplate tra gli organi della certificazione è parso dotato di maggiore razionalità per la loro esperienza in materia, molte riserve sono state avanzate, essenzialmente, in considerazione del sovraccarico di lavoro che sono tenute, di norma, a sopportare[728].

Tra le strutture abilitate alla certificazione la lett. c) dello stesso art. 76, 1° comma, del d.lg.s. 10 settembre 2003, n. 276 prevede, poi, anche le "*Università pubbliche e private*"[729], comprese le "*Fondazioni universitarie*", esclusivamente nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con "*docenti di diritto del lavoro di ruolo*" ai sensi dell'art. 66 del d.p.r. 11 luglio 1980, n. 382[730].

Della competenza tecnico-giuridica di tali soggetti, certamente, non può dubitarsi.

---

[725] V. cfr. E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 279-282. G. FONTANA, *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 311 ss.; nonché V. ANGIOLINI e L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, cit., 358 e P. TULLINI, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 831 ss.

[726] In tal senso L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 112-113. Mette in dubbio la capacità degli enti bilaterali di "formalizzare" nuove tipologie contrattuali anche V. SPEZIALE, *Gli organi abilitati alla certificazione*, *Titolo VIII, - Artt. 75-84,* cit., 162-165

[727] V. SPEZIALE, *Titolo VIII, - Artt. 75-84,* cit., 162-165; nonché V. ANGIOLINI e L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, 363. Sul punto anche P. TULLINI, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 831-833.

[728] L. NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, cit., 112.

[729] L'attività di certificazione da parte delle Università è stata espressamente prevista per la prima volta all'art. 5 della legge 4 febbraio 2003, n. 30. Per alcune riflessioni sul ruolo delle Università in materia di certificazione L. ZOPPOLI, *Università e riforma del mercato del lavoro*, in *Dir. Rel. Ind*., 2004, 98 ss.

[730] In proposito L. ZOPPOLI, *Università e riforma del mercato del lavoro*, cit., 110, secondo il quale la norma deve essere interpretata nel senso che "solo le Università con docenti di ruolo di diritto del lavoro possono essere abilitate a fare attività di certificazione e che le Università possono proporre la loro iscrizione all'albo solo dopo aver verificato la disponibilità dei propri docenti, quanto meno ad assumersi la responsabilità di organizzare le attività di certificazione".

Anche se la scelta di coinvolgere gli Atenei, invero, è stata criticata per altri motivi[731]. Si è sostenuto, infatti, che i docenti sono in numero troppo limitato per lo svolgimento di attività ulteriori oltre a quelle tradizionali di didattica, che, così, rischiano di essere sacrificate; che, spesso, svolgendo questi già attività professionali potrebbero crearsi dei conflitti di interesse ed, inoltre, che potrebbero non avere la sensibilità necessaria nel valutare gli interessi coinvolti nei casi concreti[732].

Ad ovviare a tutte le difficoltà fin qui prospettate, però, interviene, opportunamente, il 3° comma dell'art. 76 del citato decreto, che prevede la possibilità di realizzare *commissioni unitarie* di certificazione.

La prospettiva di "amalgamare" i riferimenti agli Enti bilaterali ed alle Università attraverso l'istituzione di un unico soggetto, invero, era già stata avanzata in dottrina sulla base dei principi dettati in tema dalla legge delega, nella consapevolezza che ciò avrebbe offerto "sufficienti garanzie di adeguatezza rispetto ai compiti previsti dalla legge, che presuppongono sia la rigorosa padronanza della tecnica giuridica, sia l'attitudine a percepire i reali interessi sottesi al singolo caso concreto[733].

Non vi è dubbio, infatti, che la composizione, per così dire mista, degli organi di certificazione, oltre a garantire una maggiore uniformità nelle decisioni, potrebbe favorire una compensazione delle rispettive mancanze. Da un lato, così, la presenza delle parti sociali potrebbe ovviare alla presunta insensibilità dei docenti rispetto alle ipotesi concrete; dall'altro, le competenze tecniche di questi ultimi potrebbero supplire al *deficit* specialistico degli altri organi abilitati alla certificazione[734].

Ed è proprio il possesso di adeguate cognizioni giuridiche da parte di chi opera in sede di certificazione a costituire il vero profilo di rilevanza dell'istituto.

L'utilità della certificazione, in termini di riduzione del contenzioso, infatti, deve ravvisarsi non già e non solo nella procedura in sé e per sé considerata, avente ad oggetto, di volta in volta, i singoli casi concreti. Se la si guarda sotto questo profilo, infatti, essa non può che apparire come un'attività di carattere essenzialmente amministrativo "estranea" all'Università, in quanto non collegata funzionalmente ai suoi compiti istituzionali di didattica e ricerca scientifica[735].

Piuttosto, la effettiva rilevanza di un siffatto strumento normativo è da individuarsi nella sua astratta idoneità a ridurre, se non addirittura a porre fine, attraverso una generale operazione di razionalizzazione sul piano tecnico-operativo, all'attuale incertezza giuridica che oggi caratterizza l'impiego dei criteri e delle metodologie di qualificazione dei rapporti di lavoro.

Al fine di ottenere la registrazione all'albo (in via di istituzione presso il Ministero del lavoro) che

---

731 Contro il coinvolgimento delle Università nella certificazione vi è stata anche la diffusione nel dicembre del 2003, di un documento sottoscritto da numerosi giuslavoristi e fatto circolare tramite la *labourlist* (in http://www.lex.unict.it).

732 L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 40; nonché V. SPEZIALE, *Titolo VIII, - Artt. 75-84,* cit., 165-166.

733 L. NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, cit., 113.

734 Per alcune considerazioni al riguardo v., innanzitutto, V. SPEZIALE, *Gli organi abilitati alla certificazione*, *Titolo VIII, - Artt. 75-84,* cit., 165-166. Si veda anche G. DELLA ROCCA, *Le commissioni di certificazione*, in G. PERONE – A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 215 ss.

735 Così, L. ZOPPOLI, *Università e riforma del mercato del lavoro*, cit., 108-109, il quale chiarisce, peraltro, come la partecipazione in attività amministrative da parte degli Atenei tramite propri docenti, in virtù della loro specializzazione, con costituisca una novità.

le abilita alla certificazione, come si è detto, le Università sono tenute ad inviare all'atto della registrazione, e poi periodicamente, "*studi ed elaborati* contenenti *indici e criteri giurisprudenziali* di qualificazione dei contratti di lavoro" (art. 76, comma 2, del decreto n. 276 del 2003), ed, inoltre, esse – in qualità di certificatori - sono tenute in sede di certificazione del contratto ad adottare *moduli e formulari* elaborati dal Ministero del lavoro, "che tengano conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro, come autonomo e subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro che dovranno essere certificate" (art. 78, comma 5, del decreto n. 276 del 2003).

Gli indici elaborati dalla giurisprudenza, come è ampiamente noto, non offrono alcuna certezza in ambito qualificatorio, sicché ove le commissioni dovessero limitarsi, nella propria attività valutativa, a fare riferimento, esclusivamente, ad essi la positiva influenza che potrebbero apportare gli esperti della materia, in considerazione della loro competenza tecnica, sarebbe alquanto limitata ed anche la tenuta qualificatoria della certificazione sarebbe estremamente ridotta. La circostanza, però, che il decreto usi la formula generica "che tengano conto" degli indirizzi giurisprudenziali, invero, non preclude, a mio avviso, la possibilità di uno sforzo creativo nuovo sul piano della elaborazione concettuale da parte dei soggetti che siano in grado di produrlo[736]. Ed, anzi, si deve supporre che nella individuazione di indici e criteri da adottare a fini di certificazione il Ministero non potrà, certamente, prescindere dal contributo degli studiosi, ancora oggi, alla ricerca di risposte appaganti su questo tema.

Non vi è dubbio, allora, che ad una attenta analisi del decreto ogni prospettiva concreta di affermazione e di sviluppo del nuovo istituto, sembra siano affidate proprio alle Università[737].

Gli accademici, la cui presenza sarebbe auspicabile non venisse mai meno all'interno delle commissioni di certificazione, potrebbero svolgere, in virtù, come si è detto, della loro preparazione in campo giuridico, un ruolo fondamentale nella definizione di nuovi e più idonei criteri discretivi da impiegare tanto nella certificazione, quanto nella qualificazione giudiziale dei contratti di lavoro.

Se, come è stato giustamente sostenuto in dottrina, le operazioni di concretizzazione dei criteri di distinzione tra autonomia e subordinazione possono costituire delle utilissime forme di consolidamento degli orientamenti giurisprudenziali, solo a condizione che siano formulate da esperti della materia[738]; nelle sedi di certificazione si potrebbe aprire la strada, proprio su impulso degli studiosi della materia, all'utilizzo *ex ante* di indici qualificatori, che potrebbero, poi, essere recepiti *ex post* dai giudici, contribuendo ad influenzarne, in un'ottica di scambio e di condizionamento reciproco, gli orientamenti.

---

[736] I moduli ed i formulari devono offrire agli organi abilitati, come è stato chiarito, una guida ragionata delle interpretazioni giurisprudenziali in materia di autonomia e subordinazione a supporto tecnico del loro operato ed a garanzia dell'uniformità delle certificazioni, ma non sono giuridicamente vincolanti (Così, V. SPEZIALE, *La procedura di certificazione ed i codici di buone pratiche*, *Titolo VIII, - Artt. 75-84,* cit., 162-165).

[737] *Contra*, invece, L. ZOPPOLI, *Università e riforma del mercato del lavoro*, cit., 112, il quale ritiene che in sede di certificazione gli studi dottrinali non avranno "nessuna specifica rilevanza", che la dottrina sarà relegata ad "un ruolo ancillare, sostanzialmente esecutivo", e che "il ruolo modesto delineato per i giuristi di estrazione accademica costituisca un notevole ostacolo ad una mobilitazione ampia e convinta sulla nuova frontiera alla quale il diritto del lavoro italiano dovrebbe affacciarsi con entusiasmo".

[738] In tal senso L. NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, cit., 119.

Tale ulteriore funzione attribuita alle Università, invero, non sembra modificarne il ruolo. Tra i doveri dei docenti di diritto del lavoro, infatti, vi è anche quello di comprendere e di spiegare il sistema normativo vigente, compito che si rivela tanto più fecondo di risultati scientifici, quanto più si svolga in un clima di confronto dialettico con la giurisprudenza[739], chiamata anch'essa ad interpretare, per ragioni diverse, quel sistema.

Un "dialogo" tra dottrina e giurisprudenza, inteso come circolazione e confronto di idee, del resto, vi è sempre stato (nelle aule di giustizia, nei convegni, nelle redazioni delle riviste giuridiche)[740]. I richiami alla giurisprudenza che in passato apparivano scarsi o del tutto inesistenti, oggi non solo nelle monografie, ma anche nella manualistica, sono fittissimi. Così come, dal canto suo, la giurisprudenza risale alle riflessioni dottrinali ed ai principi generali per colmare vuoti di disciplina[741].

A fronte di una tale previsione sul futuro della certificazione, tuttavia, l'uso del condizionale è d'obbligo[742]. Il rischio che il confronto fra giudici e studiosi non si svolga in modo sereno è reale.

È possibile, infatti, che il dialogo tra i diversi attori della certificazione si indirizzi, come è spesso accaduto, verso la frammentazione dei problemi e delle soluzioni, e non, invece, come sarebbe opportuno, verso un governo complessivo dei fenomeni che favorisca la formulazione di saldi e duraturi principi per una chiave di lettura unitaria dalla quale possano derivare delle reali certezze in materia.

Affinché il sistema della certificazione possa effettivamente evolvere nella prospettiva auspicata, allora, sarebbe indispensabile istituire regole idonee ad evitare la compromissione dei delicati equilibri su cui un corretto e proficuo dialogo fra i diversi interlocutori dovrebbe svolgersi.

L'accademico, infatti, è molto spesso anche un avvocato, che, sotto la spinta dell'interesse rappresentato, potrebbe non limitarsi a riferire tesi elaborate nell'ambito di costruzioni giuridiche, ma proporre, invece, soluzioni originali, meno rigorose sul piano tecnico, che potrebbero, a loro volta, trovare seguito nella giurisprudenza.

In questo senso sarebbe auspicabile, ad esempio, che si fissassero opportune limitazioni e, se ritenuto necessario, perfino specifici divieti, per evitare di affidare l'attività di certificazione a

---

[739] In proposito G. PERONE, *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, in G. PERONE – A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 418, il quale ravvisa nella certificazione l'opportunità per riaprire "un circuito dialettico che, almeno in ambito giuslavoristico, si è andato infiacchendo".

[740] Sul dialogo tra dottrina e giurisprudenza nel diritto del lavoro v. A.A.V.V., *Il dialogo tra dottrina e giurisprudenza nel diritto del lavoro*, cit., *Atti* del convegno promosso ed organizzato dalla Rivista "*Il Diritto del Lavoro*", in collaborazione con l'INAIL, tenutosi a Roma nei giorni 7-14-27 novembre 1997; nonché S. HERNANDEZ, *Riflessioni sul volume "il dialogo tra dottrina e giurisprudenza nel diritto del lavoro": tra una prefazione "postuma" e una ricerca sul metodo dell'indagine*, in *Dir. Lav.*, 1999, 381 ss. Per una sintesi del convegno mi sia consentito rinviare a R. SCIOTTI, *Il diritto del lavoro ed i suoi protagonisti*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1998, 87 ss.

[741] Anche se, poi, tale fenomeno è reso meno appariscente dal fatto che nel nostro ordinamento il divieto di citazione (art. 118, 3° comma, disp. att. c.p.c.) vieta al giudice di menzionare nelle motivazioni delle sentenze gli autori cui faccia riferimento. Alla libertà dello studioso, dunque, di poter indicare le pronunce giurisprudenziali nelle quali tragga conferma e supporto per le proprie argomentazioni si contrappone l'obbligo per il giudice di limitarsi ad utilizzare, al più, l'espressione "secondo autorevole dottrina". Difficile, dunque, stabilire in questi casi quale sia l'influenza effettiva della dottrina (e, soprattutto, di quale dottrina) sulla giurisprudenza, salvo i casi di evidente riconoscibilità.

[742] In proposito L. ZOPPOLI, *Università e riforma del mercato del lavoro*, cit., 108, secondo il quale "occorrerà attendere un po' di tempo prima di poter dire se la certificazione sarà in grado di svolgere il proprio ruolo e di svolgerlo in modo equilibrato".

docenti che svolgano la professione legale nel luogo in cui l'atto certificato potrebbe essere oggetto di giudizio oppure a docenti di ruolo presso Università che abbiano ricevuto, in forma diretta o indiretta, finanziamenti per iniziative di ricerca da parte dei datori di lavoro che richiedono la certificazione o, più in generale, a docenti che abbiano rapporti professionali con qualcuno dei soggetti che propone istanza di certificazione[743].

8. L'attività di assistenza e di consulenza svolta in sede di certificazione quale condizione necessaria per una effettiva valorizzazione dell'autonomia individuale nella scelta del tipo contrattuale.

Il possesso da parte degli organi abilitati alla certificazione di adeguate competenze tecniche, infine, assume rilievo anche sotto un altro profilo, che attiene, più propriamente, alla rivalutazione del ruolo della volontà individuale in ambito qualificatorio, per la quale, del resto, l'istituto è stato originariamente ideato.

Una completa valorizzazione dell'autonomia delle parti in fase di scelta del tipo contrattuale, imporrebbe di far rientrare nel novero degli "indici" suscettibili di efficacia discretiva anche il nomen iuris, inteso come dichiarazione di volontà dei contraenti[744].

Perché tale opzione possa realmente garantire maggiore certezza in ambito qualificatorio, limitando la possibilità che la natura giuridica di un rapporto possa essere oggetto di contestazione successiva, sarebbe necessario, però, rimuovere ogni incertezza in ordine all'esistenza di quelle condizioni di inferiorità che inducono a ritenere che, già nella fase di costituzione del rapporto, la volontà individuale possa subire compressioni di sorta.

Il che naturalmente non significa assumere la condizione di dipendenza socio-economica del prestatore di lavoro, come invece è stato sostenuto da una parte della dottrina[745] e da un orientamento minoritario della giurisprudenza[746], quale presupposto per attribuire al contratto di lavoro una determinata qualificazione.

---

[743] Sul punto V. ANGIOLINI e L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, cit., 363, i quali sospettano che questo ruolo attribuito ai docenti di diritto del lavoro altro non sia che un tentativo di istituire "un collegamento non proprio "virtuoso" tra attività accademica delle Università e mondo del lavoro". Si veda ancora L. ZOPPOLI, *Università e riforma del mercato del lavoro*, cit., 110.

[744] Sul punto G. RICCI, *La certificazione del contratto di lavoro: obiettivi, potenzialità, limiti*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 334-335, il quale ritiene che il *nomen iuris certificato* potrebbe divenire, con maggior grado di autorevolezza, un indice "forte" nella qualificazione dei rapporti di lavoro.

[745] L'alienazione delle energie psicofisiche del lavoratore rispetto al risultato ed ai mezzi di produzione, unitamente alla situazione di complessiva debolezza economica, secondo questa prospettazione, porrebbero il dipendente in una posizione di inferiorità nei confronti del proprio datore di lavoro non soltanto durante il rapporto, ma già nella fase antecedente alla sua costituzione. La subordinazione, così, costituirebbe non tanto un effetto giuridico, quanto un presupposto economico e sociale del contratto di lavoro. La nozione socio-economica di subordinazione è sostenuta in dottrina da R. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., 1963; R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del Lavoro, parte generale*, Napoli, 1972 (ed edizioni successive); ma anche da, U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, 189 ss.; PETINO, Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato, Milano, 1968, 189 ss.; F. MAZZIOTTI, *Contenuto ed effetto del contratto di lavoro*, Napoli, 1974, 70 ss.; L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1979, F. SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Napoli, 1979, e, più recentemente, A. VALLEBONA, *Intervento*, in A.A.V.V., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, cit., 227.

[746] Anche nella giurisprudenza (quasi esclusivamente di merito) esiste, invero, un orientamento che affida la soluzione dei problemi di qualificazione dei rapporti di lavoro, non alla struttura giuridica del rapporto, quanto, piuttosto, allo stato di dipendenza economica del prestatore, che, dunque, in qualche caso, costituisce, se non formalmente, almeno sostanzialmente, un criterio determinante. Emblematica in tal senso è la nota pronuncia sui *pony express*, P. Milano, 20 giugno 1986, in *Orient. Giur. Lav*., 1986, 978.

La situazione di dipendenza economica, come è stato opportunamente chiarito in dottrina, può certo influire sull'accesso ad una negoziazione anche non pienamente soddisfacente per il prestatore di lavoro, ma non sul tipo di questa[747]. Non si può, infatti, pensare che esista un negozio tipico avente ad oggetto lo scambio tra lavoro e retribuzione, qualificato dalla situazione di "dipendenza economica" nella quale versi il prestatore, poiché in tal caso si dovrebbe escludere dall'area del lavoro subordinato chi non si trovi in tali condizioni[748].

Muovendo da tali premesse, invero, e tenuto presente il carattere di sperimentalità dell'istituto, si potrebbe immaginare di prevedere un qualche meccanismo selettivo di accesso alla procedura di certificazione, operante a priori, idoneo a valutare il livello di qualificazione professionale offerto dal lavoratore che ne faccia istanza, nonché il grado di autonomia e di sviluppo acquisito dalla sua persona. Al venir meno di quelle condizioni di disparità sostanziale, che, preesistendo alla scelta operata dalle parti, fanno presumere di poterne condizionare gli esiti ed in presenza di una situazione di mercato non sfavorevole al lavoratore[749], dovrebbe essere riconosciuta alla certificazione una resistenza giudiziaria maggiore ed in questi casi, proprio a fini di contenimento del contenzioso, essa potrebbe essere prevista quale fase negoziale non già volontaria, come ha ritenuto il legislatore, bensì obbligatoria.

L'esigenza di creare condizioni per la promozione di condizioni di parità sostanziale tra i contraenti del rapporto di lavoro in sede di certificazione, invero, non è rimasta estranea al legislatore.

A tale riguardo, invero, l'art. 81 del d.lg.s. 10 settembre 2003, n. 276 stabilisce espressamente, che "le sedi di certificazione svolgono anche funzioni di consulenza e di assistenza effettiva alle parti contrattuali, …con particolare riferimento… alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro"[750].

Limitare l'assistenza della volontà delle parti nella scelta del tipo di contratto oggetto di accordo ad una semplice registrazione dei relativi risultati da parte di un soggetto esterno, infatti, significa, come si è detto, ridurre il meccanismo considerato ad una mera qualificazione *ex ante*, soggetta a cedere al successivo sindacato del giudice e, per questo, destinata ad avere scarsa utilità sul versante pratico.

La certificazione, invece, dovrebbe essere concepita, prima di tutto, come un meccanismo di "volontà assistita", e, dunque, di consulenza dell'organo certificante, volto a fornire alle parti linee

---

747 Per un esame critico della teoria relativa alla subordinazione come dipendenza socioeconomica M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 862-864; M. PERSIANI, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie di lavoro subordinato*, in *Studi in onore di F. SANTORO PASSARELLI*, V, cit., spec. 866 ss.; R. PESSI, *Spunti per una riflessione sulla fattispecie lavoro subordinato,* cit., 506 e, soprattutto, 512 ss.; L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato,* cit., 184-185.

748 R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, cit., 10.

749 Non vi è dubbio, infatti, che a prescindere dal livello della prestazione offerta, in un contesto di mercato nel quale la domanda di un profilo professionale, sia pure molto elevato, sia modesta, qualche dubbio in ordine alla effettiva capacità del prestatore di negoziare alla pari vi debba essere (si pensi ad es. ad un dirigente di mezz'età che abbia perduto il posto di lavoro).

750 Sulla funzione di sostegno all'autonomia individuale della certificazione E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 285 ss. Per un'analisi del dato testuale della norma A.M. BATTISTI, *L'attività di consulenza e assistenza*, in G. PERONE – A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 331 ss. V. anche P. TULLINI, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 853 ss.

guida su cui basarsi per la determinazione del contenuto del contratto, e, prima ancora, nella scelta dello schema contrattuale nel quale dedurre l'attività oggetto del vincolo obbligatorio.

Stando alla tesi prospettata da ANTONIO VALLEBONA, del resto, non sembra potersi dubitare del fatto che l'attività di assistenza alla autonomia individuale, anche in sede di certificazione, presupponesse sempre una attività di consulenza e di supporto tecnico da parte dell'organo deputato alla certificazione[751].

Le parti del contratto di lavoro, infatti, come è stato efficacemente sostenuto, si trovano in una situazione di "fisiologica asimmetria informativa", che la diffusione del ricorso alla procedura di certificazione potrebbe contribuire, almeno parzialmente, a colmare[752].

È auspicabile che tale fondamentale funzione di assistenza venga adeguatamente valorizzata nelle sedi di certificazione, in modo tale che l'organismo preposto indirizzi i lavoratori verso una scelta "consapevole", nel senso di renderli edotti in merito agli effetti giuridici della stessa, offrendo quell'assistenza ritenuta necessaria se non ad escludere in modo assoluto, quanto meno a ridurre il più possibile l'eventualità di abusi[753].

In tal modo l'intervento di un organo amministrativo esterno alle parti non sarebbe percepito come una indebita ingerenza, tendente, anziché a valorizzare, a comprimere l'autonomia e ciò, del resto, in linea con le tendenze degli attuali assetti regolativi di riportare al centro del sistema il contratto individuale[754].

Sarebbe possibile contenere, in questo modo, fenomeni di tipo simulatorio e fraudolento. Quanto, poi, alle ipotesi ricorrenti nella pratica, in cui le parti modificano la natura giuridica del rapporto di lavoro nel corso della sua esecuzione, c.d. novazione del rapporto, potrebbero essere predisposti sistemi di verifica a certe scadenze dalla stipulazione originaria del contratto[755].

La certificazione potrebbe acquisire, in tal modo, anche una valenza "morale", derivante dalla *autorevolezza* dei soggetti abilitati a rilasciarla, e rispondente all'esigenza di assicurare una consulenza qualificata per i più modesti interlocutori negoziali inconsapevoli, spesso, degli obblighi e dei diritti derivanti dal tipo di contratto di lavoro che hanno prescelto.

L'istituto potrebbe accrescere, in tal modo, la propria utilità pratica, nel senso che le soluzioni proposte dalle commissioni potrebbero esercitare una forza di persuasione dall'effetto dissuasivo

---

751 A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. Lav*., 479 ss.; nonché O. FANELLI, *Quale disciplina per i lavori atipici*, *Foro It*., 2000, IV, 17 ss.

752 Così, L. NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, cit., 118

753 Sulla circostanza che l'organo di certificazione sarebbe in grado di rimuovere le condizioni di squilibrio economico e di debolezza contrattuale di una delle parti rispetto all'altra V. SPEZIALE, *Titolo VIII, - Artt. 75-84,* cit., 148.

754 V. SPEZIALE, *Titolo VIII, - Artt. 75-84,* cit., 148.

755 Sulla premessa che la posizione di iniziale disparità non sussista e che lo scambio sinallagmatico appaia perfettamente bilanciato, l'eventuale divergenza tra quanto dichiarato, in origine, in sede di certificazione e quanto attuato, poi, potrebbe essere interpretata come manifestazione di una volontà nuova, liberamente convenuta tra le parti nella fase di esecuzione del rapporto, oppure come simulazione liberamente "concordata" volta ad eludere il regime garantista previsto per il lavoro subordinato. In questa seconda ipotesi le responsabilità che ne deriverebbero potrebbero ricadere su entrambi i contraenti.

e di contenimento del contenzioso[756].

È in questa prospettiva che la certificazione dei contratti di lavoro nella formulazione tecnica adottata dal nostro legislatore può essere considerata, come ha recentemente sostenuto chi ne aveva auspicato l'introduzione nel nostro sistema, "un importante segnale sistematico, attestante la, per ora timida e contrastata, penetrazione nell'ordinamento del valore della certezza"[757].

---

[756] Critico sul punto P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, cit., 920-923. Sulle potenzialità della forza persuasiva della certificazione L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 22-23; L. DE ANGELIS, *Certificazione dei rapporti di lavoro e poteri del giudice: quale deflazione del contenzioso*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 301-302; G. RICCI, *La certificazione del contratto di lavoro: obiettivi, potenzialità, limiti*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 334; G. PERONE, *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, in G. PERONE – A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 403 ss.; E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 293-294, il quale ritiene che l'attività delle commissioni di certificazioni, ove risulti attenta alle caratteristiche effettive dei rapporti oggetto della certificazione e duttile al recepimento dei criteri legali e giurisprudenziali per la qualificazione dei rapporti di lavoro, potrebbe assumere autorevolezza nei confronti dei giudici.

[757] Così, A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, cit., 136-137. Sulla certezza del diritto che deve essere difesa quale bene fondamentale della persona ancora A. VALLEBONA, *La Riforma del mercato del lavoro: cambia poco ed è sbagliata*, cit., 196.

The Concept of Flexibility in Labour Law. The Italian case in the European context*

Bruno Caruso

§ 1: Foreword: flexibility as a magic formula 232
I. Flexibility: three persons in one…. 232
II. Redundant flexibility 235
§ 2: Stages in the evolution of labour law in Italy in the wake of the flexibility paradigm 236
I. Flexibility as a stigma (the '70s) 236
II. Flexibility as a necessary evil (the '80s) 238
III. Flexibility as an objective necessity (the 90s) 240
§ 3: Flexibility as an ideology (the present) 247
I. The Berlusconi/Maroni (not Biagi) reform. 248
a. Main contents 248
b. Legal policy and regulatory techniques 252
§ 4: Flexibility as a challenge for European Labour Law 254
§ 5: A Final remark. Flexibility and trade union representation 256

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 22/2004

§ 1: Foreword: flexibility as a magic formula

Is it possible to observe changes in labour law through the kaleidoscope of the concept of flexibility? One would instinctively be advised to proceed with caution. The concept is by no means settled and is above all used in various guises in a number of different sectors. Careless use of it risks masking its refractive effect.

It is a point of fact that reference to the concept in everyday conversation and in the mass media often takes on a symbolic value, becoming a magic formula which overlooks all reference to real phenomena.

To try to give order to the discourse, we can point out some salient features, among many, which could be associated with the concept of flexibility and can be found in the concrete praxis of the management and organization of work. As an example, we can point to two of them in particular:

A) The first is an objective, almost descriptive feature: that is to say, the polysemantic nature of the term, one which leaves a particular aftertaste of ambiguity. Reference to flexibility becomes more concrete when its meaning is functionally specified and inserted into a syntagm (see par. II below).

B) The second is of greater normative and evaluative value: current considerations, at least on the part of some scholars, in terms of redundancy, excess. Flexibility is homeopathic: if used in the right doses, it is an effective remedy, but one must not overdo it! And at times, as in the Italian situation – but this would mean anticipating the end of the story – flexibility handled with lack of legislative caution, tending towards exaggeration, may cause more problems than it solves.

A brief analysis of these two salient features of the concept will help to place the specific evolution of the concept of flexibility in Italian labour law in a general framework, which is the specific aim of this essay.

I. Flexibility: three persons in one…

As we said, the term flexibility is often used to refer to policies inspired by different economic, cultural and ideological premises, and this contributes towards the rather ambiguous connotations it has come to feature[758].

With reference to theoretical studies on labour, in particular labour law, the concept is frequently associated with others, such as atypical work, casual workers, semi-independent workers, and others again such as deregulation, decentralisation, or privatisation[759]. Analysis of these concepts is more or less explicitly conditioned by a sort of general understanding of the concept of flexibility on the part of the author, either stated or to be read between the lines.

In short, the point is that the term flexibility has an extremely broad spectrum of reference and

---

[758] Some authors have also shown the relativity of the concept: flexibility has different effects according to the context and type of work or worker it refers to. Cf. Gallino, L'idea di flessibilità sostenibile. Prospettive e problemi in rapporto a differenti modi di lavorare, Quaderni di sociologia, 2000, p. 111 and ff.

[759] Fahlbeck, Flexibility: Potentials and challenges for Labor Law, Comparative Labor Law & Policy, 1998, p. 516; see also Fuchs in this volume.

is difficult to place bounds on. With reference to labour law issues, it has been correlated not only with the labour market and standard forms of employment[760], but also with care work[761], and even the very concepts of collective representation[762], the carrying out and organisation of work in the public sector[763], and welfare (for example, the ways in which social security schemes are provided)[764].

However, when used generically in connection with work, the term flexibility refers above all to clusters of issues concerning the regulation of employment relationships. Flexibility, as a concept, has indeed no uniformity or conceptual regularity: it only presupposes a common etymology (coming from the Latin verb *flectere* – to bend or adapt), but the phenomena referring to the concept are several and various. As frequently encountered in sociological literature, there are at least five types of flexibility in the sphere of labour which can be considered syntagms worth analyzing and require different types of analysis:

a) Functional or organisational flexibility[765]

b) Working hours flexibility

c) Wage flexibility

These give rise to what is called internal flexibility in companies.

Then we have:

a) Numerical flexibility

b) Geographical or territorial flexibility which give rise to external flexibility[766].

We then have a kind of flexibility which is not autonomous, but which cuts across the other five rather than being a self-contained type.

This is what sociologists define as normative flexibility, which concerns the capacity of legislation

---

760 For a broad survey of the Italian system, see Perulli, Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile, Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali, 2002, 3, p. 335. On the relationship between flexibility practices in labour and cultural variations in European countries, see Raghuram, London, Holt Larsen, Flexible employment practices in Europe: country versus culture, International Journal of Human Resource Management 2001, p. 738 and ff.

761 Crompton, Employment, flexible working and the family, British Journal of Sociology, 2002, p. 537 and ff.; Frey, Flessibilità del lavoro dal punto di vista dei lavoratori e conciliazione tra lavoro ed esigenze familiari, supplemento Quaderni di economia del lavoro 2002, 73, p. 1 and ff.

762 Goslinga Sverke, Atypical Work and Trade Union Membership: Union Attitudes and Union Turnover among Traditional vs. Atypically Employed Union Members, Economic and Industrial Democracy, 2003, p. 290 and ff.; Leonardi, Lavoro flessibile e crisi della rappresentanza sociale del sindacato, Democrazia e diritto, 1999, p. 156 and ff.

763 The debate in Italy has been very intense since the civil service employment reforms introduced in the '90s and the first years of this century. See D'Orta, Introduzione ad un ragionamento sulla flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2000, p. 515 and ff.

764 Cinelli, Politiche dell'occupazione e flessibilità previdenziale, Rivista italiana di diritto del lavoro, 2000, I, p. 41.

765 Kalleberg, Organizing flexibility: the Flexible Firm in a new century, British Journal of Industrial Relations, 2001, p. 479 and ff. Wilthagen, The Flexibility-Security Nexus: New approaches to regulating employment and labour markets, Flexicurity research paper FXP 2003, p. 6 and ff.

766 In addition to the essay referred to in the previous note, see Kalleberg, Coinvolgimento e flessibilità: i cambiamenti delle relazioni di lavoro nelle società industriali, Sociologia del lavoro, 1990. p. 11 and ff.; Fahlbeck op. cit. note 2; Michie/Sheehan, Labour market deregulation, 'flexibility' and innovation, Cambridge Journal of Economics 2003, p. 123 and ff.

and contractual norms regulating employment and the labour market to adapt quickly to varying situations with acceptable re-adjustment costs.

The problem raised by flexibility is not, however, only its polysemantic nature. It often refers to functions, policies and objectives that evoke, as said previously, a persistent, although not always evident, ambiguity.

In the dimension of economics, production and labour organisation, for example, the concept is entrusted with paradoxically opposing functions[767].

Flexibility is being used to try to:

- increase competitiveness and productivity in enterprise even at the cost of increasing precarious employment
- increase employment rates
- also guarantee greater adaptability of work organization to the needs of labour supply and, according to some, to guarantee greater security in that greater flexibility would orient companies towards awarding permanent contracts.

These diverging functions are often connected to the dualism and segmentation of labour markets within a company[768]. The different kinds of flexibility are said to be suitable for different groups of workers employed by the same company; functional flexibility, which implies a multi-skilled and adaptive workforce and loyalty-promoting strategies including training processes, applies to stable workers. Numerical flexibility applies to temporary workers taken on with different kinds of fixed-term contract. As has been pointed out [769], however, these generalising explanations do not solve the objective contradictions and ambiguities of the concept when referred to real phenomena.

It is, in fact, well known to all that squaring the circle of competitiveness, job security, employment standards and the attempt to increase employment rates is an arduous task[770]. The magic formula of flexibility is useful here: it is used to explain and reconcile everything, but it is, after all, only a magic formula which may well not work. It therefore seems worth decoding, destructuring; methodologically, it is of greater significance to investigate the concrete labour policies and far-reaching regulatory strategies that are being applied or intended for application, behind

---

[767] See the classical work by Regini, Between Deregulation and Socia1 Pacts: The Responses of European Economies to Globalization, Politics and Society, 2000, p. 11 and ff. See also Modelli di capitalismo, Bari 2000, p. 17. For an approach which attempts to rationalise the apparent paradox of the coexistence in the same company of different types of flexibility (functional and numerical), see Reyneri, Flessibilità: molti significati, alcune contraddizioni, Sociologia del lavoro, 2003, p. 24: << European scholars have insisted on this contradiction in the attempt to show how Europe can cope with the new challenge of globalisation without upsetting their traditional economic system, largely based on functional flexibility. Maintaining that reliability and a high level of qualification can only be achieved by guaranteeing worker stability, high road economic growth, centring on sectors with a high added value, is opposed to a low road, confined to forms of production with a low level of technological or symbolic innovation. In reality, companies can respond to this contradiction by segmenting their workforce into a stable part, in which they can pursue a policy of functional flexibility, and a variable part, which allows for numerical flexibility. In this way, the stability of the fixed nucleus of workers considered to be strategic comes to depend on the presence of a "variable geometry" periphery" >>. See also Kallenberg, op. cit. note 7.

[768] Deakin/Reed, The Contested Meaning of Labour Market Flexibility, in J. Shaw (ed), Social Law and Policy in an Evolving European Union, Oxford 2000, p. 77.

[769] Above all, Reyneri op. cit. in previous note and Kalleberg op. cit. in note 8.

[770] With reference to part time work, see essays by Lo Faro and Schmidt in this volume.

the somewhat mystifying veil of the concept of flexibility. The attempt to do so will be made by following the historical development of the labour law system in Italy.

II. Redundant flexibility

The obsessive use of the concept of flexibility often encountered in public debate is in a sense connected with a phenomenon observed by sociologists in analysing how flexibility operates in concrete labour organisation practice.

In the strategies employed by companies, as we said, the recourse to flexibility and the actions connected with it is, in certain respects, undoubtedly useful; in others, it indicates an exaggeration, an excess of both concern and legislative measures, which are not having very positive effects.

This excess of business practice and labour policies inspired by flexibility has been defined as redundant systemic flexibility [771].

The concept can be better explained as follows: in any environment where material or non-material production factors, including human resources, are organised, flexible management techniques appear nowadays to be indispensable in order to achieve objectives such as good performance, efficiency, effectiveness, profitability and success.

This is due to economic, social and cultural factors that cannot be dwelt on here.

It appears, however, to be a general fact that we have passed from an excess of rigidity in organisation and management - which was typical of the Fordist social and production model (in the 60s and 70s) - to an excess of flexibility, which is at times useless and economically expensive, as well as harmful from a social and human viewpoint [772].

When companies, instead of focusing on an adequate capacity to foresee economic events and thus adapt their organisation accordingly, lay everything on a surplus of organisation and flexible labour, and transform this requirement into a claim for changes in legislation in the direction of deregulation, the flexibility introduced is redundant, that is, there is an unnecessary amount of flexibility or it becomes an end in itself.

This abstract line of reasoning can be applied to labour law. The idea of mild, sustainable flexibility, flexisecurity and adaptability, (as flexibility is referred to in the jargon of the European Employment Strategy) refers to a widespread necessity which is being transformed – in various ways and guises according to the national context – into concrete policies and new visible, ordered ways of regulating labour. The commendable attempt is to trigger off a drive towards convergence, although in different ways, on a sort of ideal, still mobile, boundary between social-

---

[771] Cerruti, Incertezza, flessibilità e sicurezza sociale del lavoro, Assistenza sociale, 2000, p. 58.

[772] The reference is to the school of sociological and economic thought that adopts a critical stand towards globalisation and its effects in terms of insecurity and precariousness in the workplace and society in general: in this approach flexibility and precariousness are considered to be almost synonymous. Cf. Gallino, Il costo umano della flessibilità, Bari 2001; Beck, Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro: tramonto delle sicurezze e nuovo impegno civile, Torino 2000; Sennet, L'uomo flessibile, Milano 2000; Bauman, La società dell'incertezza, Bologna 1999.

oriented flexibility on one side, and useful flexibility, in economic and organisational terms, on the other.

How this is to be achieved and which institutions are to act as the driving force (European, national, regional or local) remains a controversial topic of debate[773].

To follow the line of this debate and assess the results of the search for the philosopher's stone (flexibility combined with security), reference will be made to the evolution of the Italian system, evaluating whether recent developments have taken this direction. The analysis will focus in particular on the diachronic evolution of the concept and the way it has been used to justify legislative policies that diverge from traditional ones of a redistributive type. To this end, the paradigm of flexibility will be considered without particular specifications. The differentiation between the various functions of flexibility referred to above (§ 1.1.) will only emerge in relation to concrete examples of the techniques and regulatory measures adopted in the framework of this paradigm.

In the final part of the essay, the Italian situation and its most recent developments will be projected against the European scenario. It is, in fact, at this level that the drive towards a convergence that is capable of avoiding redundant, excessive flexibility finds its theoretical expression in the concept of flexibility combined with security.

§ 2: Stages in the evolution of labour law in Italy in the wake of the flexibility paradigm

Like a virus, the concept of flexibility was inoculated into Italian scientific debate and concrete regulatory strategies from the outside, in the early '80s, and came from other, healthy-carrier disciplines that were much more familiar with it: economics, organisational science and sociology. But as we shall see, once inoculated into the organism of labour law, which is notoriously receptive and at times devoid of antibodies, it took root and began to multiply and spread, ending up by conditioning its identity.

The concept of flexibility is, then, a relatively new one for Italian labour law as a science. The concept has none of the evocative features of its modern identity, as constructed and consolidated above all in Continental Europe in at least two-thirds of the short century: it has nothing to do, for example, with concepts like collective interests, solidarity, coalition, the favour principle, etc., which evoke quite the opposite, that is, rigid, uniform regulatory mechanisms.

I. Flexibility as a stigma (the '70s)

In the first phase, flexibility was considered practically as a stigma, not only in theoretical debate but also in regulatory policies, both legal and contractual.

Post-Constitutional labour law in Italy took on its current physiognomy, characterised by the stereotype of excessive support for individual social rights, and thus rigidity, in the 1970s with the Workers' Statute (which was in effect a law implementing the principles laid down by the Constitution in 1948).

This model of legislation aimed at combining support for the most representative trade union

---

[773] Cf. Caruso, Decentralised Social Pacts, Trade Unions and Collective Bargaining, WP CSDLE Massimo D'Antona, 2002, 2, http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/n2_caruso.pdf , also in Biagi (ed), Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission, Kluwer 2001.

organisations and collective bargaining on the one hand and legislative reinforcement of guarantees and individual employment rights on the other. The result was excessive normative rigidity, which went well beyond the intentions of legislators at that time.

This was due to a combination of various factors which were not strategically connected but which ultimately converged, resulting in a highly protective and rigid system (as regards both individual and collective employment relations).

This result was in part due to the legislative technique adopted, based on what are called non-derogatory and mandatory provisions. It was, however, also due to an accumulated flood of further legislation guaranteeing individual rights.

The new guarantees introduced by the Workers' Statute in 1970 neither substituted nor were co-ordinated with the protective norms laid down by the Civil Code in 1942. These, in fact, were still in force, despite the fall of the corporative regime, because they were inspired by an ideology of individual paternalism (the favour principle) that was considered to be compatible with the new values of social solidarity enshrined in the Constitution.

The new guarantees were not even co-ordinated with those deriving from the first wave of protective legislation introduced in the '60s (concerning fixed-term contracts[774] and banning work subcontracting) to counteract the excessive laissez-faire attitude of the '50s. The result was an excess of worker protection and rigidity caused by the uncoordinated sedimentation of various protection strategies[775].

To this must be added the efforts made by collective bargaining in the '70s to strengthen individual worker protection by means of provisions which often represented an improvement on the minimum terms provided for by law, and the fact that a large cross-section of the labour courts were ideologically inclined to interpret this flood of legislative measures in a pro-labour sense.

This historical phase of Italian labour law can well be defined as one of ideological stigmatisation of flexibility, and corresponded to an extremely rigid regulation of labour law, all in favour of the worker and trade unions.

What is important to point out is that in the Italian debate this stigmatisation of the concept of flexibility corresponded to the strengthening of a conflicting concept which was to find great favour in the vocabulary of European law scholars: the concept of "inderogability"[776].

The concept can be seen as one of the most original products (made in Italy but with strong

---

[774] See essay by Zappalà in this volume.

[775] See the seminal essay by Giugni, Il diritto del lavoro negli anni '80, Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali, 1982, p. 373 and ff.

[776] "The concept of inderogability means that the legal system prohibits the two parties in an employment relationship from individually negotiating terms of employment that are worse than those laid down by law or a collective contract: a worker is not allowed, for example, to accept a salary lower than the collective one, or less protection against the risk of dismissal. Italian labour law theory – irrespective of its political orientation – has always considered this rule, which goes back to the broader concept of « social public order », to be an essential part of all labour legislation": A. & P. Ichino, A chi serve il diritto del lavoro. Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzione dell'inderogabilità delle norme giuslavoriste, Rivista italiana di diritto del lavoro, 1994, I, p. 461. Cf. the seminal book by De Luca Tamajo, La norma inderogabile nel diritto del lavoro, Napoli 1976.

Germanic reminiscences)[777] by the science of labour law and was also recognised as a key concept by law scholars from a different cultural tradition such as Lord Wedderburn, who introduced it into Anglo-Saxon culture where it was as yet unknown[778]. It also influenced labour law theory in Spain, leading to the reforms introduced in the post-Franco Constitutional era.

In the language of labour law experts the concept of inderogability came to mean a regulatory technique both of law and collective contracts that produced uniformity and rigidity in protective treatment which at times contrasted with the wishes of the partners to individual contracts, even those of employees in permanent jobs. But it went even further. Inderogability was not only considered to be a contingent regulatory technique implying protective contents. It was also presented as one of a number of reference concepts through which labour law asserted its autonomy, rebelling against the hegemony of contract law and the civil code and the related regulatory techniques and provisions. Inderogability was a privileged, or rather unique, regulatory technique through which collective autonomy asserted its social and existential programme vis à vis individual contractual autonomy (and the related mystifications), to the extent that it colonised, as was to be stated later, the whole sphere of labour [779].

In this context, the concept of inderogability took on a symbolic valence (often being connected with the principle of substantial equality) as well as an ideological one. It was for a long time to represent (and in the opinion of some, still represents [780]) the autonomy and pre-eminence of labour law and its reference values (protection, solidarity, equality, emancipation) over those of contract and the market (individualism, competitiveness, meritocracy).

II. Flexibility as a necessary evil (the '80s)

The second stage in the evolution of the flexibility debate in Italy, and in negotiated or State-introduced regulation, can be called "flexibility as a necessary evil". The economic crisis and the oil slump in the mid-70s, high inflation rates, the loss of competitiveness by enterprise, compensated for less and less by devaluation of the Italian lira, as well as political reasons (the frighteningly unknown variable of far left-wing terrorism, the defeat of trade unions in the Fiat company) showed that the situation was unsustainable, even for labour law.

In the early '80s even an eminent labour law scholar like Gino Giugni, who was emphatically considered to be the father of the Workers' Statute and thus one of the architects of the protective legislation, caught the cry of pain from the world of enterprise and warned of the dangers of the

---

[777] Of fundamental importance to Italian labour law culture is Vardaro, Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro", Milano 1985.

[778] Wedderburn, Inderogability, collective agreements and Community Law", Industrial Law Journal 1992, p. 245.

[779] See essays by La giuridificazione di rapporti di lavoro, Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali, 1986, p. 215; id., Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 1990, p. 87 and ff. In general regarding formation of the cultural identity of labour law, see Supiot The Dogmatic Foundations of the Market (Comments illustrated by some examples from labour law and social security law), Industrial Law Journal, 2000, p. 321; Romagnoli, Il lavoro in Italia: un giurista racconta, Bologna 1995.

[780] See essay by Fontana in this volume, and Delfino, Il diritto del lavoro comunitario e italiano fra inderogabilità e soft law, Diritti lavori mercati, 2003, p. 653; Novella, Considerazioni sul regime della norma inderogabile nel diritto del lavoro, in Argomenti di diritto del lavoro, 2003, p. 509 and ff. For a critique of the concept and function of inderogable norms in labour law founded on the postulates of economic legal analysis, see A. & P. Ichino, op. cit. in note 19.

excessive rigidity of the Italian system[781].

Needless to say, the 80s were the years which saw the triumph of a neo-laissez-faire ideology and, in certain countries, policies inspired by this ideology.

In Italy this was not the case: on the contrary, for the first time experiments were carried out with legislative concertation, by means of great trilateral agreements between trade unions, the government and associations of entrepreneurs.

The result was the introduction of a certain dose of flexibility in the regulatory system. It was achieved via legislation, but with the consent of the trade unions.

The reform of fixed-term contracts[782] (in the sense that companies were allowed greater recourse to them), the first regulations supporting part-time work[783], the introduction of solidarity contracts, work and training contracts, the possibility for companies to take on workers by name[784], that is, to choose them directly without being forced by an automatic selection procedure to choose them from lists bureaucratically and inefficiently administered by State work placement offices; and also concessions regarding functional flexibility via collective bargaining: these were all the results of this phase. Rigidity is still the rule: flexibility is an exception, but it exists.

Three different legislative techniques were used to introduce some doses of flexibility into the system: a) the rigidity of some provisions was loosened, creating new exceptions (as in the case of fixed-term contracts and training contracts); b) collective bargaining was empowered to modulate the amount of flexibility in some specific topics ; c) in some cases established by law collective bargaining was allowed to derogate in peius from legal provisions previously considered to be inderogable, but only as a temporary, transitory measure (the function being to combat the economic crisis).

Two reasons which made this injection of doses of flexibility into the system politically possible must be stressed: in exchange for concessions regarding flexibility, the trade unions obtained two important political advantages. The first came directly from the government in the form of state resources for welfare policies and passive labour market policies, substantially as income support for workers involved in company crises (unemployment benefits and early retirement).

This, however, was also advantageous for companies: in exchange for limited doses of flexibility (much lower than expected or hoped for), they obtained State financial support for processes of restructuring and re-conversion that involved collective dismissals. Secondly, the trade unions were persuaded to accept the new forms of flexibility by the fact that the relevant legislation did not adopt the technique of cut-and-dried deregulation.

The flexibility was, on the contrary, a result of various different strategies of negotiated legislation, most of them converging on the common aim of involving trade unions in the process of conferring greater flexibility on laws previously considered to be mandatory, by means of recourse to collective contracts, but also regulating new types of contract (for example, part-time

---

781 See essay referred to in note18.

782 See essay by Zappalà in this volume.

783 See essay by Lo Faro in this volume

784 Name-based appointments were fully liberalised by Law 223/1991. See essay by Bonura in this volume.

contracts).

In short, companies could obtain greater flexibility within the limits expressly contemplated by the new regulations, but only if authorised by the administrative authorities, or alternatively by means of formal consent in the form of agreements with the most representative trade unions: that is, on a case-by-case basis.

So in this phase the ideological attitude which generally stigmatised flexibility did not change; but the government and the trade unions recognised that a certain dose of flexibility was inevitable, above all when the industrial system was sending out worrying alarm signals.

The change as compared with the previous "stigma" phase is indicative of the evolution of the concepts involved: the concept of inderogability as an absolutely untouchable technique and value declined. Labour protection could, if necessary, be bent and reconciled with other interests to cope with a turbulent labour market, restructuring, the economic crisis and the new post-Fordist models of production that were beginning to be introduced (flexible specialisation)[785].

And this was done in the name of a "lesser God": flexibility. But these processes were to be rigorously governed by the bargaining power of the trade unions; indeed, this power was strengthened to the extent that it played a significant role in canonical policy-making: the process of drawing up laws (negotiated legislation). This tacit institutional pact behind the system of industrial relations (which did not become institutionalised in Italy with the same solidity as in Spain or Austria for example) was honoured by all governments during the '80s towards all trade unions, with very few exceptions (for instance, the wage sliding scale issue in 1984).

As far as regulatory techniques are concerned, the consequences were just as evident: the increasingly frequent reference to flexibility as a necessary evil did not lead to processes of deregulation or the dismantling of legislation supporting the most representative trade unions. Quite the opposite; it led to re-regulation by transferring responsibility previously held directly by the law to collective bargaining by the most representative trade unions even on issues directly involving public assets: not only the labour market, for example, but also the management of social security and unemployment benefits.

At this stage, however, flexibility was not considered intrinsic to the labour law paradigm, but an external functional and contingent response to a critical situation in the labour market (hence the category of "emergency labour law"); its impact on the traditional regulatory basis of labour law was not considered to be very great and, in any case, temporary and transitory.

III. Flexibility as an objective necessity (the 90s)

In the '90s the picture changes considerably. International competition, the transformation of the economy and the technological and digital revolution impressed the need for flexibility as an objective necessity rather than a necessary evil, even in the minds of the most reluctant observers. The reorganisation of companies and the economy required much higher levels of flexibility than in the past, not least because the protective legislation was often bypassed, either in fact (by

---

[785] Piore/Sabel, The second industrial divide: possibilities for prosperity, New York 1984.

means of a dramatic spread of the shadow economy in Italy[786]) or by derogation through pacts and agreements at a company, local or territorial level.

The law itself radically changed its attitude: what had previously been stigmatised was now accepted; despite signs to the contrary from the Constitutional Court[787], it was accepted by labour Courts, for example, that standard employment was no longer the great sun that attracted all the planets in the system (as it had done during the Fordist era), but just one of many stars of equal rank (if anything, it was diminishing in size). It was, in fact, in the labour market and in what was called flexibility in first-time employment (the aim being to provide incentives for hiring workers) that the most significant systemic changes were made. Various legislative reforms were introduced.

Thanks to the slackening of juridical interpretation, as mentioned previously, the legislative reforms in the 90s directly or indirectly promoted the spread of various forms of employment involving greater transversal normative flexibility (which in various ways and to greater or lesser degrees affected working hours, pay, job security and so on).

It is worthwhile giving a few examples to make the meaning clearer.

In the early '90s a concerted agreement (the Ciampi protocol) eliminated the sliding scale, which rigidly and automatically protected wages from the effects of inflation. Since then the income policy in Italy (which has no familiarity with the American model of unilateral wage flexibility) has depended on macro-economic variables which are to a certain extent extraneous to the system of wage agreements: it depends above all on the constraints of the single currency and the concerted income policy; at the medium-higher levels of workers (managers and executives) there is a considerable wage drift steered by individual contracts.

In the '90s working hours were made much more flexible due to the combined effects of legislative reforms complying with EU directives and collective bargaining[788]. Legislators also provided stronger support for part-time work than before, even though the logic behind this policy combined trade union control and the need for flexibility on the part of both workers and companies[789].

1. The 90s (continued): the "more flexibility, less unemployment" connection.

The rush to legitimise flexibility as a new labour law paradigm - and not only as a necessary but temporary evil or objective necessity - continued in this period with implicitly pro-union governments like the "technical" governments of the early '90s and the openly pro-union centre-left governments of the second half of the decade. The Italian social model based on development of the productivity of labour featuring a very limited work activity rate (due to atavistic economic

---

[786] The most recent data supplied by Istat on trends in the shadow economy in Italy are dated December 23, 2003 and are as follows:
Rate of irregular workforce members (Source: Istat)

1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
14,5%	14,5%	14,8%	15,1%	15,0%	15,0%	15,3%

[787] Corte Cost. n° 115/1994. See essay by Fontana in this volume. Also D'Antona, Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro, Argomenti di Diritto del Lavoro, 1995, p. 63 and ff.

[788] See essay by Ricci in this volume.

[789] See essay by Lo Faro in this volume.

and social reasons which cannot be dealt with here) required acceptance of modifications to the labour law system with the aim of promoting employment, seen as an urgent priority.

The change therefore took place for functional reasons: even reformist labour law experts accepted in principle the dominating more-flexibility- less-unemployment connection. The furthest-reaching, if not the most rationally co-ordinated, reforms introduced in the '90s concerned flexibility in first-time employment.

The labour legislation introduced in the '90s contained many new types of flexible work contracts, all aiming at increasing employment; some were already common in other systems (such as temporary work through agencies); others were typically Italian ("stage" contracts, "social utility work", work scholarships, professional retraining schemes, contracts for continuous and co-ordinated but not permanent work).

They are contingent work contracts which are still stereotyped as atypical, but the statistics concerning the growing recourse to them make nonsense of such a definition[790]. As official statistics demonstrate[791] , these types of contract have definitely contributed towards a remarkable increase in the percentage of flexible work in the Italian labour market as compared with steady employment (although not to the same extent as in other European countries); and they have also contributed to the increase in the employment rate in the last few years (although other factors must also have played an important role, given the unexpected recent increase in traditional permanent employment as well, but before the present economic slump).

The social effects of this spread of flexible contracts are, however, as evident as the economic effects:

a) Greater accent has definitely been placed on the multi-tier internal labour market[792] (i.e. workers with standard contracts and those taken on with the new forms of contract, who may or may not have job security, particularly in what is called contingent work)[793].

b) But there has also been a shift in the mobile borderline between flexibility and job instability and precariousness, with a marked prevalence of the latter.

It is as if Italian labour law in the '90s, although it did not declare so openly, had become aware of the social plurality of types of employment; and although no radical reforms were brought in,

---

[790] For the similar evolution of the labour market in France cf. Théry, Nuove forme di lavoro: flessibilità e sicurezza, Sociologia del lavoro, 1998 p. 103 and ff.

[791] For an analysis, albeit not very recent, see The growth of flexible work, Italy, European Industrial Relations Review, 2000, 315, 31. For more recent data, see Table 1 in Appendix.

[792] The multi-tier configuration of the labour market within companies, and not one in merely dualistic terms, is probably more realistic as it takes account of the complexity of outsourcing strategies adopted: alongside permanent employees who make up the organic "core" (insiders) there are various categories of outsiders: steady external workers (e.g. those working on a continuous, coordinated but not permanent contract, others working on a continuous consultative basis, contracted or subcontracted workers who are permanently inserted into the production cycle of the contracting firm, and workers on a permanent contract); but there are also temporary outside workers (doing occasional, accessory, or on-call fixed-term work, to use the terminology used in the recent reform introduced in Italy by the Berlusconi government: Legislative Decree 276/03).

[793] For an analysis referring above all to self-employed workers, see Barbieri, Liberi di rischiare. Vecchi e nuovi lavoratori autonomi, Stato e mercato, 1999, p. 281 and ff. I cerchi concentrici. Discussion about contingent work is frequent in American literature: see Barker, Christensen, Lautsh, Income and Social Security and Substandard Working Conditions Contingent Work: American Employment Relations in Transition, Ithaca, 1998; Stone, From Widget to Digits: Employment Regulation for the Changing Workplace, Cambridge, CUP, 2004.

it is as if it had introduced a diversification in the relative juridical regimes. What are the consequences of this prospect as far as the theory and functions of labour law are concerned?

At this stage, flexibility is no longer considered to be a stigma, a necessary evil, or an objective necessity: it has become a new theoretical horizon to refer to in adapting labour law and its regulatory techniques to new, broader institutional strategies and functions. The flexibility paradigm is this legitimised as a new theoretical horizon for labour law; the problem that remains is how to adapt it so that it can coexist with the much more legitimised paradigm of the traditional Italian labour law system, that is, job security and permanence, which is considered to by the ideal, universal model of social protection.

Taken as a whole, the provisions introduced in the '90s were not simply an injection of further doses of flexibility, but a real systemic transformation due to the variability of labour law worker protection regimes.

The phenomenon of an increasing number of different types of employment contract, hitherto viewed as a sort of departure from labour law (in the sense that labour law was identified with standard forms of employment), is credited with a positive, functional broadening of its regulatory confines. The labour law domain extends to work sans phrase, not through the traditional "imperial" expansionistic technique of applying the whole apparatus of worker protection in permanent employment to other types of contract, but rather through acceptance of the theorem of regulatory differentiation between protection regimes. Social pluralism is accepted by labour law, but this acceptance marks a profound transformation, a crisis affecting its original, monolithic identity[794].

Work sans phrase still merits protection, but with more flexible, sophisticated techniques than the traditional inderogability. These techniques also presuppose worker protection on the labour market and not only in the employment relationship[795]; promotional protection in the job-seeking stage or in passing from one job to another; proactive, at times, soft techniques, the aim of which is also self-promotion by the worker: what in Community jargon is called employability.

On the basis of the EES which began to influence labour policy and debate in Italy above all from the late 90s onwards, there is a widespread conviction that forms and techniques of protection do not necessarily have to be borrowed from standard permanent employment, but can be gradually adapted to specific types of work. The law does not directly regulate this adaptation, nor does it provide indications as to other sources of regulation. It confines itself to legitimising them, renouncing its regulatory predominance. It does so by amplifying the scope of regulation via collective contracts, but recognises a new role for individual agreements and wishes, providing they are within the bounds and under the protective umbrella of collective autonomy, as is the case

---

[794] Caruso, The future of labour law: traditional models of social protection and a new constitution of social rights WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" N. 10/2002, http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/default.htm

[795] Of great and undoubted influence in Italy was the work carried out by the group coordinated by Supiot, Au-delà de l'emploi (transformations du travail et devenir du droit du travail in Europe), Flammarion, Paris 1999.

with the new regulations governing part-time work[796]. The several concurrent sources refer back to each other in an articulated play of mirrors (one reflecting the other) and the regulatory framework is apparently complicated[797]: but regulatory complexity is probably the price that has to be paid to prevent labour law from falling into the regulatory dilemma discussed by Teubner[798].

Despite its uncertainties, timidity and not always acceptable technical solution, this legislation represents a new form of experimentalism, with interference from sources and techniques of protection that are different from the traditional ones attributable to labour law. Work relationships can also be regulated by individual contracts, but the worker's wishes are "protected" by a collective source which provides a framework of certainties and limits to individual bargaining: a sort of safety net against voracity and unilaterality on the part of employers.

This short season represented the embryo, in the Italian system, of the new paradigm of flexicurity which had already taken root successfully in other European countries (above all in Holland and, with certain differences, Denmark[799]). This experience found an institutional reference in the so-called "third way" that Europe was trying to experiment with the pillar of adaptability in employment policies[800]. In Italy at that time, however, there was a lack of awareness of the need for the coexistence of all the elements necessary to qualify a labour policy as being inspired by the paradigm of flexicurity, as indicated by the most successful experience, that is, in Holland. In

---

[796] See essay by Lo Faro in this volume. Legislation in the '90s which legitimised individual contracts to introduce doses of flexibility into the system was based on theoretical indications from Italian experts supporting innovation in a context of continuity and fully aware of criticism about the colonising effects of classical labour law on several spheres of life: cf., D'Antona , Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipico, Giornale diritto del lavoro e relazioni industriali, 1990, n. 47, p. 529 ff., now in Opere, Caruso/Sciarra (eds.), I, Milano 2000, p. 75 ff. A limited precedent to the part-time reform introduced in 2000 (Legislative Decree 61) can be seen in the civil service reform, which granted public administration executives the power, albeit greatly limited by collective bargaining, to negotiate their salaries individually; see Nicosia, La dirigenza statale tra fiducia, buona fede ed interessi pubblici, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2003, p. 253 and ff. Here, however, the reasoning behind the law was not to provide a safety net for individual autonomy, but to guarantee trade union control against the risk of an excessive wage drift, with probable repercussions on the public expenditure.

[797] The most frequent criticism of the part-time reform introduced in 2000 (Legislative Decree 61) to implement the EU directive, as expressed in the White Paper issued by the Berlusconi government, was that the regulations were muddled and uselessly complicated, not least due to the intricate, but probably integrating, involvement of several sources of regulation.

[798] This can be summarised as follows: incongruence between law and society as a consequence of which legal regulation remains ineffective because it does not produce any change in practice; that is, hyperlegalisation of the social system, synonymous with Habermasian colonisation; or, hypersocialisation of the legal system, leading to its being instrumentalised by politics or the sectors being regulated. Cf. Teubner, After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law, in Dilemmas of Law in the Welfare State. ed. by Teubner, Berlin 1986.

[799] As is known, there are basically two models based on the flexicurity paradigm: the Dutch model, which focuses on compensating flexibility and security in employment, with particular reference to atypical forms of work; an the Danish model, where a high degree of flexibility (in all types of employment) is compensated for by great preotecton and social subsidies on the labour market. For a comparative analysis, see Wilthagen, Tros, van Lieshout, Towards "flexicurity"? Balancing flexibility and security in EU member states, Flexicurity research paper FXP 2003 – 3. For further references to the two models, see Wilthagen and Rogowski, 'Legal Regulation of Transitional Labour Markets', Schmid/Gazier, eds. The Dynamics of Full Employment: Social Integration through Transitional Labour Markets, Cheltenham, Edward Elgar, 2002, p. 245 and ff. Reference to the two models is also made in the recent Kok report, Jobs, Jobs, Jobs, Creating more employment in Europe, Report of the Employment Taskforce, chaired by Wim Kok, p. 28. Available on Labour Web http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/altridoc/jobs.pdf

[800] For a critical stance, see Ashiagbor, "Flexibility" and "adaptability in the EU employment strategy, in Collins, Davies, Rideout, (ed.), Legal regulation of the employment relation, London, 2000, p. 373; a more positive judgement is given by Kenner, The EC Employment title and the "third way": Making soft law at work, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 1999, p. 99 and Caruso, Alla ricerca della flessibilità "mite": il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie, Diritto delle relazioni industriali, 2000, p.141.

particular these involve the synchronisation and coordination of measures aiming to introduce flexibility into the labour market and employment; but they also include social security reform to increase security on the job market, and reasonable coordination between legislative reforms and deregulated bargaining policies based on multilevel governance, as presupposed by the flexicurity policy [801]. In short, the season of reforms did not have the strength to implement much-needed systemic reforms, in the framework of a far-reaching cultural project aiming at "re-institutionalising the employment relationship which would be achieved by setting rules, allocating negotiating forums for these rules and enabling collective actors to intervene effectively", according to the lines of the Supiot report. A project that would be able not only to reconcile but also systemically integrate freedom, flexibility and the need for security[802].

A sign of these limits is the so-called Christmas Pact, signed on December 22, 1998 by the social partners and the government, in which the chapter on labour market and employment relationship reforms remained empty. Without clear, unambiguous institutional and normative points of reference, even the season of decentralised territorial pacts, which was perhaps the most significant step in the direction of flexicurity in Italy, remained fruitless and was destined to end[803].

Little remains of that season beyond a few sporadic, fragmentary norms based on the paradigm: there has been no coordinated, structured policy induced by mutual reliance between the political and social actors on which to build partnership practices that are deep-rooted enough to become vectors of solid structural reforms in the name of flexicurity [804] .

Traces of the paradigm can be seen in the part-time reform introduced in 2000 (Legislative Decree 61/00), where the law tried, as mentioned previously, to give the individual partners responsibility for establishing sustainable degrees of flexibility that were reconcilable with the personal needs of the workers involved. This is achieved by recourse to measures regulating consensual agreement on the duration and flexibility of working hours, legitimising this possibility but within a network of protection guaranteed by collective bargaining, and entitling the worker to "change his mind" about his terms of employment[805]. There are also some traces in regulations governing

---

[801] Wilthagen and Rogowski, 'Legal Regulation of Transitional Labour Markets', cit. in note 42. Note p.250, flexicurity <<represents a policy concept or, more specifically, a policy strategy that can be defined as follows: 'a policy strategy that attempts, synchronically and in a coordinated way, to enhance the flexibility of labour markets, work organisation and labour relations on the one hand, and to enhance security – employment security and social security – notably for weaker groups in and outside the labour market on the other hand'. For a detailed analysis of the flexicurity paradigm, see Wilthagen The Flexibility-Security Nexus: New approaches to regulating employment and labour markets, Flexicurity research paper FXP 2003 – 2, and Wilthagen, Flexicurity: A New Paradigm for Labour Market Policy Reform?, 1998, Flexicurity Research Programme FXPaper Nr. 1.

[802] Supiot, Casas, de Munk, Hanan, Johansson, Meadows, Mingione, Salais van der Heijden, Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe, Oxford 2001, p. 45.

[803] Caruso, essay cit. in note 16.

[804] The fiduciary element as a salient political factor in governance based on flexicurity is convincingly emphasised by Wilthagen, The Flexibility-Security Nexus, cit. note 8, p. 25 and ff.

[805] On the part-time reform in Italy under governments belonging to the Olive Tree alliance, see Lo Faro in this volume, as well as Liso (ed), Il lavoro a tempo parziale, Roma 2002, and the essays it includes. However, even in the case of part-time work, changes in the name of flexicurity did not achieve the organic nature of the Dutch regulations: see Wilthagen, Tros, van Lieshout, Towards "flexicurity"? cit. note 42, p. 18 and Wilthagen and Rogowski, 'Legal Regulation of Transitional Labour Markets', op. cit. note 44. p. 246. Although Italian legislation is in certain respects similar, it does not provide measures like that of the Dutch civil code which expressly prohibits discriminatory financial or legal treatment of workers regarding the amount of time devoted to work, nor is there anything similar to the Dutch Working Act of 2000, which allows a worker to reduce or increase his working hours unilaterally, in relation to his

temporary agency contracts (Law 196/97), which require temporary workers to be afforded the same treatment as workers permanently employed by the company and establish significant training obligations on the part of the temporary employment agency[806].

Also linked to the paradigm is the slow but progressive consolidation of a minimal set of measures to protect workers on coordinated, continuous, but not permanent contracts which, together with subcontracting, became the main kind of contract in Italy in the 90s and was used by companies for outsourcing purposes, as a replacement for steady employment[807]. Legislation contributed to this by providing for increasingly significant social security cover, with a series of measures starting with the general reform of the pensions system (Art. 29 clause 2° Law 335/95)[808], the introduction of compulsory health and accident insurance (Legislative Decree 38/2000) and maternity benefits. A further contribution was made by collective bargaining[809] and, less significantly, by the law courts, with important but isolated recognition of remuneration and legal protection.[810]. Intervention by both collective bargaining and the courts, as a surrogate for organic legislative reform, are not judged sufficient to balance, in terms of security, the flexibility introduced into the system by massive recourse to coordinated, continuous work contracts.

All this did not come about by means of radical systemic reform aimed at extending the protection regime for permanent employment to the new types of work[811], but through progressive, circumscribed and unsystematic adjustments to the system of labour law[812]: this can by no means be termed a distinctive sign of an organic labour policy inspired by the paradigm of flexicurity.

---

personal needs, a possibility that is only precluded if an employer can demonstrate that "major corporate or organizational interests' are likely to be adversely affected", ivi p. 245 and note 12. Similar measures only apply to public administration.

[806] Cf. Liso, Carabelli (eds.) Il lavoro temporaneo. Commento alla l. n. 196/1997, Milano, 1999, p. 33 and ff. Carinci M.T., La fornitura di lavoro altrui. Art. 2127, in Schlesinger (directed by) Il codice civile. Commentario, Milano 2000. From the perspective outlined above, see especially Zappalà, La "flessibilità nella sicurezza" alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft e hard law, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2003, p. 69. The Italian reform, however, has nothing to compare with the articulated balance between flexibility and security in agency work achieved by the Dutch legislation, cf. Wilthagen, Flexicurity: A New Paradigm, cit. nt. 44, p. 12 and ff, but above all p. 15.

[807] Reyneri op. cit. note 10, p. 23; for a recent quantitative analysis of continuous, coordinated but not permanent employment, cf. Altieri/Otieri, I lavori atipici, analisi e prospettive, Quaderni di rassegna sindacale, 2001, p. 13; for a similar phenomenon in Germany, see Waas in this volume.

[808] See essay by Fontana in this volume.

[809] See the first national collective contract for coordinated, continuous work stipulated on April 8 1998, as well as the framework agreement between the Federazione CDO "non-profit" and ALAI-CISL CGIL–NIDIL CPO–UIL, the temporary workers' trade unions. In the state sector see the "Accordo di regolamentazione relativo alle collaborazioni coordinate e continuative presso gli uffici e gli istituti centrali e periferici del Ministero per i beni e le attività culturali", stipulated in 2000.

[810] Some relatively dated, such as Cass. civ., 12/04/1985, n.2433 which recognises the right of coordinated, continuous workers to fair pay and the right to strike; others are more recent, for example Pret. Monza, 10/07/1996.

[811] This was the sense of the proposal made under the previous government by left-wing politicians and trade unions, leading to the so-called Smuraglia project, named after an illustrious senator and jurist, requiring precise legislative definition of a new type of norm to regulate the grey area between subordinate employment and self-employment (a tertium genus); the proposal countered that of the moderate Left Wing, the Treu Project, which supported progressive legal extension of certain differentiated forms of protection according to a criterion of progressively concentric circles (a workers' statute), without the need to define typologies, considered useless in a constantly changing context. For an analysis of the proposals and relative theoretical implications, see Perulli, Il disegno di legge sui lavoratori atipici, Lavoro e Informazione, 1999, p. 5 and ff. See also Biagi/Tiraboschi, Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di uno «Statuto dei lavori» o codificazione di un tertium genus?, Lavoro e diritto, 1999 p. 571

[812] For a global evaluation of this phase of labour policy in Italy, see Treu, Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio, Il Mulino, Bologna 2001.

Even the loosening up of the rigidity of previous legislation regarding working hours is part of this initial, non-organic embryo of legislative reforms based on flexicurity.

In the late 90s there was a mini-reform of the previous rigid discipline regulating working hours (which went back to 1923). This reform only led to a partial adaptation of the Italian legal framework in compliance with the European working hours directive (EEC Directive 93/104, now EEC Directive 2003/88). It was therefore judged insufficient by the Commission and the European Court of Justice, which issued a sentence against the Italian State[813]. This partial adaptation, however, contributed towards the feasibility of a more flexible model of working hours on a weekly and annual basis, in conformity with Art. 6 of the EU directive. This came about thanks to a substantial loosening of constraints on overtime and the acceptance of multi-period working hours schemes. These modules, which had already been tested by collective bargaining, left room for individual negotiation, within the limits of the framework provided by the collective contract (individual flexibility) and allowed working hours to be spread out in time in particular circumstances, even without trade union control (timely flexibility) [814].

§ 3: Flexibility as an ideology (the present)

However, the undoubted results of this new strategy as far as employment rates are concerned, and the alarm bells being rung by economists and sociologists about the excess of systemic flexibility introduced into the labour market, have not mitigated either criticism of existing labour law or the demand for further amounts of legislative flexibility. This never-ending demand for a further wave of flexibility in the system (without security) from certain sectors of entrepreneurs has been taken up by the centre-right government which came to power at the beginning of this century. On coming to power, the government published a White Paper proposing reforms based on a type of flexibility which was said to comply with the indications given by EU institutions. The proposals were then transformed into a Parliamentary text (Delegatory Act n. 30/03), which came into effect on October 24, 2003 (Legislative Decree 276/2003) directly drawn up by the Government.

In this transition from a statement of policy to concrete legislative implementation, all homage to the flexicurity paradigm of Dutch origin remains merely formal. In the section of the White Paper devoted to flexibility and security (II 3), in fact, indications are given as to reforms (part-time, occasional work, temporary work and intermediation, project work, fixed-term contracts, working hours) which, once implemented, will possess all the features of flexibility tout court, or unilateral flexibility: security appears to have vanished. Traces of security remain where it had already been introduced, for example in regulating agency-brokered employment (compulsory training and equal treatment).

The operations of the new government and parliament are guided by the idea put forth in the European Commission Green Paper, where stress is above all laid on the concept of the flexible

---

[813] Case C-439/98 Commission of the European Communities / Italian Republic, decision of 16 March 2000, at http://www.lex.unict.it/eurolabor/en/documentation/sentenze/causa439-98en.htm

[814] For further reference, see the essay by Ricci in this volume.

firm[815], tempered by frequent reference to partnership; all reference to security tends to fade, if not to dissolve into deregulation, as has been pointed out[816]. It is a focalisation, to a certain extent subsequently adjusted by the Lisbon summit[817], in which unequivocal reference not only to the quantity but also to the quality of work implies greater investment in human resources, the exaltation of capabilities and training, and therefore the consequent, natural instruments of security.

Some modifications, however, follow the lines of previous reforms: they represent a positive rationalisation of the tools used to regulate the labour market[818], not least by allowing private individuals or organisations to carry out intermediary activity via work agencies[819]. Other changes to the overall normative framework inaugurate a new phase in the relationship between labour law and flexibility: the purely ideological and symbolic use of flexibility (which in this case becomes a real metaconcept) to cover up a profound de-structuring of some of the basic institutions of Italian labour law, which up to now had not been affected by previous reforms.

I. The Berlusconi/Maroni (not Biagi) reform.

a. Main contents

The so-called Biagi reform[820] represents a far-reaching change, comparable as regards the import of the regulatory intervention and the number of areas affected with what happened with the Workers' Statute in 1970, but leading in the opposite direction as regards legal policy.

The regulations introduced in 1970 aimed to strengthen the dominant social model of subordinate employment in the Fordist factory, which was taken as the ideal model for the whole of social organisation. It was made more rigid by surrounding it with various forms of protection.

---

[815] COM(1997)-128 11.04.1997 Green Paper. Partnership for a new organisation of work. For critical considerations on the idea of flexibility laid out in the document, see Ashiagbor, "Flexibility" and "adaptability in the EU employment strategy, op. cit. nt. 43, p. 390 and ff. In general regarding American cultural hegemony affecting ideas and concepts of flexibility, the labour market and welfare in Europe in the '90s, see the significant book by Hutton, The World We're In, 2003 Time Warner books, above all Chapter 5.

[816] Ashiagbor op. cit. in note 58.

[817] For broad coverage of the summit, consult the Labour Web site: http://www.lex.unict.it/eurolabor/en/documentation/altridoc/speciale/lisbona.htm. Especially point 24 of the conclusions drawn by the President on 23-24 March 2000 "People are Europe's main asset and should be the focal point of the Union's policies. Investing in people and developing an active and dynamic welfare state will be crucial both to Europe's place in the knowledge economy and for ensuring that the emergence of this new economy does not compound the existing social problems of unemployment, social exclusion and poverty". This strategy also emerges and is confirmed in more recent Commission documents: see Commission Draft Joint Employment Report 2003/2004, Brussels, 21.1.2004 COM(2004) 24 final, p. 23 ff; Scoreboard on implementing the social policy, Brussels, 01.03.2004 COM(2004) 137 final, pp. 6-7. See also Jobs, Jobs, Jobs cit. at nt. 42, p. 18 ff. and 27 ff

[818] See the essay by Bonura in this volume.

[819] On the strategic role of Temporary agency work acting as human capital managers rather than mere manpower suppliers, see the Kok report, cit. notes 42, 29

[820] As explained by Carinci in Una svolta tra ideologia e tecnica; continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo, Italian Labour Law e-Journal, http://www.dirittodellavoro.it/public/current/ejournal/, there are valid reasons why the labour market reform introduced by Legislative Decree 276/03 should not be referred to as the "Biagi reform": "Of form, because a law can be labelled with the name of the first person to propose it, that is, the person who claims both paternity and ultimate responsibility for it; but not with the name of a consultant, however authoritative, who remains detached from the institutional process, without the possibility of identifying and distinguishing his actual contribution, which is destined to count only if and to what extent it is taken into account by political legislation. Of substance, because what can certainly be attributed to Marco Biagi is the project set forth in the White Paper, whereas Legislative Decree 276/2003 was issued several months after his death, which makes sic et simpliciter attribution to him problematic, not only in spirit but also in practice".

The attempt today is not to destructure from the inside a regulatory model founded on the Civil Code definition of the subordinate worker (Art. 2094) and the series of protective regulations that have since been introduced.

The attempt is rather to neutralise it and transform it into just one of a number of models, regulating an ever-decreasing proportion of the overall workforce. Subordinate employment as the main beneficiary of a whole series of juridical effects has not, that is, disappeared but its paradigmatic regulatory status has been diluted.

This has been done by certain fundamental lines of action evident in three groups of regulations that can be summed up as follows:

1. One group of regulations should facilitate the spreading out and outsourcing of phases of the production cycle (staff leasing, subcontracting, undertaking transfer). With these measures the decree confines itself to accepting and facilitating outsourcing operations that respond to the real requirements of companies and are already a strong reality in the Italian labour market, with substantial backing from both national courts and the European Court of Justice. This is achieved, however, by introducing great uncertainty as to the borderline separating legal break-up operations and illegal brokering [821].

2. With a second group of measures, the decree produces even further fragmentation. It does so by legally enlarging the grey area separating self-employed and subordinate work. Far from rationalising concrete social phenomena, the law creates an artificial legal fragmentation of types of work (coordinated work, project work, occasional work, occasional accessory work, with a series of internal distinctions; and then administered work, intermittent work and job sharing; and also various types of apprenticeship, starter contracts, and so on down to even more subtle distinctions, the declared aim being to increase revenue from contributions, eliminate the hidden economy and prevent fraudulent employment practices. The result is confusion, both conceptual and as regards practical application of the regulations[822]. Besides, whereas the picture is considerably complicated from a juridical viewpoint, no new objectives are pursued with a view to extending and strengthening protection for contingent workers and the decree fails to achieve all the requirements suggested by the Community "better job" policy. It totally neglects the fact that the correlation between quality and the type of work contract (temporary vs. permanent), working time (full time vs. part-time) and its nature (voluntary vs. involuntary), has been established at a European level. In other words, the nature of the work contract is considered a fundamental element of job quality[823]. The result is that the so-called border zone between self-employed and

---

[821] Zappalà, Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla "tipizzazione" del contratto di somministrazione di lavoro, in Diritto delle relazioni industriali, n. 2, 2004.

[822] Experts, even those not aprioristically hostile to policies laying greater stress on the need for flexibility in the system, are radically critical of the technical solutions proposed in the reform, especially the regulation of new forms of non-subordinate work, cf. Pedrazzoli, Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Commento al Titolo VII del D. Lgs. 276/03, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" N. 29/2004; De Luca Tamajo, Dal lavoro parasubordinato al lavoro "a progetto" WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" N. 25/2003, http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/default.htm

[823] This clashes quite clearly with labour policy suggestions from the ESS and Social Policy Agenda: see the Commission's documents COM(2000)-379 and COM(2001)-313. See, also, the Joint Employment Report 2003/4 cit. in note 60: "Whereas greater flexibility may be needed in some Member States as regards standard contracts, a review of the contractual framework may also require

subordinate work is becoming less and less clear[824]; observed through the new regulations, it is so artificially broken up into types and subtypes as to create a juridical labyrinth that might well lead to an increase in contentious procedures. This does not find favour either with employers, who are caught up in a mesh of unforeseen and unpredictable legal technicalities (above all because they come from a "friendly" government, whose stated aim was to simplify the labour market and render it more flexible), or with the trade unions, who stress the failure to increase overall protection for contingent workers.

3. The explicit aim of a third group of regulations is to reduce space for judicial intervention (some explicitly limit control by judges based on "merits"[825]) in favour of certification procedures. These procedures are assigned to a wide range of authorised bodies (not only bilateral institutions of various kinds, but also provincial employment bureaux and even state and private universities via forms of collaboration and agreements with individual labour law academics), and can be used in cases of uncertainty to provide legal qualification of types of work relationship. The decree appears, that is, to propose a preventive remedy for the probable counterintuitive effects of the uncertainty of the regulations, introducing alternative procedural mechanisms for certification. The procedures obviously amount to a Freudian admission of the chaos that has been created. But what clearly emerges is a legal policy that had already been explicitly stated in the government's White Paper[826]: the measures were not devised on the basis of a legitimate need to deflate labour claims in the law courts, providing incentives for alternative forms of arbitration [827], but betray a clear lack of confidence and negative attitude towards labour court judges and judicial intervention in general. These provisions are hard to classify among the traditional tools used to prevent legal action from being brought (conciliation, mediation), nor do they belong to the class of classical adjudication tools such as arbitration. The attempt is to get round proceedings in labour courts by disproportionately multiplying the number of subjects entrusted with non-consensual prevention litigation powers. These, in fact, are not only the traditional social partners, in a classical scheme in which this function is devolved to collective autonomy, but also subjects and institutions in civil society (for example, universities), in a scheme disputably referring to horizontal subsidiarity. Without going into noble principles like subsidiarity, it is more probably a

---

strengthening security in non-standard contracts". (Emphasis added) From that, converging indications: "Review the role of other forms of contracts with a view to providing more options for employers and employees depending on their needs" but also "Ensure there is adequate security for workers under all forms of contracts and prevent the emergence of two-tier labour markets", p. 23. Along the same lines, see also the Kok Report quoted in note 62, p. 27 "while promoting flexibility on the labour market, it is also important to foster new forms of security. Security in today's labour markets is not a matter of preserving a job for life. In a more dynamic perspective, security is about building and preserving people's ability to remain and progress in the labour market. It is related to decent pay, access to lifelong learning, working conditions, protection against discrimination or unfair dismissal, support in the case of job loss and the right to transfer acquired social rights when moving jobs". For an evaluation of the EES see Kenner, EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and beyond, Hart, 2000, pp. 491-505. In general, on the European strategy on quality of work see Goetshy, A transition year for employment in Europe: EU governance and national diversity under scrutiny, Industrial Relations, Journal, 2002, 414 ff.

[824] Davies, Lavoro subordinato e lavoro autonomo, Diritto delle relazioni industriali, 2000, p. 207; Supiot, Le noveaux visages de la subordination, Droit Social, 2000, p. 131 and ff.; see also Fontana and Waas in this volume.

[825] Cf. Clause 3, Art. 27, Legislative Decree 276/03, which expressly excludes the possibility of judicial control being extended to "evaluations and technical decisions, […] which are the responsibility of the user".

[826] Government White Paper on the Labour Market Reform, § I.3.7., Rome 2001.

[827] Caruso, Sindacato, arbitrato e conflitto collettivo, Diritto delle relazioni industriali, 1992, pp. 47-49.

stratagem to limit judicial control; a mechanism that has been defined as "technically cunning" rather than well-constructed, the practical effectiveness of which remains to be seen. The certification procedures are also entrusted with a new regulatory technique inspired by flexisecurity: assisted derogation. By this procedural mechanism workers can renounce or negotiate acquired rights before bilateral institutions (in this case, not universities) and not only before the traditional trade union and administrative commissions. This is not particularly innovative, as it is already provided for in the Italian system (final clause, Art. 2113 Italian Civil Code). The only innovation lies in the fact that the conciliation and transaction functions are entrusted to new institutional subjects – bilateral entities – which can "assist" workers in an activity that is already possible in other institutional contexts. According to a much more destructured interpretation of the current situation, the new system offers the individual worker the possibility, with the assistance of those entrusted with certification, of forgoing treatment that is by law inderogable; that is, he can forgo standard legal and contractual terms *ex ante*, when he is hired, or during the employment relationship itself. This radically modifies the protection mechanism based on the inderogable regulation whereby acquired rights can be forgone for transaction purposes, but preventive renunciation of standard treatment is impossible[828] .

Of significance are also certain modifications introduced by legislation other than the "great" reform contained in Legislative Decree 276/03, in particular as regards fixed-term contracts and working hours.

a) Fixed-term contracts are regulated by Legislative Decree 368/2001, which implements the EU directive. The new regulations signal a departure from a model which details a limited number of legal and contractual types considered to be exceptions to the general rule. The new model introduced provides general grounds legitimising the stipulation of fixed-term contracts for "reasons of a technical, production, organisational or substitutive nature". In this way fixed-term contracts become a "normal" tool to determine the makeup of company workforces, juxtaposed to but not countering permanent contracts. This contradicts both indications from the European social partners (the agreement incorporated in the directive)[829] and recent trends in other European countries (Portugal, Spain) to support permanent employment and discourage excessive recourse to fixed-term contracts[830]. The new regulations also greatly re-dimension the monitoring role of collective bargaining, signalling a significant break with the model of negotiated flexibility applied up to now. Although the government's aim was to introduce a "more simple and controllable system" of fixed-term contracts, the new regulations, above all on account of the extremely generic nature of their general grounds, would appear to have led to a framework of rules which employers themselves find hard to apply, thus increasing the margins for discretionary rulings by

---

[828] There is already a large amount of debate on these provisions (Title VIII of the Legislative Decree) and the problem of interpreting them. For two opposing opinions, see Ghera, La certificazione dei contratti di lavoro, in Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema, ed. by De Luca Tamajo, Rusciano, Zoppoli, Napoli 2004, p. 277 and ff. for the destructured interpretation; and Bellavista, La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" N. 35/2004, for the more reductive interpretation.

[829] Cf. Foreword to EEC Directive 99/70, which states in point 6 that permanent work contracts represent the most common form of work relationships

For the effects of the directive on the German system, see essay by Preis and Gotthardt in this volume.

[830] Cf. the recent Kok report, Jobs, Jobs, Jobs, op. cit. in note 42, which makes explicit reference to action of this kind.

judges assessing their legitimacy[831].

b) In connection with working hours, the EU directive is implemented via Legislative Decree 66/2003. The reform increase the system's overall degree of flexibility, above all as regards suppression of the maximum limit on daily working hours, the system of breaks and rest periods, and the mechanism of derogation. Although it does not introduce individual opting out (provided for by UK legislation) and despite the significant permanence of a system of collective bargaining, post-reform regulation of working hours in the Italian system possesses a degree of flexibility comparable to that of the UK and certainly greater than that of other Member States (like Holland, Spain and Germany)[832]. It can, however, be stated that in this case the constraints imposed by the EU directive have placed limits on reforms which would have entailed more profound destructuring of the previous system of worker protection.

b. Legal policy and regulatory techniques

What is interesting to note in the legal policy and regulatory technique used in the new legislation is that the objectives outlined above are not pursued via deregulation of the labour market, in line with the neo-liberal thought dominant in the 80s, that is, an attack on the power of the trade unions and abrogation or reduction of protection for permanent subordinate work. Trade unions do not come under direct attack. The tactics are more subtle the legislation provides incentive for division and conflict between the major trade union confederations, isolating the CGIL [833].

As regards reducing existing protection for subordinate workers, the only proposal made by the government[834] – strongly supported by Confindustria, the largest association of entrepreneurs (but not by all entrepreneurs) – has drowned under a wave of social and trade union opposition and has not got past the bill stage in Parliament.

The decree relies on an articulated regulatory technique in which the only really clear element among a series of ambiguities is the desire to introduce pretentious re-regulation of the labour law system in the light of the legislative policies outlined above (§ 3.1.).

If we consider the position taken by sociologists and economists – that is, that the ideal of flexibility for enterprise is the possibility to adapt labour with no limits or obstacles to the increasingly variable requirements of production and the economic cycle – it becomes apparent that the decree does not head in this direction. There is no reduction to legal regulations in favour of individual contracts – still legally regulated by on a different institutional basis from the law and

---

[831] See Zappalà in this volume.

[832] See Ricci, Fuchs in this volume.

[833] This strategy is institutionally reflected (besides the social pact agreed on with the CISL and UIL alone, the so-called Pact for Italy, and the support given by these two confederations alone for fixed-term contracts: see essay by Zappalà in this volume) is the constant use in the Decree provisions referring to collective bargaining of the preposition "by" instead of "of" with reference to the comparatively most representative unions. This implies that negotiated integrations of the flexibility introduced by law can also be specified by means of separate trade union agreements.

[834] Modification of Art. 18 of the Workers' Statute, rightly or wrongly considered to be a sort of symbol of the cultural heritage of post-Constitutional labour law, which establishes that a worker unfairly dismissed must be taken back on and reinstated rather than being offered the alternative of financial compensation.

collective contracts[835] - which is the classical deregulation formula [836].

Other experiments with deregulation via legal hyper-regulation – the oxymoron of deregulation via juridification – for example the Australian Work Relations Act of 1996, but they do not appear to have produced particularly positive results even as far as the interests of employers are concerned. They have certainly resulted in an increase in uncertainty of interpretation, lawsuits and arbitration, and conflicts in the workplace itself[837] .

To make work more flexible, therefore, Italian legislators do not rely on the market and individual contracts, which are typical of market-oriented policies, but on sophisticated, closely-interwoven, concurrent regulatory tools: the law, collective bargaining at various levels, and also soft law (reference is frequently made to good practice and codes of behaviour, but with serious systematic anomalies[838]) and administrative regulation supplementing collective bargaining where the latter does not apply. The result is a Russian doll of regulation, symptomatic of a regulatory bulimia that has few precedents in the history of Italian labour legislation.

The consequence is an intricate entanglement of sources that answers no systemic or systematic logic: it is based on no perception of the complexity of the phenomena to be regulated, or of consequent need to coordinate, calibrate and integrate the various regulatory techniques in order to achieve an optimal balance in a virtuous circle like that of the reflexive regulation model[839]. Nor is it possible to perceive an intention to mediate between different policies and objectives (flexibility and security) via balanced doses of different regulatory techniques. Nor, finally, is there any attempt to coordinate the system of legal regulations with the system of bargaining, even at a decentralised territorial level, to generate a form of reflexive regulation that presupposes consent and confidence but which in the end has the effect of generating such consent and confidence. Collective bargaining is at times opportunistically instrumentalised for purposes of flexibility that are already fully predetermined by the law; at others it is forced into "unfair competition" with individual contracts.

For example, regulation via collective bargaining no longer acts, as it did in the past, as a shield

---

[835] Supiot, The Dogmatic Foundations of the Market, op. cit. nt. 22.

[836] Epstein, Simple Rules for a Complex World, Harvard University Press, 1995. For an analysis of the concepts of deregulation and re-regulation, see Ashiagbor, "Flexibility" and "adaptability" in the EU employment strategy, op. cit. nt. 43, p. 393 and ff., and references contained therein.

[837] Mitchell, Juridification and Labour Law: A Legal Response to the Flexibility Debate in Australia, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 1998 p. 115 and 134-135. On the insecurity effect of Australian reforms, see de Ruyter and Burgess, Growing Labour Insecurity in Australia and the UK in the Midst of Job Growth: Beware the Anglo- Saxon Model, European Journal of Industrial Relations, 2003, pp 223–243. For an comparative analysis of individualization policies in Australia, United Kindom, New Zeland and Japan see the essays in Deery-Mitchell (editors) Employment relations individualisation and union exclusion: an international study, The Federation Press, 2000

[838] I have pointed out these anomalies in the use of soft law in Legislative Decree 276/03 in Caruso, Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative, a paper presented at the Brescia Seminar titled "Nuove forme di decisione e nuove forme di regolazione: il metodo del coordinamento aperto nel processo di integrazione europea", 9 - 10 February, 2004.

[839] For a reconstruction of the process of European social harmonisation using this technique, cf. Barnard, Deaking, Hobb, Capabilities and Rights: an Emerging Agenda for Social Rights?, Industrial Law Journal, 2001, p. 478; Deakin, Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonization. A Law and Economics perspective on Centros, The Cambridge Yearbook of European Lega1 Studies,1999, p. 244-245. See also, with regard to the OMC, Barnard and Deakin, In Search of Coherence: Social Policy, the Single Market and Fundamental Rights, Industrial Relations Journal, 2000, pp. 340-343.

against and limit to individual bargaining for supplementary work and flexible, elastic clauses in part-time work. Collective bargaining is offered as an alternative to individual bargaining, thus encouraging employers to elude collective regulation. If, as the new regulations allow, they can choose freely between flexibility in part-time work, regulated individually but within the limits established by collective contracts, and flexibility negotiated (i.e. unilaterally imposed) exclusively via individual contracts, they will obviously choose the latter, more convenient alternative [840].

Part-time work is not the only case in which workers are left on their own in front of flexibility imposed by law, with the pseudo-freedom and individual self-protection that could derive from work contract tools; it also applies to intermittent work, which is the Italian version of on-call work, where workers even have specific contractual responsibilities and are liable to pay compensation in the event of breach of contract. These are just two of a number of examples.

In short, the logic is rather narrow-minded, of a flexibility often sought but not declared as such, of an ambiguous way of getting round obstacles and guarantees instead of removing them, the end result of which is only confusion and a wide range of muddled interpretations.

§ 4: Flexibility as a challenge for European Labour Law

The contamination of labour law by the mutating virus of flexibility may have a dual outcome: it can either dissolve or strengthen the organism.

It cannot be denied that the recent reforms in Italy - oriented towards a de-structuring form of flexibility which is claimed to be the result of decisions made by EU institutions and their neo-laissez-faire policies – would seem to make the fatality hypothesis the more plausible one.

This hypothesis, however, is not supported by a significant number of labour law scholars, who see the co-ordination of national labour law systems on the basis of EU constitutional principles and values as a new horizon for the construction of a social model that will tackle the problem of finding a common response to the challenge of flexibility.

This will be achieved via renewal that does not totally upset national traditions if one believes in the inheritance left by a great pioneer of cultural integration between European labour law scholars, Otto Kahn Freund, who saw a balance between tradition and renewal as the only way to develop labour law in conditions that were profoundly different from those surrounding its origins[841].

Within this framework there is also room for the concept of flexibility, provided that emphasis is laid on the etymological meaning of re-adaptation of an entity to external changes in the systemic context.

And it is for this reason, a philological one, that the concept cannot be accepted in an unqualified

---

[840] I have dealt with this aspect of the regulation of part-time work in Caruso, Riforma del part time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali, in De Luca Tamajo Rusciano Zoppoli (ed.), Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema, Napoli 2003.

[841] Khan Freund, Labour Relations: Heritage and Adjustment, Oxford 1979 (tr. it. Kahn Freund, Le relazioni sindacali: tradizione e rinnovamento DLRI, 1980, 7 p. 413 ff.).

fashion or excessively elasticised so as to justify any attempt at de-structuring the national Constitutional traditions, which are the values by which the current-treaty-based constitutional setup of the EU are based[842] and which will become explicit in the new European Constitution, hopefully in the very near future[843].

On the contrary, the concept of flexibility needs explaining and decanting: it has to be filtered, that is, by a mesh of values that are becoming an increasingly important part of the common constitutional heritage of European populations[844].

In this general perspective it is easy to understand why many feel that to remedy the destructive dynamics of the meta concept it is necessary to "normalise" and control it by introducing attributes and predicates (in the guise of antibodies) representing policies that contrast with those of neo- laissez-faire but still support reformism rather than social democratic conservatism: flexibility and security, sustainable flexibility and soft flexibility are but a few examples.

It is therefore also important to look at the contexts in which the best policies and bargaining practices, and the most interesting legislative reforms have been implemented: in particular the above-mentioned cases of Holland and Denmark.

What is important to point out is that these formulae, which may appear abstract, ambiguous or even manipulative, hide a fervent purposefulness, a striving towards renewal that involves the broad spectrum of labour law: its regulatory techniques and labour policies, the redefinition of rights and forms of protection, and the rules governing the functioning of the labour market.

This would take us far from the scope of the present paper; what we can do here and now is to present a synthesis or synopsis of a sort of agenda (highly concrete legislative and bargaining practices) on which the scientific community of European labour law experts, as well as legislators and the social partners can act, at both a national and supranational level.

- The re-qualification of forms of protection not only in employment relationships but also in the labour market (the experience of the employment pool and the concept of a transitional market)[845], through redefinition of the structure and function of social security and unemployment

---

[842] The reference is to Art. 6 § 2 of the consolidated version of the Treaty on the European Union.

[843] For a detached examination of the draft launched by the Convention in July 2003, see Ziller, La nuova Costituzione Europea, Il Mulino, Bologna 2003. From a more critical viewpoint, see Weiler, A Constitution for Europe? Some Hard Choices, Journal of Common Market Studies, 2002, 563.

[844] The European Charter of fundamental rights incorporated in the new Constitution makes explicit reference to social rights; also of significance is the reference in the general provisions of Title I to concepts such as "equality", "non discrimination", and solidarity" (Art. I-2 of the Constitution Project - Values of the Union); as well as "market-based social economy", "full employment", "social progress", "the fight against social exclusion", "justice and social protection", "equality between men and women", "solidarity between the generations (Art. I-3: Objectives of the Union). Debate on the hopes and limits of the new provisions is already under way. On the limits to rights through the so-called horizontal provisions of the Charter, see De Burca, Beyond the Charter: How Enlargement has enlarged the Human Rights Policy of the EU, paper, par. 4. In general, see the essays in the volumes edited by Hepple, Labour rights in a global context. International and Comparative Perspectives, CUB, 2003 and Hervey/Kenner, Economic and Socia1 Rights under the EU Charter of Fundamental Rights - A Lega1 Perspective, London 2003.

[845] For a model that presupposes a negotiative strategy for a soft, progressive reversal of de-standardisation, see Regalia, Decentralizing Employment Protection in Europe: Territorial Pacts and Beyond, in Zeitlin/Trubek (ed), Governing Work and Welfare in a New Economy, OUP, 2003, p. 158 ff.

benefits[846].

- Full recognition of the professional capabilities of the individual combined with protection of his dignity, as a compass for new rights (ongoing training, re-qualification, etc.) [847].
- The possibility of reconciling family and work commitments, private life and working life.
- The principle of non-discrimination, besides that of inderogability, as the mainstream norm of all social and other policies.
- The possibility of reconciling and weighting the interests of labour demand and supply as a criterion in assessing the sustainability and juridical legitimacy of all new flexibility measures.
- Entrusting the task of protecting the social values enshrined in the European Constitution to a custodian of the common constitutional heritage: the Court of Justice as guarantor against any risk of a deterioration and retrogression in national standards on grounds of European policy implementation.

This is the possible agenda that can realistically be attributed to labour law in its new supranational dimension faced with the contamination deriving from flexibility. The lines of action it provides address above all policies, but do not neglect the broader issue of the regulatory techniques needed to act as vectors for these policies. Here again, the issue is open to debate in national systems and the European dimension. The transformations on the horizon, the possible use of new techniques such as soft law and the open method of coordination, can be considered innovative procedural elements if the objectives to be reached and values to be pursued are pre-established and clear. The tools can thus be assessed in terms of their relative functionality and adequacy for these objectives and cannot therefore be either turned into fetishes or delegitimised as mere Horses of Troy for deregulation policies[848].

§ 5: A Final remark. Flexibility and trade union representation

As Khan Freund taught, however, law can do much to regulate labour, but not everything. There is no doubt that flexibility cannot be reduced to a concept, nor to a meta concept, and not even to a mere policy. Flexibility also implies a social and individual dimension in work relationships and other spheres that cannot be simply entrusted to normative regulation and its colonising tendencies.

It is a dimension in which an important role is still played by modes of organisation, action and bargaining on the part of social and collective actors (above all trade unions but also other

---

[846] See the Amato Treu document presented on behalf of the Olive Tree alliance in 2002, the "Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori", which may be the future policy statement of post-Berlusconi parliaments.

[847] Barnard, Deakin, Hobbs, Capabilities and Rights: An emerging agenda for Social Rights?, Industrial Law Journal, p. 464 and ff; Brown, Deakin, Wilkinson, Capabilities, Social Rights and European Market Integration, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper 253; Salais, Work and Welfare: Toward a Capability Approach, in Zeitlin, op. cit. in note 88. Freedland, Employment Policy, in Davis, Lyon Caen, Sciarra, Simitis (ed), European Labour Community Law, Principles and perspective, Liber amicorum Lord Wedderburn of Charlton, Oxford 1996, p. 300 ff.

[848] The debate on soft law, the OMC and labour law is too broad and complex to summarise in a simple footnote. I have tried to outline some trends in the paper referenced in note 81. It is, however, quite clear that the new strategic regulatory choice, from Lisbon on, in order to achieve employment and social goals formulated in the EES, is a combination of traditional and new means, such as legislation, social dialogue, structural fund, OMC, mainstreaming; see Kenner, EU Employment law, op. cit. in note 66, p. 498.

organisations such as NGOs and environment protection organisations); and great responsibility is given to their capacity to represent these new interests, which have very little in common with those on which the classical models of representation and organisational modules of European trade unions were forged.

These models are under great pressure in all national systems. Even in Italy, where the model of horizontal organisation and general representation of labour has hardly ever been questioned, in its current forms it seems incapable of intercepting the demands and interests of the new generation of flexible workers.

It is not only a cultural and organisational delay but also a more or less conscious decision to adjust representational strategies to the point indicated by the compass representing the desire to preserve the hard core of union members, unions and their apparatus.

It is, for example, not quite clear what model of representation Italian trade unions are oriented towards for flexible workers: whether towards integrating within the horizontal and vertical categories specific structures that can develop specific policies for the representation of flexible and precarious workers (as in the French model, which would seem much more effective); or whether to separate the organisational structures for these workers completely, accepting the hypothesis of their special nature and thus the need for separate representation policies. Again, it does not seem clear whether the model of territorial and confederate representation that has always characterised Italian trade unions has provided an opportunity to reformulate strategies aimed at territorial unification of interests that appear to be segmented in the workplace and labour markets within enterprises. [849]

The season of territorial and local pacts in Italy has given good results as regards regulatory strategies and policies affecting local labour markets, but relatively little has been achieved as regards the planning of new models of aggregation and organisation of interests and the re-establishment of union representation[850].

This failure to respond by the models and forms of union representation cannot be compensated for by a surplus of mobilisation regarding directly political objectives, as has happened in Italy in the last few years.

Political mobilisation by trade unions against government decisions that are most openly in contrast with the social values and interests they represent may be a useful tonic but it is not capable of protecting the organism against the fatal disease threatening it, thus determining, in the middle to long term, the decline of the historic form of labour representation, not only in Italy but also in the rest of Europe.

It is also true that the widespread practice of political and bargaining-based concertation at a supranational, national and local level, with all due functional distinctions, cannot represent a political and institutional surrogate for the crisis of social representation. At most it may be a

---

[849] Cf. the literature referenced in note 5, and also Regalia, cit. supra in note 88, p. 174 and ff. For an American perspective cf. Stone, From Globalism to Regionalism: Protecting Labor Rights in a Post-National Era, paper presented at the Intell 7 Conference, Kyoto, March 2004.

[850] Caruso cit. in note 16; also Albi, La contrattazione sindacale nella programmazione per lo sviluppo, Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali, 2001, p.428 and ff.

useful complement.

Even in the case of union representation, then, the impact with flexibility is located on the crest of the same alternative previously analysed for labour law: it may have a fatal outcome, but it may have the effect of triggering off a regenerating reaction.

It is not in the style of Italian labour law scholars to provide trade union organisations and leadership with solutions or advice as to how to renew their representational practice and policies. Those who have tried to do so have not had much luck. It may be hoped that flexibility viewed as a positive adaptation to a changing reality may be a useful spur to those who hold responsibility for understanding the new interests and demands for representation that are coming to the fore in the workplace, and that they act accordingly. This will also have to take place, in all probability, in a broader territorial space than the individual nation state. A space in which not only customs barriers, but also political and cultural boundaries will finally become increasingly evanescent.

Table 1 – Workers in standard and non-standard employment (thousands of units)

	Apr. 1995	Apr. 1996	Apr. 1997	Apr. 1998	Apr. 1999	Apr. 2000	Apr. 2001	Apr. 2002
EMPLOYED WORKERS	19.978	20.095	20.184	20.357	20.618	20.930	21.373	21.757
STANDARD	17.949	18.037	17.985	18.035	17.998	18.073	18.432	18.781
- Full-time self-employed	5.377	5.440	5.399	5.443	5.411	5.435	5.497	5.550
- Full-time permanent employees	12.572	12.597	12.587	12.592	12.588	12.638	12.935	13.231
NON-STANDARD	2.029	2.058	2.198	2.323	2.619	2.857	2.941	2.976
- Part-time permanent employees	571	609	641	690	748	873	1.005	996
- Full-time fixed-term employees	720	730	776	817	988	1.006	1.003	1.106
- Part-time fixed-term employees	303	319	361	416	459	517	468	452
- Part-time self-employed	435	400	420	399	425	461	465	422

Table 2 – Workers in standard and non-standard employment (%)

	Apr. 1995	Apr. 1996	Apr. 1997	Apr. 1998	Apr. 1999	Apr. 2000	Apr. 2001	Apr. 2002
EMPLOYED WORKERS	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
STANDARD	89,8	89,8	89,1	88,6	87,3	86,3	86,2	86,3
- Full-time self-employed	26,9	27,1	26,7	26,7	26,2	26,0	25,7	25,5
- Full-time permanent employees	62,9	62,7	62,4	61,9	61,1	60,4	60,5	60,8
NON-STANDARD	10,2	10,2	10,9	11,4	12,7	13,7	13,8	13,7
- Part-time permanent employees	2,9	3,0	3,2	3,4	3,6	4,2	4,7	4,6
- Full-time fixed-term employees	3,6	3,6	3,8	4,0	4,8	4,8	4,7	5,1
- Part-time fixed-term employees	1,5	1,6	1,8	2,0	2,2	2,5	2,2	2,1
- Part-time self-employed	2,2	2,0	2,1	2,0	2,1	2,2	2,2	1,9

La fattispecie "lavoro a progetto"*

Domenico Mezzacapo

1. Dalle collaborazioni coordinate e continuative al lavoro a progetto. 260

2. L'approccio interpretativo alla ricostruzione della fattispecie. 261

3. Il progetto come oggetto del contratto. 263

4. La gestione del progetto "in funzione del risultato". 265

5. Durata del contratto di lavoro a progetto e continuità della collaborazione. 268

6. La rilevanza del coordinamento con l'organizzazione del committente. 271

7. L'individuazione della fattispecie "lavoro a progetto" in termini restrittivi rispetto all'area delle tradizionali collaborazioni coordinate e continuative. 272

8. Le nozioni di progetto, programma e fase. 273

9. L'espunzione dall'ordinamento delle residue collaborazioni coordinate e continuative. 276

10. Conclusioni. 280

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 25/2004

1. Dalle collaborazioni coordinate e continuative al lavoro a progetto.

I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa costituiscono un fenomeno che, con il passare del tempo, ha raggiunto proporzioni sempre più rilevanti e ha acquisito una tipicità sociale tale da costringere l'ordinamento ad interessarsene.

L'ampia diffusione di tali rapporti è stata, tra l'altro, agevolata da "una situazione di illegalità diffusa e di massa, di difficile quantificazione, che ha creato nei fatti una fattispecie sostanziale intesa come generatrice di un rapporto funzionalmente equivalente al lavoro subordinato, ma senza costi e senza diritti"[851].

L'abuso dei rapporti di collaborazione continuativa e coordinata è dipeso da vari fattori, tra i quali spiccano la più ridotta contribuzione previdenziale (che, oltre a presentare un'aliquota sensibilmente inferiore a quella prevista per il lavoro subordinato, è calcolata su compensi non parametrati alla contrattazione collettiva ma liberamente stabiliti dalle parti) e la non applicabilità della normativa sui licenziamenti individuali[852].

L'interesse manifestato dall'ordinamento nei confronti delle collaborazioni coordinate e continuative, tuttavia, non ha prodotto una disciplina organica di una precisa tipologia contrattuale, ma soltanto limitati interventi normativi che hanno, per lo più, esteso alcune delle discipline previste per i lavoratori subordinati (tra le quali spiccano quella processuale, fiscale, previdenziale e antinfortunistica), ai titolari di diversi contratti di lavoro autonomo, tipici e atipici, in cui dette collaborazioni si inquadravano[853].

Alla tipizzazione di un nuovo contratto[854] sembra, invece, arrivare, da ultimo, il d. lgs. n. 276 del 2003, che, agli art. 61 e segg. disciplina il "lavoro a progetto". Tale affermazione appare, infatti, suffragata dal riferimento letterale al lavoro a progetto quale "tipologia contrattuale" e dall'indicazione dei requisiti formali che il "contratto di lavoro a progetto" deve soddisfare[855].

La tipizzazione del contratto di lavoro a progetto pone immediatamente il problema

---

851 M. NAPOLI, *Relazione* per le Giornate di Studio di Padova, 21-22 maggio 2004, organizzate dall'AIDLASS, sul tema "Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme", pag. 21 del dattiloscritto, in www.aidlass.org.

852 Cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente passando per il lavoro a progetto*, in *Studi in onore di Giorgio Grezzi*, di prossima pubblicazione.

853 Per un efficace riepilogo di tali interventi si veda V. PINTO, *Le collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, 2004, pag. 313.

854 In tal senso: M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. giur.*, 2003, pag. 814; R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro a progetto*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2003, n. 25, pag. 2; G. SANTORO-PASSARELLI, *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, pag. 27; V. PINTO, *op. cit.*, pag. 311; M. MAGNANI – S. SPATARO, *Il lavoro a progetto*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2004, n. 27, pag. 3; P. ALLEVA, *La ricerca e l'analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 in materia di occupazione e mercato del lavoro*, in www.cgil.it/giuridico.; G. GRAMICCIA, *Prime osservazioni sul contratto di lavoro a progetto*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, pag. 21. A. PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *ILLeJ*, vol. VI, n. 1, Febbraio 2004*. (*Trattandosi di una rivista elettronica consultabile al sito www.labourlawjournal.it non è possibile indicare le pagine). *Contra* G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2004, pag. 250; A. PERULLI, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *Lav. dir.*, 2004, pag. 92. Secondo questi ultimi A., il lavoro a progetto non individua un contratto tipico ma continua a rilevare come modalità di svolgimento di una serie di rapporti negoziali eterogenei.

855 Cfr. la rubrica del titolo VII del d. lgs. n. 276 del 2003, "Tipologie contrattuali a progetto e occasionali" e l'art. 62 del d. lgs. n. 276 del 2003.

dell'inquadramento sistematico della nuova fattispecie[856].

In apertura del titolo VII del d. lgs. n. 276 del 2003, dedicato alle tipologie contrattuali a progetto e occasionali, l'art. 61 identifica la fattispecie "lavoro a progetto" utilizzando un "modello a sommatoria", caratterizzato dalla presenza di tutti i caratteri delle tradizionali collaborazioni coordinate e continuative, più altri di nuova ispirazione[857].

Infatti, da una parte, oggetto di disciplina sono pur sempre le collaborazioni di cui all'art. 409 c.p.c., i cui tradizionali attributi sono espressamente richiamati dall'art. 61. Dall'altra, in aggiunta ai "vecchi" requisiti della continuatività, del coordinamento e della prevalente personalità della prestazione lavorativa[858], la fattispecie "lavoro a progetto" è arricchita da ulteriori elementi definitori: la "riconducibilità" della collaborazione ad uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso; la determinazione degli stessi da parte del committente; la gestione autonoma in capo al collaboratore in funzione del risultato; l'irrilevanza del tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa.

Ai fini della ricostruzione della fattispecie "lavoro a progetto", si cercherà di valutare la portata di tali elementi rispetto ai tradizionali rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e di capire se la nuova tipologia contrattuale possa essere inquadrata nell'area del lavoro autonomo, con le relative conseguenze in termini di disciplina applicabile[859].

2. L'approccio interpretativo alla ricostruzione della fattispecie.

La ricostruzione della fattispecie "lavoro a progetto" dovrebbe prendere le mosse dal primo elemento introdotto dall'art. 61 del d. lgs. n. 276 del 2003: la riconducibilità "a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso".

Si usa il condizionale perché il legislatore non ha chiarito la nozione di progetto e in che cosa questo differisca, eventualmente, dal programma.

Nel linguaggio comune, i termini "progetto" e "programma" non assumono un significato univoco, ma possono essere interpretati almeno in due sensi. Sul punto si registrano, infatti, due differenti orientamenti dottrinari, entrambi suffragati da autorevoli dizionari. Secondo una prima tesi[860] il progetto si caratterizza in virtù di un contenuto ideativo, non riscontrabile, invece, nel

---

856 G. PROIA, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, pag. 665.

857 R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, pag. 13; Nello stesso senso M. PEDRAZZOLI, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Commento al Titolo VII del D. Lgs. 276/03*, pag. 37 del datt., in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, in corso di pubblicazione e, parzialmente, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2004, n. 29.

858 Sui tradizionali requisiti caratterizzanti la parasubordinazione cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro "parasubordinato"*, Milano, 1979, pagg. 59-70 e 77 e segg. e M.V. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. dir.*, 1987, pag. 57 e segg.

859 Ai sensi dell'art. 2222 c.c., infatti, la disciplina del contratto d'opera si applica residualmente anche agli altri rapporti di lavoro autonomo che non hanno una disciplina particolare nel libro IV.

860 Cfr. M. MISCIONE, *op. cit.*, pag. 818. L'A. differenzia il progetto dal programma sulla base della definizione fornita dal dizionario della lingua italiana DEVOTO-OLI. Nello stesso senso G. LEONE, *Le collaborazioni (coordinate e continuative) a progetto*, in *Riv. giur. lav.*, 2004, pag. 94.

programma, mera enunciazione di ciò che si vuole fare; secondo altri[861], invece, i due termini possono essere considerati addirittura sinonimi o, comunque, complementari[862].

L' "appello al linguaggio comune"[863], dunque, non si dimostra risolutivo, anzi, legittima sia interpretazioni volte a distinguere nettamente il progetto dal programma, sia interpretazioni del tutto opposte[864].

Conviene, a questo punto, verificare se i termini in esame possano essere interpretati in senso tecnico, in modo da ridurre i margini di incertezza rispetto al più vasto universo del linguaggio comune. Le espressioni proprie di un linguaggio tecnico, infatti, "non sempre sono usate nel linguaggio ordinario, né sempre sono registrate nei dizionari della lingua. Il loro significato va comunque desunto dall'uso che ne fanno gli specialisti dell'una o dell'altra disciplina scientifica o tecnica"[865].

Anche l'"appello al linguaggio tecnico", tuttavia, appare infruttuoso, perché i termini "progetto" e "programma" non sembrano assumere un significato tecnico-giuridico autonomo e generalmente utilizzabile[866]. Al contrario, è stata paventata la dannosità di un'operazione volta ad "attribuire valore legale a termini gergali"[867].

Ai fini della ricostruzione della fattispecie "lavoro a progetto" conviene, dunque, valorizzare quelle indicazioni del legislatore che, alla luce del significato tecnico-giuridico che sono idonee ad assumere, comportano minori margini di incertezza. Per esempio, l'art. 67, primo comma, del d. lgs. n. 276 del 2003, afferma testualmente che il progetto costituisce l'oggetto del contratto[868], e tale indicazione può essere certamente interpretata in senso tecnico-giuridico, alla luce della teoria generale del contratto.

Và anche rilevato, per inciso, che altre espressioni del d. lgs. n. 276 del 2003, anche suscettibili di essere interpretate in senso tecnico, in prima lettura possono apparire incompatibili (si, pensi, per esempio, alla continuità di una collaborazione la cui durata deve essere, invece, determinata o determinabile e rispetto alla quale poi il tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa sembra essere irrilevante). Il ricorso al linguaggio tecnico-giuridico, dunque, deve essere affiancato da un'interpretazione sistematica del dato normativo, per evitare eventuali contraddizioni tra le varie disposizioni.

---

861 G. PROIA, *op. cit.*, pag. 667, che cita il vocabolario della lingua italiana di N. ZINGARELLI e il Dizionario fraseologico delle parole equivalenti, analoghe e contrarie di G. PITTANO. Nello stesso senso A. MARESCA, *La nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative: profili generali*, in *Guida al lavoro*, 2004, n. 4, allegato, pag. 9.

862 Cfr. G. FERRARO, *op. cit.*, pag. 254.

863 R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993, pag. 361.

864 F. LISO, *Analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003: Spunti di riflessione*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2004, n. 42, pag. 28; M. PEDRAZZOLI, *Commento…*, op. cit., pag. 39 del datt.

865 R. GUASTINI, *op. cit.*, pag. 361.

866 Cfr. G. PROIA, *op. cit.*, pag. 666. L'A. esprime le sue riserve sull'utilizzazione del linguaggio tecnico ai fini di una chiara ricostruzione della fattispecie "lavoro a progetto".

867 A. VISCOMI, *Lavoro a progetto e occasionale: osservazioni critiche*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commentario critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Roma, 2004, pag. 320.

868 Art. 67, primo comma, del d. lgs. n. 276 del 2003.

Ai sensi dell'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, inoltre, il testo normativo deve essere interpretato tenendo anche conto dell'intenzione del legislatore. Non si fa riferimento, ovviamente, all'intento volitivo di una o più persone fisiche[869], ma alla ragione, al motivo, al problema pratico che, oggettivamente, ha spinto il legislatore a disciplinare la materia[870].

In proposito, sia dalla relazione di accompagnamento che dall'interpretazione governativa[871] successiva all'emanazione del d. lgs. n. 276 del 2003, si evince inequivocabilmente che la nuova disciplina è stata predisposta allo scopo di impedire ulteriori simulazioni ed elusioni, nella convinzione che gran parte delle collaborazioni coordinate e continuative nascondano, in realtà, rapporti di lavoro che si svolgono in forma subordinata[872].

In presenza di dati testuali piuttosto ambigui, pertanto, "cardine dell'operazione interpretativa non può non essere il profilo finalistico fatto proprio dal legislatore, che, con riferimento alla definizione della nuova fattispecie, va ravvisato nel dichiarato intento di impedire il ricorso a fittizie collaborazioni" [873]. Tra le diverse ipotesi interpretative prospettabili, l'interprete dovrebbe, dunque, propendere per quella più coerente con la finalità antifraudolenta della nuova normativa.

Dopo questa premessa di carattere metodologico e prima di analizzare gli elementi caratterizzanti della fattispecie "lavoro a progetto", è bene puntualizzare che quella tratteggiata nei paragrafi che seguono è solo una delle possibili proposte ricostruttive. Essa, al pari delle altre, potrebbe essere confermata o del tutto smentita dalle prime pronunce giurisprudenziali. Si è ben consapevoli, infatti, che, nell'ambiguità del contesto normativo di riferimento, le vere "conclusioni" potranno essere tratte soltanto dalla giurisprudenza, nei tempi e nei limiti in cui riesca a consolidarsi un orientamento maggioritario sulle varie problematiche.

3. Il progetto come oggetto del contratto.

Sebbene l'art. 67 del d. lgs. n. 276 del 2003 affermi espressamente che il progetto costituisce l'oggetto del contratto, una parte della dottrina svaluta tale dato normativo, ritenendo che il progetto abbia, invece, un rilievo esterno e non causale[874], rappresenti "un dato estrinseco posto al di fuori della struttura dell'obbligazione"[875], "il contenitore all'interno del quale la prestazione del collaboratore deve essere eseguita"[876]. Esso dunque, dovrebbe essere inteso quale generico progetto o programma aziendale.

---

869 Si veda, sul punto, R. SACCO, *L'interpretazione*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 1999, pagg. 191-192.

870 Cfr. R. GUASTINI, *op. cit.*, pag. 395; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, pag. 166 e segg., spec. pagg. 168 e 170.

871 Circolare del Ministero del Lavoro n. 1 del 2004, par. I, in *www.welfare.gov.it*.

872 M. MISCIONE, *op. cit.*, pag. 813; G. PROIA, *op. cit.*, pag. 670; R. DE LUCA TAMAJO, op. cit., pag. 13; G. SANTORO-PASSARELLI, *Prime chiose…*, op. cit., pag. 27; V. PINTO, *op. cit*., pag. 316, nota 24; L. DE ANGELIS, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in A. VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro on Line*, *www.unicz.it/lavoro/RICERCAMISCELLANEA.htm*, pag. 2 del datt.; A. MARESCA, *op. cit.*, pag. 1.

873 R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, pag. 15. Cfr., inoltre, M. PEDRAZZOLI, *Commento…*, op. cit., pag. 7 del datt.; G. GRAMICCIA, *op. cit.*, pag. 20; A. PIZZOFERRATO, *op. cit*.

874 V. PINTO, *op. cit.*, pag. 332.

875 A. PERULLI, *Il lavoro a progetto…*, op. cit., pag. 96.

876 A. MARESCA, *op. cit.*, pag. 9.

Tale ricostruzione muove dal presupposto che il progetto o il programma, in quanto determinati dal committente, non sarebbero oggetto di contrattazione tra le parti e, al di là della lettera della legge, non potrebbe, pertanto, collocarsi all'interno del regolamento contrattuale né costituirne l'oggetto[877].

Questa tesi, tuttavia, presta il fianco a qualche critica.

Si può, infatti, replicare che il contratto è l'accordo tra le parti, ma che l'accordo non necessariamente interviene su un assetto di interessi determinato in quanto tale a seguito di trattative. Alcune clausole del contratto - o addirittura l'intero contenuto dello stesso - possono essere stabilite unilateralmente da uno solo dei contraenti, come avviene nei c.d. contratti per adesione o di massa[878]. Addirittura l'oggetto del contratto può non essere determinato da nessuna delle parti, quando queste, congiuntamente, deferiscano ad un terzo tale compito[879]. La circostanza dell'effettiva negoziazione non rileva ai fini dell'identificazione dell'oggetto, o se si preferisce, del contenuto del contratto, una volta che un contraente abbia manifestato il consenso a concludere l'accordo alle condizioni propostegli.

È, del resto, evidente che ogni scelta imprenditoriale viene compiuta nell'ambito di un progetto o programma aziendale predisposto per realizzare determinati scopi. Tale programma esiste sempre e sempre accompagna le scelte imprenditoriali, che si presumono, appunto, finalizzate e non casuali. Esso individua i modelli operativi strumentali al raggiungimento degli obiettivi fissati, che possono essere di portata più o meno vasta e richiedere attività più o meno complesse. Il personale è uno dei fattori organizzativi dell'impresa, pertanto anche l'assunzione di un contingente di collaboratori che prestano la propria opera continuativamente nel coordinamento con l'organizzazione del committente può essere funzionale alla strategia imprenditoriale.

Questi collaboratori, dopo il d. lgs. n. 276 del 2003, devono essere assunti con un contratto di lavoro "a progetto". Tale progetto deve essere gestito autonomamente in funzione del risultato, deve essere indicato nel suo contenuto caratterizzante e comporta, nel momento della sua realizzazione, l'estinzione del contratto di cui "costituisce l'oggetto".

Quest'ultimo inciso, tra l'altro, è inserito nel contesto di una disposizione tecnicamente già "chiusa", che potrebbe limitarsi ad affermare: "i contratti di lavoro di cui al presente capo si risolvono alla realizzazione del progetto o del programma o della fase di esso". L'aggiunta "che ne costituisce l'oggetto", proprio perché non indispensabile nell'economia della disposizione, deve essere, pertanto, valorizzata e non sottaciuta.

Il progetto che rileva ai fini della ricostruzione della nuova tipologia contrattuale non sembra, allora, il più generico programma aziendale, nel cui ambito, pure, è stata compiuta la scelta di ricorrere al contratto di collaborazione. Del resto, ciò che può essere gestito autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato non è certo il più generale progetto o programma aziendale. Il collaboratore, infatti, non solo non sarà a conoscenza delle politiche aziendali strategiche, ma anche se lo fosse, non assumerebbe, in merito alle stesse, alcun potere di gestione.

Viceversa, la gestione autonoma non può che riguardare l'esecuzione del singolo contratto di

---

[877] V. PINTO, *op. cit.*, pag. 332; A. PERULLI, *Il lavoro a progetto…*, op. cit., pag. 96, A. MARESCA, *op. cit.*, pag. 9.

[878] Cfr., per tutti, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2001, pag. 881.

[879] Art. 1339 c.c.

collaborazione, cioè una prestazione lavorativa che, nel coordinamento con l'organizzazione del committente, è però finalizzata alla realizzazione di un progetto che specifica il risultato dovuto ai fini dell'adempimento dell'obbligazione.

Pertanto, pur non disconoscendo la rilevanza socio-economica che un più generale progetto o programma aziendale sempre riveste nell'ambito delle scelte imprenditoriali, sembra preferibile la tesi che tende a collocare il progetto e il programma ai quali le collaborazioni coordinate e continuative devono essere riconducibili all'interno del contenuto[880] del contratto di lavoro a progetto[881].

Infatti, il progetto aziendale, quando è di portata così limitata da poter essere realizzato ed esaurito dall'attività di un singolo collaboratore, anche protratta nel tempo (si pensi al primo allestimento di una vetrina, da completare progressivamente mano a mano che la merce da esporre viene consegnata dai fornitori) assume nella sua interezza rilevanza giuridica, perché la sua realizzazione complessiva diventa, in sostanza, l'oggetto dell'obbligazione del collaboratore stesso.

Se, però, è di portata più vasta (si pensi ad un piano di bonifica, o alla progettazione di un traforo), rappresenta soltanto l'occasione di un contratto a progetto in cui il collaboratore si impegna a realizzare qualcosa di molto più modesto. La collaborazione coordinata e continuativa, in questo caso, sarà riconducibile forse solo in senso economico al più ampio programma aziendale, ma ciò che viene dedotto in contratto sarà un più limitato progetto individuale, o, tutt'al più, una fase del progetto aziendale. Fase che, però, assume ugualmente una rilevanza giuridica del tutto autonoma, diventando la sua realizzazione l'oggetto di un contratto, appunto, "a fase", del tutto svincolato dal programma aziendale che, di fatto, lo ha occasionato[882].

Inoltre, se l'art. 61 del d. lgs. n. 276 del 2003, nello stabilire che le collaborazioni coordinate e continuative devono poter essere ricondotte ad un progetto o programma si riferisse ad un più generico piano aziendale, sarebbe difficile individuare dei limiti alla "riconducibilità": un minimo di "verbosa estrosità"[883] basterebbe a cucire un programma aziendale *ad hoc* su ogni tipo di apporto collaborativo.

Ma se l'intenzione del legislatore è disciplinare le autentiche collaborazioni coordinate e continuative eliminando invece quelle fittizie, il progetto diventa il *discrimen* per distinguere le une dalle altre e, come tale, non può che caratterizzare dall'interno i nuovi contratti di collaborazione, costituendone l'oggetto o, se si preferisce, il contenuto.

4. La gestione del progetto "in funzione del risultato".

Un ulteriore elemento definitorio utile alla ricostruzione della fattispecie "lavoro a progetto" è la

---

[880] I termini "oggetto" e "contenuto" del contratto sono stati utilizzati piuttosto liberamente senza preoccuparsi di operare una netta distinzione, in conformità del prevalente orientamento dottrinario che tende a negare una autonoma rilevanza concettuale all'oggetto, assorbendone la nozione in quella, ritenuta più operativa, di contenuto del contratto. Cfr. G. ALPA, voce *Oggetto del negozio giuridico*, *Enc. giur. Treccani*, pag. 3, con ampi riferimenti.

[881] G. SANTORO-PASSARELLI, *Prime chiose…*, op. cit., pag. 30.

[882] Sul punto e sulla nozione di "fase" si rimanda al par. 8.

[883] U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma*, in *Lav. dir.*, 2004, pag. 32.

gestione autonoma da parte del collaboratore, "in funzione del risultato".

Questa espressione, estrapolata letteralmente dal testo dell'art. 61 del d. lgs. n. 276 del 2003, evoca immediatamente una tradizionale categoria di obbligazioni, quelle dette, appunto, "di risultato", generalmente contrapposte alle obbligazioni "di mezzi"[884]. Nelle prime, il compimento di un'opera o di un servizio è preso in considerazione "quale risultato dell'attività", a differenza che nelle seconde, nelle quali viene in rilievo "l'attività in sé, a prescindere dagli esiti e in particolare dalla perfezione di un *opus*"[885].

La distinzione, però, non deve essere enfatizzata[886], poiché "in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo". Inoltre, la tradizionale ricostruzione in base alla quale la bipartizione rileverebbe sul piano della responsabilità[887] non trova conferma nel sistema del Codice civile e non può essere condivisa. Le norme sulla diligenza nell'adempimento (art. 1176 c.c.) e sulla responsabilità per inadempimento (art. 1218 c.c.), infatti, "sono dettate per tutte le obbligazioni e non autorizzano ad individuare materie distinte a cui applicare l'una o l'altra"[888].

Certamente, da un punto di vista materiale, una differenza può essere ravvisata: nelle obbligazioni di risultato, "il risultato dovuto consiste in una realizzazione finale in cui si risolve con piena soddisfazione il fine economico del creditore, l'interesse che ha determinato il sorgere del vincolo; invece, oggetto delle c.d. obbligazioni di mezzi, è soltanto un comportamento qualificato da un certo grado di convenienza ed utilità in ordine a quel fine, la cui realizzazione non è di per sé compresa nell'orbita del rapporto obbligatorio"[889].

Dal punto di vista giuridico, però, all'interno di tale rapporto, anche una prestazione solo strumentale alla produzione dell'*utilitas* finale sperata dal creditore costituisce, di per sé, un risultato integralmente dedotto in obbligazione.

Ciò dimostra, in definitiva, il rilievo puramente empirico-descrittivo della tradizionale bipartizione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Essa può valere quale criterio di identificazione delle prestazioni[890] e riguarda unicamente la natura di un risultato comunque dovuto[891],

---

[884] Sulla distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e obbligazioni "di risultato" cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, pag. 185 e segg.

[885] P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, *Enc. Dir.*, pag. 191.

[886] Si vedano le perplessità manifestate da M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione*, *Nov. dig. it.*, pag. 598, Cfr. anche A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Vol. XXVII, t. 1, Milano, 1996, pag. 177 e segg. e, più recentemente, *Il lavoro a progetto…*, op. cit., pag. 95, laddove l'A. sottolinea "l'insostenibile leggerezza" della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.

[887] Secondo tale tesi, nelle obbligazioni di mezzi si applicherebbe la regola della responsabilità per colpa (il debitore non è responsabile se si è comportato diligentemente), mentre nelle obbligazioni di risultato quella della responsabilità oggettiva (essendo dovuto solo il risultato, la diligenza sarebbe irrilevante). Cfr., in senso critico, M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, *L'obbligazione*, Milano, 1995, pagg. 74.

[888] Le espressioni virgolettate sono di P. RESCIGNO, *op. cit.*, pag. 191.

[889] L. MENGONI, *op. cit.*, pag. 190-191.

[890] M. BIANCA, *op. cit.*, pag. 74.

[891] Cfr. L. MENGONI, *op. cit.*, pag. 190-191. A titolo esemplificativo, l'A. sottolinea come sia frutto di un errore ritenere che la prestazione del lavoratore subordinato sia diretta ad un'attività in sé e non ad un risultato; le *operae*, infatti, sono concepibili esse stesse come bene e, quindi, come fine. In senso analogo, con riferimento ad una prestazione A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, op. cit., pag. 419. Così, per esempio, la prestazione professionale dell'avvocato non è oggetto di un'obbligazione di risultato, se si ha riguardo all'*utilitas*

distinguendo l'attività dell'obbligato vincolata alla realizzazione di uno specifico *opus*, da quella che, invece, prescinde dal compimento di un'opera[892].

Ne consegue, quindi, l'impossibilità di interpretare l'espressione "risultato" in senso tecnico-giuridico per affermare che il collaboratore a progetto debba senz'altro essere tenuto alla realizzazione di un *opus* ulteriore rispetto ad una mera prestazione di attività[893].

Secondo una parte della dottrina, inoltre, il termine utilizzato dal legislatore non indicherebbe neppure "il risultato derivante dall'adempimento dell'obbligazione di lavoro", bensì il "risultato del risultato, o risultato in senso pregnante, cui tende l'organizzazione del committente"[894].

Si potrebbe rilevare che la funzionalizzazione della prestazione del collaboratore al risultato atteso è già assicurata dall'elemento del coordinamento, che altro non esprime se non il collegamento funzionale tra la prestazione predeterminata contrattualmente e, appunto, l'organizzazione del committente[895]. Sembrerebbe, pertanto, più opportuno propendere per un'interpretazione che attribuisca all'inciso "in funzione del risultato", innovativo rispetto ai precedenti requisiti delle collaborazioni coordinate e continuative, un valore autonomamente caratterizzante e non, invece, meramente confermativo di un tradizionale elemento della fattispecie.

In ogni modo, posto che, per quanto detto, il riferimento alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato non consente di assegnare a quest'ultimo termine un univoco significato, deve essere privilegiata l'opzione interpretativa più in linea con la finalità antifraudolenta della nuova normativa.

In presenza di una collaborazione formalmente autonoma, la semplice messa a disposizione delle proprie energie svincolata dalla realizzazione di uno specifico *opus* appare certamente più idonea ad essere inquadrata in un rapporto di lavoro sostanzialmente subordinato rispetto, invece, ad un'attività del collaboratore finalizzata all'esecuzione di un'opera o di un servizio predeterminati. In quest'ultima ipotesi, infatti, residuano minori margini per l'eventuale eterodirezione dell'attività lavorativa.

Tale circostanza, dunque, dovrebbe far propendere per un'opzione interpretativa volta a collocare la prestazione del collaboratore a progetto nell'area della *locatio operis*[896].

---

dell'assoluzione, che non rientra nell'orbita del rapporto obbligatorio, pur costituendo indubbiamente la molla che ha dato origine allo stesso; la difesa in giudizio, invece, costituisce, già di per sé un risultato che il debitore si obbliga a realizzare.

892 A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, op. cit., pag. 419.

893 Nel senso che il collaboratore a progetto non sia tenuto alla realizzazione di uno specifico *opus* si vedano: V. PINTO, *op. cit.*, pag. 327; A. VALLEBONA, *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, pag. 296. Cfr., inoltre, C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, *Relazione* per le Giornate di Studio di Padova, 21-22 maggio 2004, organizzate dall'AIDLASS, sul tema "Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme", pag. 9 del dattiloscritto, in *www.aidlass.org*.

894 A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, op. cit., pagg. 96-97.

895 G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, op. cit., pag. 67. Si veda anche M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, pag. 60.

896 Tale conclusione è condivisa da G. SANTORO-PASSARELLI, *Prime chiose…*, op. cit., pag 31; G. FERRARO, *op. cit.*, pag. 248. Nello stesso senso: G. LEONE, *op. cit.*, pag. 94; A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*

L'obbligazione del collaboratore a progetto presenta, allora, forti punti di contatto con quella del prestatore d'opera, distinguendosi soltanto per l'ulteriore elemento del coordinamento, non presente, invece, nella fattispecie di cui all'arrt. 2222 c.c.

La collocazione del contratto di lavoro a progetto nell'area del lavoro autonomo[897] incide sulla disciplina applicabile in mancanza di una diversa disposizione del d. lgs. n. 276 del 2003.

Così, in coerenza con il dato normativo che prevede l'estinzione dell'obbligazione alla realizzazione del progetto[898], analogamente, se il progetto non si realizza, dovrà essere il collaboratore a dimostrare che la mancata realizzazione non deriva da una causa a lui imputabile. Solo nei limiti in cui riesca a fornire detta prova egli sarà esonerato dalla responsabilità per inadempimento e, anzi, ai sensi dell'art. 2228 c.c., avrà comunque diritto ad un compenso in relazione all'utilità della parte di opera eventualmente compiuta.

Si potrebbe ribattere che, comunque, pur in presenza di una prestazione di mera attività, sarebbero le concrete modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, in forma coordinata e non subordinata, a distinguere le collaborazioni genuine da quelle simulate.

Una simile argomentazione, tuttavia, finirebbe per svilire decisamente l'importanza di un intervento riformatore che non si limita ad estendere qualche tutela ai collaboratori ma mira ad incidere anche e soprattutto sulla fattispecie negoziale, attraverso la tipizzazione del contratto di lavoro a progetto.

Al progetto, infatti, non può essere attribuita la rilevanza esclusivamente formale di mera esplicitazione delle modalità esecutive della prestazione del collaboratore[899], modalità che, tra l'altro, possono essere individuate in una diversa clausola contrattuale (art. 62, lett. *d*). Se il progetto costituisce l'oggetto del contratto e connota la nuova tipologia contrattuale da un punto di vista sostanziale, esso serve soprattutto a "prevedere e stabilire le caratteristiche dell'*opus* o del servizio" che il collaboratore si impegna a realizzare[900].

5. Durata del contratto di lavoro a progetto e continuità della collaborazione.

Ulteriori elementi utili ai fini della ricostruzione della fattispecie "lavoro a progetto" possono essere desunti dall'analisi della rilevanza giuridica del tempo rispetto alla prestazione lavorativa del collaboratore.

Può essere utile, infatti, capire se il contratto di lavoro a progetto possa essere considerato o meno un contratto di durata in senso tecnico[901].

---

[897] In tal senso M. NAPOLI, *op. cit.*, pag. 21; G. SANTORO-PASSARELLI, *Prime chiose…*, op. cit., pag. 30; G. LEONE, *op. cit.*, pag. 96; A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*, G. GRAMICCIA, *op. cit.*, pag. 21.

[898] Cfr. l'art. 67, primo comma, del d. lgs. n. 276 del 2003.

[899] Tale affermazione, tra l'altro, risulta confermata dalla disciplina di cui all'art. 69 del d. lgs. n. 276 del 2003. Sul punto si rinvia al par. 9.

[900] G. SANTORO-PASSARELLI, *Prime chiose…*, op. cit., pag. 31.

[901] Sebbene l'espressione "contratti di durata" sia largamente utilizzata (cfr. anche P. RESCIGNO, *op. cit.*, par. 3.5.2) occorre precisare che, "in senso proprio non è il contratto ma il rapporto che è di durata". In tal senso G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm*, 1943, I, pag. 145.

Come è noto, il tempo può rivestire diverse funzioni ai fini del regolamento contrattuale: può corrispondere alla soddisfazione di un bisogno del creditore in un determinato momento, e, in tal caso, l'adempimento dell'obbligazione si esaurisce *uno actu*, indipendentemente dall'eventuale prolungarsi dell'esecuzione della prestazione da parte del debitore, o può corrispondere alla soddisfazione continuativa di un bisogno durevole del creditore, sino ad un determinato momento.

Mentre nel primo caso il tempo è subito dalle parti ed è commisurato alla prestazione, nel secondo, invece, è la prestazione ad essere individuata dal tempo[902]. Solo in quest'ultima ipotesi si è in presenza di un contratto di durata in senso tecnico.

Le tradizionali collaborazioni coordinate e continuative, secondo l'interpretazione più rigorosa, dovevano essere considerate veri e propri contratti di durata, perché l'art. 409 c.p.c. non sembra riferibile al contratto d'opera, né ad esecuzione prolungata né, tantomeno, ad esecuzione istantanea[903].

Altra parte della dottrina, tuttavia, ha anche optato per una interpretazione più elastica, volta a ricomprendere nell'area delle collaborazioni coordinate e continuative anche contratti tecnicamente non di durata ma soltanto ad esecuzione prolungata[904].

Occorre chiedersi, dunque, se tali conclusioni possono essere riproposte anche per il lavoro a progetto, tenendo presente che tale fattispecie, secondo il modello a sommatoria evidenziato in precedenza, presenta indicazioni ulteriori rispetto alla scarna formulazione dell'art. 409 c.p.c.

L'obbligazione di risultato[905] che caratterizza il lavoro a progetto sicuramente può essere dedotta in un contratto ad esecuzione prolungata, caratterizzato dalla soddisfazione istantanea dell'interesse del committente in un determinato momento, indipendentemente dal tempo necessario all'esecuzione della prestazione. L'art. 61, del d. lgs. n. 276 del 2003 stabilisce, tra l'altro, l'irrilevanza del tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa[906].

Il termine indicato nel contratto rileva, in questo caso, come in un comune contratto d'opera, stabilendo il momento in cui il creditore può richiedere l'adempimento (istantaneo) dell'obbligazione, fatta salva la facoltà del collaboratore di adempiere prima[907].

---

[902] G. OPPO, *op. cit.*, pag. 149 e segg. e pag. 172.

[903] G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, op. cit., pag. 61.

[904] M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, pag. 61.

[905] Si utilizza d'ora in poi tale espressione nel senso empirico-descrittivo evidenziato nel par. 4.

[906] Cfr. M. MAGNANI – S. SPATARO, *op. cit.*, pag. 4. Secondo tali A., infatti, l'inciso "indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa" non è altro che un corollario del riferimento al risultato. Si veda anche M. PEDRAZZOLI, *Commento…*, op. cit., pag. 48 del datt., secondo il quale l'inciso "serve a rendere, ancora una volta, la dimensione del risultato".

[907] Cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Prime chiose…*, op. cit., pag. 37. Il termine, in questo caso, opererebbe a favore del prestatore di lavoro, in coerenza con l'art. 67, primo comma, del d. lgs. n. 276 del 2003, in base al quale il contratto si risolve al momento della realizzazione del progetto, del programma o della fase che ne costituisce l'oggetto. Si veda, però, la diversa ricostruzione di F. LUNARDON, *Lavoro a progetto e lavoro occasionale*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, vol. IV, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali – Certificazione dei rapporti di lavoro*, a cura di P. BELLOCCHI, F. LUNARDON e V. SPEZIALE, pag. 34. Quest'ultimo A. prospetta un termine indicativo non della durata massima ma di una durata minima garantita, con esclusione della facoltà di recesso *ante tempus* per entrambe le parti.

Non sembra escluso, però, che il lavoro a progetto possa integrare anche un contratto di durata in senso tecnico. Tale conclusione non è inficiata né dall'art. 62, lett. *a*, del d. lgs. n. 276 del 2003, né dalla qualificazione dell'obbligazione del collaboratore in termini di risultato.

Come sottolineato da autorevole dottrina, infatti, "la durata del vincolo non qualifica ancora la funzione del tempo nei riguardi dello svolgimento, del modo di esecuzione del rapporto, e quindi dell'attuazione degli interessi contrattuali"[908] e nei contratti di durata può essere anche stabilito un termine finale[909].

Inoltre, un contratto di durata può anche prevedere un'obbligazione di risultato, quando, per esempio, il prestatore di lavoro si obbliga al compimento di più "*opera*" o servizi[910]. E' il caso dei c.d. contratti ad esecuzione periodica, per i quali effettivamente la prestazione è determinata in funzione del tempo: l'interesse del committente è duraturo ed è soddisfatto per tutta la durata del contratto non dall'esecuzione del singolo *opus*, ma dalla ripetizione di più *opera*. Tali *opera* hanno ciascuno una propria individualità e possono anche essere di entità diversa, ma la ripetizione determina la prestazione in funzione del tempo e rende il rapporto "di durata" in senso tecnico, indipendentemente dalla natura della prestazione che si ripete e anche quando si tratti della prestazione di un determinato risultato di lavoro[911].

Sebbene, a prima vista, la determinazione della prestazione in funzione del tempo sembri incompatibile con l'irrilevanza del tempo impiegato per l'esecuzione della stessa, in realtà, quest'ultimo riferimento attiene alla qualificazione dell'obbligazione del lavoratore a progetto in termini di risultato e riguarda l'esecuzione del singolo *opus*.

Chiarito, però, che anche un contratto di durata può prevedere un'obbligazione di risultato, quel riferimento appare del tutto spiegabile anche rispetto ai contratti ad esecuzione periodica. Infatti, se si pensa, per esempio, a quegli appalti (di servizi e di manutenzione) propriamente ad esecuzione periodica, o al contratto di somministrazione, all'interno di ciascun periodo di esecuzione la soddisfazione dell'interesse del committente è ancora istantanea[912]. È nell'ambito del complessivo programma negoziale che, però, quelle stesse prestazioni, distinte ed autonome in ciascun periodo di esecuzione, vengono proiettate nel tempo per soddisfare un interesse periodico o continuativo[913]. L'apposizione del termine, in questo caso, attiene perciò alla durata del vincolo contrattuale, in previsione di un interesse che permane nel tempo.

In conclusione, muovendo da un'interpretazione elastica del requisito della continuità, sembra possibile affermare che il contratto di lavoro a progetto possa essere, a seconda dei casi, sia un contratto ad esecuzione prolungata, sia un contratto di durata[914]. Nella prima ipotesi, l'interesse

---

908 G. OPPO, *op. cit.*, pag. 155.

909 P. RESCIGNO, *op. cit.*, pag. 27.

910 G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, op. cit., pag. 62.

911 G. OPPO, *op. cit.*, pag. 174.

912 Cfr. D. RUBINO, voce *Appalto privato*, in *Nov. dig. It.*, pag. 693.

913 Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, pag. 1104.

914 G. SANTORO-PASSARELLI, *Prime chiose…*, op. cit., pagg. 31-32 e, spec., pag. 38. L'idea che del lavoro a progetto come contratto di durata è condivisa anche da G. PROIA, *op. cit.*, pag. 672.

del committente è soddisfatto istantaneamente alla realizzazione di un'unica opera, la cui esecuzione richiede però un determinato periodo di tempo; nella seconda il contratto è funzionale alla soddisfazione di un bisogno durevole del committente, mediante la ripetizione periodica del medesimo *opus*, o attraverso "l'esecuzione di più *opera* o servizi collegati da un nesso temporale"[915].

6. La rilevanza del coordinamento con l'organizzazione del committente.

Ai fini della ricostruzione della fattispecie "lavoro a progetto" è opportuno soffermarsi brevemente anche sull'elemento del coordinamento. A differenza della prevalente personalità, infatti, tale elemento distingue la prestazione del collaboratore a progetto tanto da quella del lavoratore subordinato, quanto da quella del prestatore d'opera[916].

Come già accennato, il coordinamento evidenzia il collegamento funzionale tra la prestazione predeterminata contrattualmente e l'organizzazione del committente.

Tale collegamento funzionale si attua diversamente rispetto al rapporto di lavoro subordinato, dove pure un'organizzazione è realizzata dal potere direttivo.

Infatti, mentre il potere direttivo consente al datore di lavoro tanto di individuare di volta in volta il contenuto dell'obbligazione di lavorare quanto di modificare unilateralmente le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, il potere di coordinamento incide soltanto su questo secondo aspetto. Il lavoratore coordinato presta la propria attività in vista della realizzazione di un programma definito consensualmente e cristallizzato all'atto della conclusione del contratto; il committente può solo concorrere a determinare le modalità di esecuzione di una prestazione predeterminata, coordinandola, appunto, con le proprie esigenze economico-produttive[917].

Conseguentemente, il lavoratore coordinato deve concordare con il committente le modalità di esecuzione della prestazione[918], a differenza del prestatore d'opera, che si obbliga soltanto ad osservare le condizioni pattuite, organizzando autonomamente il proprio lavoro. Eventuali ingerenze del committente circa le modalità di realizzazione dell'opera, infatti, potrebbero mettere a repentaglio l'esecuzione della stessa "a regola d'arte"[919].

In tema di coordinamento, la disciplina del lavoro a progetto non muta sostanzialmente il quadro di riferimento. L'art. 62 lett. *d* del d. lgs. n. 276 del 2003 aggiunge soltanto l'obbligo di esplicitare per iscritto le forme di coordinamento in merito all'esecuzione, anche temporale, della prestazione lavorativa.

Tale obbligo, in linea con la finalità antifraudolenta della nuova disciplina, è diretto alla cristallizzazione delle modalità di esecuzione della prestazione nel regolamento contrattuale, per evitare che una eventuale genericità o indeterminatezza delle stesse finisca per sfociare

---

915 G. SANTORO-PASSARELLI, *Prime chiose…*, op. cit., pag. 31; M. MISCIONE, *op. cit.*, pag. 820.

916 Cfr. M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. lav.*, 1998, I., pag. 203 e segg.; spec. pag. 208-209.

917 M. PERSIANI, *op. cit.*, pag. 208.

918 G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Torino, 2002, pag. 250.

919 Art. 2224 c.c.

nell'assoggettamento del collaboratore al potere direttivo del committente, alla stregua di un lavoratore subordinato[920].

Tuttavia, se a volte può essere difficile distinguere tra subordinazione ed autonomia, a maggior ragione può essere difficoltoso stabilire fino a che punto determinate modalità di coordinamento siano idonee a compromettere la gestione autonoma del progetto da parte del collaboratore. In tale ottica, non dovrebbe ammettersi, per esempio, che forme di coordinamento temporali possano arrivare a definire un vero e proprio orario di lavoro per il collaboratore a progetto[921], perché la continuità della disponibilità del collaboratore è incompatibile con una gestione effettivamente autonoma, mentre invece potrebbe ammettersi la delimitazione di una fascia oraria nell'ambito della quale il collaboratore possa determinare il momento di esecuzione della propria prestazione.

7. L'individuazione della fattispecie "lavoro a progetto" in termini restrittivi rispetto all'area delle tradizionali collaborazioni coordinate e continuative.

In attesa dei primi interventi giurisprudenziali, alla luce degli elementi sopra indicati e delle scelte interpretative in base alle quali sono stati ricavati, sembra possibile delineare la fattispecie "lavoro a progetto".

Il collaboratore a progetto si obbliga sempre alla realizzazione di uno specifico *opus*, nell'ambito di un rapporto, in ogni caso a termine, che può essere ad esecuzione prolungata o, in senso tecnico, di durata.

Nella prima ipotesi, il collaboratore si impegna a portare a termine un'opera o un servizio che soddisfano istantaneamente l'interesse del committente nel momento in cui sono completati, anche se per la loro realizzazione è necessario un certo periodo di tempo.

Al collaboratore a progetto, comunque, non potrà essere affidata l'esecuzione di qualsiasi opera o servizio la cui realizzazione si prolunghi nel tempo: dovrà sempre trattarsi di un'opera o di un servizio suscettibili di essere eseguiti mediante una prestazione lavorativa prevalentemente personale.

Prestazioni d'opera la cui esecuzione non si prolunghi nel tempo, o che non siano prevalentemente personali, o che difettino del requisito del coordinamento con l'organizzazione del committente, esulano dall'area del lavoro a progetto. Esse potranno ricadere, a seconda dei casi, nell'area del contratto d'opera o del contratto d'appalto.

Nella seconda ipotesi, quando il lavoro a progetto integra un contratto di durata in senso tecnico, sempre caratterizzato da un'obbligazione di risultato da parte del collaboratore, la prestazione lavorativa può consistere nel compimento periodico della stessa opera o del medesimo sevizio, o nello svolgimento di opere e servizi diversi ma temporalmente collegati, funzionali alla soddisfazione di un bisogno durevole del committente, per il periodo fissato nel contratto.

Anche in questo caso, la prestazione lavorativa finalizzata alla realizzazione dei singoli risultati produttivi deve essere prevalentemente personale e deve svolgersi nel coordinamento con

---

[920] G. PROIA, *op. cit.*, pag. 668.

[921] *Contra* F. LUNARDON, *op. cit.*, pag. 31.

l'organizzazione del committente, altrimenti esula dall'area del lavoro a progetto per ricadere, se del caso, in quella della somministrazione o dell'appalto di sevizi.

Ancora, non ricadono nell'area del lavoro a progetto le collaborazioni coordinate e continuative che non prevedano un'obbligazione di risultato da parte del collaboratore.

Per queste collaborazioni si aprono due alternative: o rientrano in una delle fattispecie escluse dall'ambito di applicazione della nuova normativa[922], o saranno espunte dall'ordinamento, ai sensi dell'art. 86, primo comma, del d. lgs. n. 276 del 2003.

La fattispecie "lavoro a progetto", dunque, appare più restrittiva rispetto all'area della parasubordinazione delimitata dall'art. 409 c.c.[923].

8. Le nozioni di progetto, programma e fase.

Delineata la fattispecie "lavoro a progetto" nei termini di cui sopra, l'ulteriore individuazione di apposite nozioni di progetto, programma o fase non riveste una particolare utilità pratica.

Il progetto e il programma, infatti, in ogni caso, individuano preventivamente le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa ma, soprattutto, il risultato che il collaboratore si impegna a realizzare[924]. Pertanto, sebbene, a volte, possa risultare difficile distinguere tra attività e risultato, individuate correttamente le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa e il risultato che la caratterizza, l'esigenza nominalistica di distinguere tra progetto, programma o fase risulta superata.

Appurato che il contratto a progetto è un contratto di lavoro autonomo, a termine, caratterizzato da un'obbligazione di risultato, che può essere di durata o ad esecuzione prolungata, eseguito dal collaboratore in coordinamento con l'organizzazione del committente, un'ulteriore distinzione tra progetto, programma e fase sarebbe giuridicamente irrilevante, in quanto non muterebbe la fattispecie già delineata.

Ciò non significa, però, che non possa abbozzarsi una differenziazione, quantomeno a fini puramente descrittivi.

Secondo una parte della dottrina, infatti, poiché il legislatore, nella disposizione definitoria di cui all'art. 61 del d. lgs. n. 276 del 2003, ha utilizzato due termini distinti, l'interprete dovrebbe tener conto di questa circostanza[925], senza rifugiarsi nella più comoda soluzione di considerare "progetto" e "programma" come sinonimi[926].

Occorre, allora, verificare se vi sia spazio per un recupero delle diverse nozioni di progetto e programma proposte dai dizionari, a fronte di una prestazione lavorativa del collaboratore a progetto

---

922 Collaborazioni alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, collaborazioni che rientrano nel lavoro occasionale e le altre esclusioni particolari di cui all'art. 61, comma 2, del d. lgs. n. 276 del 2003.

923 Cfr. F. LISO, *op. cit.*, pag. 27.

924 G. PROIA, *op. cit.*, pag. 668; G. FERRARO, *op. cit.* pag. 254; F. LUNARDON, *op. cit.*, pag. 21 e segg. Si veda, però, G. SANTORO-PASSARELLI, *Prime chiose…*, op. cit., pagg. 30-31, secondo cui il progetto prevede e stabilisce le caratteristiche dell'*opus* o del servizio, ma non anche le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, che sono oggetto dell'apposita clausola contrattuale in merito alle forme di coordinamento (art. 63, lett. *d*, del d. lgs. n. 276 del 2003).

925 M. MAGNANI – S. SPATARO, *op. cit.*, pag. 4.

926 G. SANTORO-PASSARELLI, *Prime chiose…*, op. cit., pag. 34.

volta alla realizzazione di un'opera o di un servizio specifico, oppure alla ripetizione periodica del medesimo risultato produttivo o, ancora, all'esecuzione di opere diverse collegate temporalmente.

Se si sceglie di attribuire ai termini "progetto" e "programma" significati diversi, il progetto presuppone un'ideazione finalizzata all'esecuzione di un lavoro, mentre il programma consiste nell'esposizione ordinata e particolareggiata di ciò che si vuole o si deve fare.

Questi diversi significati dei termini "progetto" e "programma" sembrano, in effetti, del tutto compatibili con la ricostruzione della fattispecie "lavoro a progetto" qui proposta e possono, pertanto, essere recuperati.

Posto che il progetto consiste in un'ideazione finalizzata all'esecuzione di un lavoro, nella nostra ricostruzione un unico *opus* viene in considerazione solo nelle ipotesi in cui il lavoro a progetto integra un contratto ad esecuzione prolungata. Quando si tratta di un contratto di durata in senso tecnico, infatti, rileva la ripetizione periodica dello stesso risultato produttivo o il collegamento temporale tra diverse opere o servizi.

Se si sceglie di attribuire un diverso significato ai termini "progetto" e "programma", sembra, pertanto calzante qualificare "a progetto" i contratti ad esecuzione prolungata, in base ai quali il lavoratore si obbliga alla realizzazione di un *opus*.

Ai sensi dell'art. 61 del d. lgs. n. 276 del 2003, infatti, il progetto deve essere specifico, e la specificità ben si coniuga con la fase ideativiva che precede la realizzazione dell'opera. Un'apposita progettazione presuppone, evidentemente, un risultato non ottenibile servendosi di soluzioni standardizzate.

Poiché, invece, il programma consiste, sostanzialmente, in una lista ordinata di cose da fare, tale nozione meglio si adatta a descrivere l'obbligazione del collaboratore quando il rapporto è di durata in senso tecnico, quando, cioè, ciò che rileva non è la realizzazione di un *opus*, quanto piuttosto la ripetizione periodica di quell'*opus* o il collegamento temporale tra *opera* diversi.

In conclusione, attribuendo diversi significati ai termini "progetto" e "programma", il lavoro a progetto potrebbe individuare un contratto ad esecuzione prolungata, mentre il lavoro a programma un contratto tecnicamente di durata.

Chiarito cosa possa intendersi per lavoro a progetto e per lavoro a programma, restano ancora due punti da esaminare: in primo luogo, occorre domandarsi se il progetto/programma debba essere eccezionale rispetto alla normale attività del committente o possa anche riguardare risultati produttivi ed esigenze ricorrenti; secondo, poi, deve essere appurata la rilevanza della fase, rispetto al progetto o programma.

Con riferimento alla prima problematica, è stato sostenuto che la prestazione lavorativa diretta a realizzare il progetto non dovrebbe rientrare tra quelle normalmente svolte dai dipendenti del committente[927].

---

[927] M. MISCIONE, *op. cit.*, pag. 818.

Si potrebbe, però, obiettare che nella legge non esiste nessun dato testuale in tal senso, e che l'eccezionalità del progetto non può essere desunta, in mancanza di altri elementi, dal solo carattere della specificità, perché "specifico" non significa anche necessariamente "eccezionale"[928].

Il progetto è specifico quando individua chiaramente il risultato produttivo da realizzare in tutte le sue caratteristiche, ma ciò non consente anche di affermare che l'opera realizzata debba essere di natura diversa dai normali risultati produttivi dell'azienda committente[929]. È certamente vero che la diversa conclusione, comprensibilmente dettata da ragioni di prudenza[930], appare in linea con la finalità antifraudolenta del d. lgs. n. 276 del 2003, ma occorre anche rilevare che i rischi di elusione connessi alle tradizionali collaborazioni coordinate e continuative sono, invece, destinati a diminuire quando si fa riferimento al contratto di lavoro a progetto. Questo, infatti, al contrario di quelle, richiede precisi requisiti formali e sostanziali, tra l'altro assistiti da un apparato sanzionatorio molto incisivo[931]. Se, pertanto, il committente riesce legittimamente ad avvalersi di un numero di collaboratori a progetto esorbitante rispetto a quello dei propri dipendenti ciò non deve far gridare allo scandalo, posto che anche l'incremento del tasso di flessibilità tipologica è uno degli obiettivi della nuova normativa[932] e le esigenze antifraudolente appaiono, comunque, sufficientemente garantite.

Passando alla seconda problematica, oggetto del contratto di cui all'art. 61 del d. lgs. n. 276 del 2003 può essere anche una "fase", sebbene non sia chiarissimo se di lavoro, del progetto o del programma.

Anche in questo caso valgono le considerazioni svolte in precedenza a proposito dei termini "progetto" e "programma". Nella ricostruzione della fattispecie "lavoro a progetto" qui proposta, non appare strettamente necessario chiarire cosa debba intendersi per fase; se, però, si vuole valorizzare l'uso di un termine diverso da parte del legislatore, la fase sembra poter essere riferita solo al programma e non anche al progetto.

Non bisogna dimenticare, infatti, che, in ogni caso, il collaboratore a progetto si impegna a realizzare uno o più *opera*. Parlare di fasi, dunque, ha senso solo in quelle ipotesi in cui, nell'ambito di una serie di risultati produttivi, sia possibile isolarne uno in particolare.

Tale operazione, però, nella pratica, può presentare notevoli margini di incertezza: se è vero che qualsiasi processo produttivo può essere scomposto in fasi, è anche vero che non sempre alle singole fasi è possibile associare un risultato ben preciso. D'altro canto, svincolare la fase dal risultato significherebbe consentire un contratto di collaborazione caratterizzato da un'obbligazione di mera attività, in aperto contrasto con la finalità antifraudolenta della nuova normativa.

Questa è la ragione che spinge a dare rilevanza alla fase con esclusivo riferimento alle ipotesi in cui vengono in rilievo più *opera* ripetuti o collegati temporalmente, cioè quando il contratto è di durata in senso tecnico o, se si sposa la classificazione di comodo prima prospettata, si tratta di un lavoro "a programma".

---

928 In tal senso anche la Circolare ministeriale cit., par. II, in base alla quale "il progetto può essere connesso all'attività principale o accessoria dell'impresa". Cfr., inoltre, A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*

929 G. PROIA, *op. cit.*, pag. 669; F. LUNARDON, *op. cit.*, pag. 25.

930 M. MISCIONE, *op. cit.*, pag. 818.

931 Cfr. L'art. 69, primo comma, del d. lgs. n. 276 del 2003.

932 R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, pag. 12.

È evidente che, una volta ripartito il programma in fasi, la singola fase diventa l'oggetto di un contratto che non è più di durata, ma diventa al massimo ad esecuzione prolungata, essendo l'interesse del committente soddisfatto istantaneamente nel momento della realizzazione dell'*opus* corrispondente alla fase.

Si potrebbe obiettare che, in tale ottica, il contratto "a fase" non si differenzierebbe dal contratto "a progetto", anch'esso ricostruito come contratto ad esecuzione prolungata caratterizzato da un'obbligazione di risultato.

In effetti le due fattispecie diventano identiche per quanto riguarda la struttura dell'obbligazione, ma differiscono per le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa e, in particolare, per le modalità di coordinamento. Nel contratto "a fase", infatti, le forme di coordinamento dovranno essere più complesse, poiché l'esecuzione di una fase dovrà essere logicamente e temporalmente coordinata con quella delle altre fasi del programma originario, e tutte insieme dovranno essere coordinate a loro volta con l'organizzazione del committente.

È agevole notare che, in questo caso, la distinzione tra contratto "a progetto" e contratto "a fase" non si basa su elementi giuridici ma su circostanze di fatto, ma ciò conferma il carattere descrittivo rivestito, nella ricostruzione qui proposta, della differenziazione semantica dei termini "progetto", "programma" e "fase".

Sempre in tale ottica, si dovrebbe, invece, sostenere che il progetto, in quanto finalizzato alla realizzazione di un singolo *opus*, non possa essere scomposto in fasi giuridicamente rilevanti ed idonee a diventare oggetto singolarmente di un contratto "a fase". Infatti, il risultato dedotto nel contratto a progetto, "avendo un inizio e necessariamente una fine di esecuzione, ha una propria utilità, indivisibilità, unità e identità" [933].

È, per altro, evidente che, nella pratica, potrà essere difficile individuare con certezza le singole fasi in funzione del risultato, ma l'avallo di interpretazioni troppo elastiche del termine "fase" rischia di costituire il grimaldello per forzare la finalità antifraudolenta della nuova normativa.

9. L'espunzione dall'ordinamento delle residue collaborazioni coordinate e continuative.

Le collaborazioni coordinate e continuative che non rientrano nell'area del lavoro a progetto né in una delle fattispecie escluse dall'ambito di applicazione della relativa disciplina non potranno ricadere nell'area di nessun altro contratto, per il combinato disposto degli artt. 61, 69, primo comma, e 86, primo comma, del d. lgs. n. 276 del 2003. Esse devono ritenersi, dunque, espunte dall'ordinamento.

Tale conclusione, sicuramente molto *tranchant*, appare inequivocabilmente coerente con la finalità antielusiva della nuova normativa e, come si vedrà, nonostante i dubbi da più parti manifestati, non si pone in manifesto contrasto con la Costituzione.

Procedendo con ordine, occorre rilevare immediatamente che l'art. 61 e l'art. 86 del d. lgs. n. 276 del 2003 utilizzano non a caso due espressioni diverse: la prima disposizione fa riferimento a collaborazioni che "devono essere riconducibili" ad uno o più progetti; la seconda a collaborazioni che "non possono essere ricondotte" ad un progetto.

---

[933] G. SANTORO-PASSARELLI, *Prime chiose…*, op. cit., pag. 32.

L'espressione "devono essere ricondonducibili", significa letteralmente "devono poter essere ricondotte". L'art. 61, dunque, presuppone che determinate collaborazioni non possano essere ricondotte a progetto e, pertanto, opera da filtro, separando alcune collaborazioni, quelle che per le loro caratteristiche possono rientrare nell'area del lavoro a progetto, da quelle che, al contrario, sono destinate a rimanerne al di fuori.

Parallelamente, l'art. 86 ha ad oggetto proprio quest'ultime, che sono destinate a cessare nei termini previsti dalla legge.

Si tratta di quelle collaborazioni che, per quanto detto, non soddisfano i requisiti previsti dall'art. 61 del d. lgs. n. 276 del 2003: principalmente l'obbligazione di risultato, la gestione in autonomia del progetto (oggetto del contratto) da parte del collaboratore, il coordinamento con l'organizzazione del committente, la prevalente personalità della prestazione e, deve aggiungersi, la durata determinata o determinabile del vincolo contrattuale[934].

Infatti, il riferimento alla mancata "individuazione" del progetto, di cui all'art. 69 del d. lgs. n. 276 del 2003, non va inteso in senso meramente formale[935], ma assume il significato sostanziale di assenza degli elementi caratterizzanti della nuova fattispecie contrattuale.[936]. L'allegazione al contratto di un foglio indicato dalle parti come "progetto" non sarebbe sufficiente ai fini della "individuazione" né, tantomeno, dell' "esistenza" del progetto stesso, se la collaborazione non soddisfa i requisiti previsti dalla nuova normativa[937].

Le collaborazioni che non presentano detti requisiti sono considerate dal legislatore socialmente pericolose, in quanto altamente idonee a simulare veri e propri rapporti di lavoro subordinato eludendo l'applicazione della relativa disciplina protettiva.

In piena coerenza con la sua finalità antifraudolenta, perciò, la nuova normativa si preoccupa non solo di far cessare *ex lege* quelle attualmente in corso di svolgimento, ma di impedire all'autonomia privata di ripristinare in futuro collaborazioni con le stesse caratteristiche: eventualità sanzionata, infatti, dall'art. 69, primo comma, del d. lgs. n. 276 del 2003.

Tale disposizione rappresenta la pietra angolare dell'intero progetto di riforma[938] e, interpretata rigorosamente, sembra attribuire, *ex tunc*, ai contratti a progetto "senza progetto" il valore legale tipico[939] di contratti di lavoro subordinato, non ammettendo eventuali prove contrarie da parte del datore di lavoro[940].

---

934 Per quest'ultimo elemento cfr. l'62, lett. *a*, del d. lgs. n. 276 del 2003.

935 Tanto più l'art. 62 del d. lgs. n. 276 del 2003 sembra richiedere solo "ai fini della prova" la stipulazione del contratto in forma scritta.

936 F. LUNARDON. *op. cit*., pag. 73.

937 Cfr. A. VISCOMI, *op. cit.*, pagg. 328-329; F. LUNARDON, *op. cit.*, pag. 74 e R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, pagg. 15-16.

938 F. LUNARDON, *op. cit*., pag. 71.

939 Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, pag. 142. L'A. puntualizza che non può parlarsi tecnicamente di presunzione laddove la legge non ammette la prova dell'inesistenza del negozio presunto.

940 Sposano tale tesi, seppur sottolineandone l'incisività degli effetti sull'autonomia privata, V. PINTO, *op. cit.*, pag. 328; M. MAGNANI – S. SPATARO, *op. cit.*, pag. 7; R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, pagg. 19-20; G. SANTORO PASSARELLI, *Prime chiose…*, op. cit., pag. 41; G. LEONE, *op. cit.*, pag. 96.

In caso di controversia, dunque, il dato sostanziale della mancata individuazione di un progetto, non consentirebbe al committente di provare che, comunque, il rapporto si è svolto in forma autonoma (per esempio, come prestazione d'opera *ex* art. 2222 c.c.), per l'automatica qualificazione in termini di lavoro subordinato imposta dall'art. 69, primo comma, del d. lgs. n. 276 del 2003.

È chiaro che tale effetto può operare più incisivamente se il progetto attiene al contenuto del contratto e se l'obbligazione del collaboratore è vincolata all'esecuzione di un *opus* specifico. Una mera obbligazione di attività, agganciata ad un progetto aziendale esterno, potrebbe sempre essere individuata e renderebbe inoperante la disposizione[941].

Questa considerazione, dunque, depone ancora una volta a favore di un'interpretazione rigorosa e restrittiva della fattispecie "lavoro a progetto", al fine di rafforzare il contenuto precettivo dell'art. 69, primo comma, del d. lgs. n. 276 del 2003, in coerenza con la finalità antifraudolenta della nuova normativa.

La ricostruzione che determina l'automatica qualificazione della collaborazione senza progetto in termini di lavoro subordinato indipendentemente da ogni prova contraria, tuttavia, solleva qualche dubbio di legittimità costituzionale, in quanto assoggetterebbe rapporti di collaborazione coordinata e continuativa effettivamente autonomi, pur se instaurati senza l'individuazione di un progetto, alla stessa disciplina del lavoro subordinato.

Sarebbe pertanto espunta dall'ordinamento ogni forma di lavoro autonomo parasubordinato diversa dal lavoro a progetto, in violazione degli art. 3, 4, 35 e 41 Cost. [942].

Alcuni autori[943], inoltre, prospettano un ulteriore profilo di incostituzionalità nella presunta violazione del c.d. principio di indisponibilità del tipo legale[944] da parte del legislatore, già sancito dalla Corte costituzionale[945] con riferimento ad alcuni rapporti di lavoro, sostanzialmente subordinati, che erano stati, invece, qualificati, *ex lege*, come autonomi.

Secondo tale tesi, "come non può essere qualificato per legge autonomo un rapporto di lavoro sostanzialmente subordinato, così il legislatore non può qualificare subordinato un rapporto in effetti autonomo seppur a tempo indeterminato e sganciato da un progetto o programma"[946].

Entrambe le censure prospettate, tuttavia, possono essere superate.

Conviene esaminare immediatamente la seconda, perché per la prima il discorso sarà più complesso.

---

941 Cfr. nota 33.

942 A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Padova, 2004, pag. 21.

943 A. PERULLI, *Il lavoro a progetto…*, op. cit., pagg. 112-113; A. VALLEBONA, *La riforma…*, op. cit., pag. 21; F. LUNARDON, *op. cit.*, pag. 72. Cfr. anche R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, pag. 20, sebbene per quest'ultimo Autore l'incostituzionalità per violazione del principio di indisponibilità del tipo sia, nel caso concreto, più dubbia rispetto alle ipotesi già affrontate dalla Corte costituzionale.

944 Sul tema della indisponibilità del tipo si vedano: M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, pagg. 63 e segg.; R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, pagg. 95 e segg.

945 Cfr. Corte cost. nn. 121 del 1993, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2432 e 115 del 1994, *ibidem*, 1994, I, c. 2656.

946 A. VALLEBONA, *La riforma…*, op. cit., pag. 21.

Con riferimento alla c.d. indisponibilità del tipo legale da parte del legislatore, occorre rilevare che la situazione stigmatizzata dalla Corte costituzionale non appare identica a quella in esame. L'art. 69, primo comma, del d. lgs. n. 276 del 2003, infatti, non mira ad escludere l'applicazione della disciplina protettiva del lavoro subordinato a rapporti che, effettivamente, presentano i requisiti della subordinazione, ma comporta un effetto del tutto opposto, applicando quella disciplina a rapporti non subordinati[947].

Sulla prima censura, invece, è necessario soffermarsi maggiormente.

È vero che la qualificazione legale in termini di rapporti di lavoro subordinato evidenzia una valutazione negativa dell'ordinamento che, nell'area di applicazione della nuova normativa, impedisce all'autonomia privata di fare ulteriormente ricorso a collaborazioni coordinate e continuative prive di determinati requisiti sostanziali, ma la limitazione dell'autonomia privata non comporta automaticamente la violazione degli artt. 35 e 41 Cost.

La libertà di ricorrere a contratti atipici è condizionata, infatti, dalla realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico[948].

In quest'ottica, la mancata individuazione del progetto può essere ritenuta un elemento fortemente compromettente la genuinità dell'assetto di interessi perseguito dalle parti e idoneo a far presumere un'utilizzazione fraudolenta dello schema contrattuale a danno del lavoratore. A fronte di tale considerazione, la limitazione dell'autonomia privata può apparire, dunque, ragionevole.

Se, infatti, al giudice è consentito valutare, *ex post*, l'inopportunità di tutelare giuridicamente un determinato assetto di interessi dedotto in un contratto atipico, a maggior ragione una simile valutazione può essere operata, *ex ante*, dal legislatore, per salvaguardare valori preminenti, altrimenti posti in pericolo[949].

L'art. 69, primo comma, del d. lgs. n. 276, in conclusione, è una norma sanzionatoria[950]. Essa prevede, infatti, "un vero e proprio effetto punitivo per il committente, costringendolo a divenire parte di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, per di più sin dall'instaurazione del rapporto"[951] ma che, per quanto detto, non appare irragionevole[952].

In ogni modo, per evitare anche soltanto il dubbio di illegittimità costituzionale, è stata proposta anche un'altra interpretazione, volta a considerare la qualificazione delle collaborazioni senza

---

947 La circostanza è rilevata espressamente da V. PINTO, *op. cit.*, pag. 329. Cfr. anche G. SANTORO PASSARELLI, *Prime chiose…*, op. cit., pag. 41 e A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*

948 Art. 1322, secondo comma, c.c.

949 Ma se è così, in diritto del lavoro sembra difficile individuare un'esigenza di tutela più pressante di quella volta a contrastare l'elusione della disciplina protettiva del lavoro subordinato.

950 L. DE ANGELIS, *op. cit.*, pag. 2; A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*; G. GRAMICCIA, *op. cit.*, pag. 27.

951 R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, pag. 20.

952 *Contra* A. VALLEBONA, *La riforma…*, op. cit., pag. 22. Secondo l'A. "Neppure la finalità antifraudolenta, diretta ad evitare il mascheramento di rapporti di lavoro subordinato sotto apparenti rapporti di lavoro autonomo parasubordinato, può giustificare il travolgimento e la sostituzione *ex lege* di questi ultimi rapporti quando sono non apparenti, ma veri".

progetto in termini di lavoro subordinato frutto di una presunzione semplice, che ammetterebbe, pertanto, la prova contraria da parte del datore di lavoro[953].

In mancanza dell'individuazione del progetto, pertanto, resterebbe inpregiudicata la possibilità del committente di provare che il rapporto si è svolto, comunque, in forma autonoma. Solo in mancanza di questa ulteriore prova, a carico del committente, si verificherebbe l'effetto la qualificazione legale del rapporto in termini di lavoro subordinato.

L'interpretazione dell'art. 69, primo comma, del d. lgs. n. 276 del 2003 in termini di presunzione semplice, però, non appare suffragata da solide argomentazioni[954], perché presuppone, in definitiva, un'inversione logica tra i due commi dello stesso articolo. Tale inversione logica, però, è seccamente smentita dalla lettera della legge[955].

Il secondo comma, infatti, regolamenta l'ipotesi dello "scollamento" tra il programma negoziale genuinamente a progetto concordato dalle parti e le concrete modalità di esecuzione del contratto. Quando si accerta che il rapporto, genuinamente nato autononomo, si è svolto, in tutto o in parte, in forma subordinata, "esso si trasforma in un rapporto di lavoro subordinato corrispondente alla tipologia negoziale di fatto realizzatasi tra le parti" (quindi anche a termine o *part-time*, non necessariamente a tempo pieno e indeterminato).

Muovendo da questa base normativa, si è detto che l'art. 69 del d. lgs. n. 276 del 2003, anche in mancanza di progetto, imporrebbe prioritariamente un'indagine sull'effettivo svolgimento di un lavoro subordinato, restando libero il committente di provare che invece la prestazione è stata eseguita in forma autonoma[956].

Tale ricostruzione, però, finisce per negare l'autonoma rilevanza del primo comma dell'art. 69, "schiacciandolo sotto la portata normativa del secondo comma"[957]. Essa, inoltre, non spiega cosa accada nel caso in cui dovesse accertarsi che la collaborazione, pur non subordinata, si è svolta in forma "parasubordinata" nel senso tradizionale. In tale ipotesi, infatti, la mancanza del progetto comporterebbe, comunque, la trasformazione di detta collaborazione in un rapporto di lavoro subordinato ai sensi dell'art. 69, primo comma, del d. lgs. n. 276 del 2003. Si potrebbe, altrimenti, optare per la pura e semplice nullità della collaborazione, ma tale alternativa lascerebbe il collaboratore privo di ogni tutela[958].

10. Conclusioni

Le conclusioni tratte dall'analisi appena svolta possono essere schematicamente cos' riassunte:

1. La fattispecie "lavoro a progetto" non appare coincidente con l'area delle tradizionali collaborazioni coordinate e continuative, ma sembra essere più esclusiva, distinguendosi da quest'ultime per la rilevanza sostanziale del progetto, programma o fase.

---

953 In tal senso F. LUNARDON, *op. cit.*, pag. 73. Cfr. anche M. MISCIONE, *op. cit.*, pag. 821-822. Tale interpretazione è fatta propria anche dalla circolare ministeriale. Cfr. circolare cit., par. X.

954 M. MAGNANI – S. SPATARO, *op. cit.*, pag. 7.

955 Cfr. A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*

956 M. MISCIONE, *op. cit.*, pag. 822; F. LUNARDON, *op. cit.*, pag. 74.

957 R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, pag. 20; M. MAGNANI – S. SPATARO, *op. cit.*, pag. 7.

958 M. MISCIONE, *op. cit.*, pag. 822.

2. Il progetto non deve essere inteso come dato estrinseco, alla stregua di un progetto o programma aziendale, ma costituisce l'oggetto del contratto o, se si preferisce, attiene al contenuto del contratto stesso.

3. La prestazione del collaboratore deve essere finalizzata alla realizzazione di uno specifico *opus* (opera o servizio).

4. L'opera o il servizio realizzati non devono necessariamente essere straordinari od eccezionali rispetto al ciclo produttivo del committente ma devono essere specificamente individuati.

5. La prestazione del collaboratore, resa in autonomia, fatta eccezione per le modalità di coordinamento con l'organizzazione del committente, si avvicina a quella del prestatore d'opera. Tale circostanza facilita l'inquadramento della fattispecie nell'area del lavoro autonomo, con tutte le conseguenze in tema di disciplina applicabile.

6. Il contratto a progetto, necessariamente a termine, può essere, a seconda dei casi, sia un contratto di durata in senso tecnico, caratterizzato dalla ripetizione nel tempo del medesimo *opus* o dal collegamento temporale tra *opera* diversi, sia un contratto ad esecuzione prolungata, caratterizzato dalla soddisfazione istantanea dell'interesse del committente alla realizzazione dell'opera o del servizio da parte del collaboratore.

7. Individuati gli elementi sostanziali della fattispecie "lavoro a progetto", l'ulteriore distinzione tra progetto, programma e fase può rilevare soltanto a fini descrittivi. In tale ottica, il termine "progetto" sembra meglio adattarsi alle ipotesi in cui l'opera o il servizio realizzati soddisfano istantaneamente l'interesse del committente. Viceversa, quando il rapporto è di durata in senso tecnico, venendo in rilievo una pluralità di *opera* o servizi in successione temporale, l'uso del termine "programma" appare più calzante. Il programma potrà, poi, eventualmente, essere scomposto in fasi, ma ognuna di queste diventa oggetto di uno specifico contratto, appunto, "a fase".

8. Le collaborazioni coordinate e continuative che non presentano i requisiti sostanziali per poter essere ricondotte ad un progetto/programma e che non rientrano nell'area di non applicazione della nuova normativa sono espunte dall'ordinamento, per il combinato disposto degli art. 61, 86, primo comma, e 69, primo comma, del d. lgs. n. 276 del 2003.

Il recesso nel lavoro a progetto
Tra volontà delle parti e diritto dei contratti*

Umberto Gargiulo

1. Premessa. Il recesso come chiave di lettura del lavoro a progetto 283
2. La fattispecie del lavoro a progetto 283
3. L'estinzione del contratto e il recesso dei contraenti. Un legislatore in controtendenza 287
4. Il recesso per giusta causa. I limiti all'esercizio del recesso "giustificato" 290
5. Il recesso ad *nutum* 292
6. Applicazione dell'art. 2227 c.c. e tutela del prestatore 295

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 26/2004

1. Premessa. Il recesso come chiave di lettura del lavoro a progetto

L'introduzione del lavoro a progetto è stata preceduta e (soprattutto) seguita da un'ampia serie di interventi della dottrina, diretti ad interpretare e ricostruire in chiave sistematica il nuovo istituto disegnato da nove disposizioni (artt. 61-69) del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Attività che si presenta invero poco agevole, non tanto per il fatto che la normativa non consente ancora una verifica operativa, quanto per la tecnica di redazione delle norme stesse, che risultano caratterizzate da un ampio ricorso ad elementi di matrice gergale, poco adatti all'identificazione di una fattispecie contrattuale e in più punti contraddittorie, se raffrontate e lette in una prospettiva di sistema[959].

Si assiste quindi ad un proliferare di letture, ad un dibattito nel quale l'autonomia delle posizioni non è data soltanto dall'individuazione di dati identificativi "nuovi" o dal proporre singolari soluzioni esegetiche, ma anche dalla combinazione degli elementi di qualificazione sinora individuati nell'ambito di un modello ricostruttivo piuttosto che di un altro[960].

L'attività ermeneutica non si semplifica quando - come in questo scritto - si sceglie di esaminare un singolo istituto ed anzi di ricorrere ad esso come chiave di lettura per analizzare le posizioni delle parti nel lavoro a progetto, ponendosi nel solco tracciato da chi[961], in presenza di contratti caratterizzati da un marcato coinvolgimento della persona di uno dei contraenti, ritiene che i modelli di disciplina del recesso rappresentino la cartina di tornasole per verificare il grado di tutela garantito dall'ordinamento: di qui l'esame del recesso come momento cruciale del rapporto, quando le parti tornano a fronteggiarsi, con tutto il loro carico di forza o, per converso, di debolezza.

2. La fattispecie del lavoro a progetto

Un primo compito che tocca all'interprete, anche quando si propone di esaminare solo uno dei tanti nodi problematici della figura, è quello di individuare con esattezza gli elementi costitutivi della fattispecie contrattuale e conseguentemente classificarla tra i rapporti obbligatori, chiarendo innanzitutto se essa vada inquadrata nell'ambito della tradizionale dicotomia autonomia-subordinazione oppure debba essere ricondotta ad un *tertium genus*, al fine codificato.

Determinante risulta la dizione utilizzata dal legislatore al 1° comma dell'art. 61, d.lgs. 276/2003, là dove inserisce il lavoro a progetto[962] tra le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art.

---

959 RUSCIANO M., *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 343, ha rilevato come sarebbe un errore leggere tutto l'ordinamento alla luce della riforma attuata con l'esercizio della delega contenuta nella legge 14 febbraio 2003, n. 30, e non piuttosto tentare di interpretare il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 in coerenza con l'intero ordinamento.

960 Né particolare aiuto viene dalla circolare del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 1 dell'8 gennaio 2004. Il testo diffuso dal Ministero sfugge a quella che dovrebbe essere la sua "vocazione" e aumenta il grado di ambiguità intrinseca della normativa. Riguardo a taluni aspetti si limita a parafrasare il dettato legislativo (se non a riproporlo inutilmente); con riferimento ad altri, particolarmente rilevanti per l'interpretazione della fattispecie e soprattutto per sua ricostruzione sistematica, incorre in non poche contraddizioni.

961 NAPOLI M., *Elogio della stabilità*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 26, 2002, p. 9.

962 L'introduzione del lavoro a progetto è accompagnata da un ampio regime di esclusioni dalla nuova disciplina (art. 61, co. 3, d.lgs. 276/2003).

409, n. 3, c.p.c., aggiungendo la necessaria *riconducibilità* di tali rapporti «a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso».

Il riferimento testuale alla norma del codice di procedura civile determina che per l'individuazione della fattispecie del lavoro a progetto dovranno sussistere tutti gli elementi indicati al n. 3 dell'art. 409 c.p.c.[963]. Si avrà quindi lavoro a progetto solo in presenza di una prestazione che sia prevalentemente personale, autonoma, coordinata con l'organizzazione del committente e continuativa[964]. Orbene, le collaborazioni coordinate e continuative, pur con talune peculiarità, si pongono senza alcun dubbio all'interno del lavoro autonomo, non potendo sul piano giuridico (ma semmai soltanto su quello socio-economico) configurare un autonomo, "terzo" genere al quale ricondurre la prestazione; ne discende che anche il lavoro a progetto risente della qualificazione originaria della figura alla quale è, per legge, connesso[965].

A ciò va aggiunto che il legislatore evidenzia proprio il requisito dell'autonomia[966] là dove dice espressamente che i progetti o programmi sono «gestiti autonomamente dal collaboratore»[967] e la sottolineatura di tale requisito, seppure in linea di principio non necessaria (i rapporti di cui al n. 3 dell'art. 409 c.p.c. non possono che essere riferiti a prestazioni di lavoro autonomo), mostra con chiarezza l'intenzione di evitare qualsivoglia sovrapposizione tra lavoro a progetto e lavoro subordinato.

Sembrerebbe quindi doversi accantonare l'idea, sostenuta in dottrina anche successivamente all'emanazione del decreto, dell'avvenuta codificazione di un *tertium genus*[968], a metà strada tra

---

963 Alle figure ricondotte all'art. 409 c.p.c., poi, com'è noto sono state riconosciute talune posizioni soggettive peculiari, nell'ambito della normativa fiscale e di quella previdenziale, con la creazione di una gestione separata presso l'INPS. Le ricadute previdenziali della riforma delle co.co.co. sono esaminate dalla circolare INPS n. 9 del 22 gennaio 2004.

964 PEDRAZZOLI M., Voce *Opera (prestazioni coordinate e continuative)*, in *Nov. dig. it.*, App., V., Utet, Torino, 1984, p. 479, ritiene che la prevalente personalità della prestazione «abbia finito per diventare l'elemento decisivo della fattispecie, nel senso di quello che più spesso viene in gioco come *discrimen* nella decisione se essa ricorre».

965 Questa pare sia anche l'opinione di PEDRAZZOLI M., *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Commento al Titolo VII del D. Lgs. 276/03*, anticipato in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 29/2004, in *www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca*, p. 25, secondo il quale «quando afferma che i rapporti, insorgenti nell'ambito dell'art. 409, n. 3, "devono essere riconducibili" a progetto, la legge prende tutto, armi e bagagli, di quei rapporti, compreso il modo della loro genesi. La legge richiede solo che si aggiungano alcuni dati ulteriori di qualificazione del rapporto o, più esattamente, della prestazione d'opera, dati che sono riconducibili ad una sola complessiva allusione all'autonomia di cui il rapporto deve essere contrassegnato».

966 Nella Relazione di accompagnamento al decreto di attuazione degli artt. 1-6 della l. 14 febbraio 2003, n. 30, p. 15, si legge che il lavoro a progetto è «una forma propria di lavoro autonomo».

967 Si sofferma ampiamente sull'autonomia del collaboratore e sulle modalità del coordinamento con il committente, CASTELVETRI L., *Il lavoro a progetto: finalità e disciplina*, in TIRABOSCHI M. (a cura di) *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 154-156.

968 Di questa opinione principalmente DE LUCA TAMAJO R., *Dal lavoro parasubordinato al lavoro "a progetto"*, in *Itinerari d'impresa. Management, Diritto, Formazione*, 3, 2003, anticipato in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 25/2003, in *www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca*, secondo il quale l'introduzione del lavoro a progetto rappresenta la codificazione proprio del *tertium genus*; anzi l'Autore, con riferimento alla quantità di fattispecie escluse dal legislatore, parla addirittura, sebbene forse in termini di provocazione, di un *quartum genus*. Condivide questa lettura NUZZO V., *La giurisprudenza in tema di definizione e tutela delle collaborazioni coordinate e continuative alla luce della nuova disciplina del lavoro a progetto*, in *Dir. lav. merc.*, 2003, p. 729. Di contrario avviso TIRABOSCHI M., *Il lavoro a progetto e le collaborazioni occasionali*, in *Guida lav.*, 4/2003, suppl., p. 107, secondo il quale «viene dunque definitivamente abbandonata la strada della tipizzazione di un *tertium genus* contrattuale, collocato in un'area intermedia tra il lavoro autonomo e il lavoro subordinato».

gli artt. 2094 e 2222 c.c.[969].

A ben vedere, peraltro, l'art. 2222 c.c. soltanto nella rubrica fa riferimento all'opera, mentre nel testo, prevedendo la possibilità di obbligazioni che abbiano ad oggetto la prestazione di un servizio, non esclude attività fisiologicamente destinate a non concludersi *uno actu*[970]. Il lavoro a progetto emerge in effetti come figura di un più ampio *genus* di lavoro autonomo che proprio il legislatore del d.lgs. 276/2003 ha contribuito ad estendere; più che come tipo contrattuale, si pone semmai come sotto-tipo, legislativamente disciplinato, del contratto d'opera, la cui esecuzione si concreta in una collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale. In dottrina si è infatti spesso evidenziata la caratteristica degli artt. 2222 ss. c.c., che opererebbero come «disciplina transtipica»[971] ed in ogni caso (quale figura residuale) allorché non si rinvengano in concreto gli elementi identificativi di altra fattispecie contrattuale. Va d'altronde rilevato che, espunti dall'area di applicazione della disciplina in commento, per espressa scelta del legislatore, i rapporti di agenzia e di rappresentanza commerciale, nonché quelli inerenti all'esercizio delle professioni intellettuali ed esclusi, di fatto, i contratti che, richiedendo un'organizzazione di mezzi e persone, risultano incompatibili con la prevalente personalità dell'attività, la normativa sul contratto d'opera è l'unica a poter trovare applicazione. Gli artt. 61-69, d.lgs. 276/2003 vanno quindi ad integrare, non a sostituire, pena la creazione di vistose disparità (costituzionalmente ingiustificabili), la disciplina del contratto d'opera.

Del pari non sembra che il lavoro a progetto sia caratterizzato inequivocabilmente da un'obbligazione di risultato, tesi pure autorevolmente sostenuta all'indomani dell'emanazione della norma[972]. Da questo punto di vista - ed ammesso che alla dicotomia tra obbligazioni di mezzi (o di condotta) ed obbligazioni di risultato possa attribuirsi una portata distintiva univoca[973] e

---

[969] Di non grande aiuto sul punto, quando non genera vera e propria confusione, è però la citata circolare ministeriale: in essa, dopo reiterati riferimenti all'autonomia del collaboratore, indicata come «elemento qualificatorio essenziale» del lavoro a progetto, nell'accennare agli altri requisiti della fattispecie, si conclude affermando che «tali requisiti costituiscono il fulcro della differenziazione tra la tipologia contrattuale in esame e quelle riconducibili, da un lato, al lavoro subordinato e, dall'altro, al lavoro autonomo (art. 2222 c.c.)». La contrapposizione affermata nella circolare tra la figura in esame e il lavoro subordinato, da un lato, quello autonomo, dall'altro, oltre a porsi in contraddizione con quanto detto nella stessa circolare fino a qualche rigo prima (e ribadito poco dopo), sembra individuare un terzo tipo contrattuale, del quale però non vengono tracciati i confini né identificati gli elementi costitutivi. In realtà, forse si tenta solo di sostenere che il lavoro a progetto è una forma di lavoro autonomo caratterizzata dalla durata della prestazione, mentre il modello "classico" indicato nell'art. 2222 c.c. è per lo più quello di una singola opera realizzata in favore di un committente, lasciando ad altri tipi contrattuali (es. appalto, somministrazione) una più tradizionale vocazione a realizzare rapporti di durata. In argomento v. FERRARO G., *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 449.

[970] Ritiene incompatibile con il contratto d'opera un rapporto di durata SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro parasubordinato, lavoro coordinato, lavoro a progetto*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 200.

[971] Sono parole di PERULLI A., *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu e Messineo*, XXVII, t. 1, Giuffrè, Milano, 1996, p. 86 secondo il quale ci si trova dinanzi a «un macrosistema descrittivamente inteso, governato da norme di settore (i singoli contratti) qua e là integrato da regole (quelle del contratto d'opera) idonee, grazie all'analogia o all'applicazione diretta, a colmare specifici vuoti interni ai singoli settori».

[972] SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro parasubordinato, lavoro coordinato, lavoro a progetto*, cit., p. 197.

[973] La moderna dottrina civilistica infatti ritiene lo schema classificatorio descritto decisamente sopravvalutato ed equivoco. V. tra gli altri, CANNATA C.A., *Le obbligazioni in generale*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 9, Utet, Torino, 1999, p. 37. Di grande chiarezza è anche GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. I, Cedam, Padova, 1990, p. 10 ss. E' opportuno richiamare in argomento uno scritto ormai classico di MENGONI L., *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185. PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, p. 281, rileva peraltro come «anche nell'obbligazione

soprattutto utile a fini concreti - la struttura del lavoro a progetto si presenta "neutra", nel senso che l'obbligazione può essere tanto di mezzi quanto di risultato a seconda dell'*opus* concretamente dedotto in obbligazione. Lettura, quella proposta, avallata dall'utilizzo dell'espressione «in funzione del risultato», che pure sottolinea la naturale vocazione "teleologica" della fattispecie, il suo essere funzionale al progetto medesimo, senza esaurirlo necessariamente con la sola esecuzione della prestazione alla quale ci si obbliga.

Centrale nella definizione della figura è allora la riconduzione al progetto, al programma di lavoro o ad una fase di esso[974]. Diversi autori, in presenza dei concetti di progetto e programma hanno fatto ricorso al dizionario: così facendo si perviene alla distinzione tra il progetto, inteso come «ideazione per lo più accompagnata da uno studio relativo alle possibilità di attuazione o di esecuzione» ed il programma, quale «enunciazione particolareggiata di ciò che si vuol fare, d'una linea di condotta da seguire, degli obiettivi cui si mira e dei mezzi coi quali si ritiene di poterli raggiungere»[975].

L'esame delle due nozioni, avallato dall'uso della disgiuntiva nel testo di legge, porta ad escludere che ci si trovi in presenza di un'endiadi[976]. Nel primo caso si evidenzia la presenza di un'ideazione: anche a prescindere dalla necessità della "originalità" del progetto medesimo, concetto sfuggente e caratterizzato da una forte dose di relatività, è indubbio allora che nel progetto tale caratteristica di "singolarità" risulti essenziale; nel programma invece, in particolare nel programma di lavoro, è il percorso ideato che assume un ruolo cardine: è l'enunciazione particolareggiata, l'individuazione di azioni, condotte, mezzi ed obiettivi (anche intermedi), a prevalere sulla prospettiva "finalistica" che sembra caratterizzare il progetto vero e proprio.

Non a caso taluni hanno sottolineato la pericolosità del concetto di programma ed il relativo elevato rischio di strumentalizzazione per finalità elusive della disciplina regolativa del rapporto di lavoro subordinato[977]; del resto qualsiasi attività lavorativa viene ad essere caratterizzata da una programmazione, che risulta anzi costituire il fondamento stesso dell'organizzazione. Va peraltro rilevato come spesso l'intensità ed ampiezza della programmazione siano inversamente proporzionali al grado di professionalità investito nel lavoro e dunque tendano ad aumentare e a divenire più analitiche in presenza di prestazioni ripetitive, elementari o comunque caratterizzate da un ridotto grado di autonomia.

Da questo punto di vista il rinvio testuale a programmi di lavoro, o addirittura fasi di esso, non è mitigato dal riferimento all'autonomia di gestione da parte del collaboratore, ché anzi l'autonomia finisce per essere definita, confinata e limitata proprio dall'intensità di determinazione del programma medesimo; è sufficiente al riguardo pensare ad alcune attività lavorative massificate,

---

del prestatore d'opera assume rilievo essenziale e determinante il comportamento del debitore. Questi, infatti, è tenuto non già a *dare* una cosa, ma a svolgere l'attività produttiva necessaria al conseguimento di un *opus* (cfr. art. 2224 cod. civ.)».

974 Il legislatore, per la verità, dice che i rapporti devono essere riconducibili «a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente». Ciò potrebbe voler significare che un singolo rapporto può essere costituito per garantire al committente la collaborazione alla realizzazione di «più progetti», tra loro collegati e connessi, e quindi non di un solo risultato organizzativo-produttivo.

975 V. entrambe le voci in DEVOTO G., OLI G.C., *Il dizionario della lingua italiana*, Le Monnier, Firenze, 2000, p. 1621.

976 Sostenuta invece da PROIA G., *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 665 ss.

977 Questo pericolo è evidenziato da SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro parasubordinato, lavoro coordinato, lavoro a progetto*, cit.

nelle quali potrebbe individuarsi la presenza di un programma, la predeterminazione da parte del committente e la gestione autonoma da parte del prestatore[978], pur trovandosi dinanzi a rapporti di lavoro che sono senza dubbio subordinati.

3. L'estinzione del contratto e il recesso dei contraenti. Un legislatore in controtendenza

Concentrandosi sul tema dell'estinzione del contratto a progetto, va rilevato innanzitutto che l'art. 67 è rubricato «estinzione del contratto e preavviso»: se però con il primo termine ci si riferisce allo scioglimento del vincolo contrattuale[979], ultroneo appare in sede di titolazione il riferimento al preavviso, che altro non è se non un elemento, neppure costitutivo della fattispecie, del diritto di recesso.

In effetti la disposizione contiene due ipotesi diverse e tra loro assimilabili solo in chiave di ricostruzione sistematica[980]. Nel primo comma si prevede che i contratti di lavoro a progetto «si risolvono al momento della realizzazione del progetto o del programma o della fase di esso che ne costituisce l'oggetto». Si parla di risoluzione del contratto, allo scopo evidente di segnalare che la realizzazione del progetto, alla cui riuscita è finalizzata (*rectius* funzionale) l'attività del prestatore, è talmente essenziale che, raggiunta la prima, *cede* anche il vincolo obbligatorio che lega le parti, sebbene solo con efficacia *ex nunc*[981].

In realtà proprio la norma in commento sembra confermare la centralità del progetto[982] e la rilevanza causale del medesimo (tema che richiederebbe uno spazio ben più ampio di quello disponibile): una volta che il progetto sia realizzato, si esaurisce anche la ragione che concretamente giustifica il contratto voluto dalle parti[983]. Ricorrendo ad una formulazione ellittica il legislatore

---

978 Si pensi, ad esempio, all'attività di *call center* (nei quali peraltro, si è spesso fatto un uso disinvolto delle collaborazioni coordinate e continuative), caratterizzate da una predeterminazione del programma di lavoro e dal lasciare al lavoratore un margine di autonomia nella gestione della chiamata telefonica: si tratta peraltro di elementi presenti anche nella contrattazione collettiva applicabile ai lavoratori assunti con rapporto di lavoro subordinato, a conferma della difficoltà di individuare con precisione il confine. Con riferimento al grado di autonomia dell'operatore, interessanti i rilievi di LEONARDI S. e OTERI C., in ALTIERI G. (a cura di), *Lavorare nei call centres*, Ediesse, Roma, 2002.

979 DE NOVA G., Voce *Recesso*, in *Dig. disc. priv.*, XVI, 1997, p. 314. Secondo alcuni il concetto di estinzione non ricomprende l'istituto del recesso, il quale, più che determinare lo scioglimento del vincolo contrattuale, impedirebbe il protrarsi degli effetti, operando *ex nunc*, senza incidere sul diritto del prestatore al conseguimento per intero della controprestazione alla quale ha diritto: sull'incompatibilità tra recesso ed estinzione del vincolo, v. GABRIELLI G., PADOVINI F., Voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 37.

980 Un forte invito a privilegiare in via interpretativa il canone teleologico e sistematico è formulato da PIZZOFERRATO A., *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *ILLeJ*, vol. VI, n. 1, 2004, *www.labourlawjournal.it*.

981 La previsione di efficacia retroattiva dell'atto di recesso sovrapporrebbe infatti tale figura a quella della condizione meramente potestativa, con la conseguente nullità della medesima *ex* art. 1355 c.c.

982 Di questo avviso mi sembra anche LISO F., *Analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003: spunti di riflessione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 42/2004, in *www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca*, p. 28, il quale non condivide le letture della normativa che sminuiscono la portata qualificatoria dell'elemento del progetto.

983 Per esigenze di sintesi, si è fatto riferimento ad una nozione di causa, quale *funzione pratica* dell'operazione contrattuale posta in essere dagli stipulanti, che non è pacifica tra gli interpreti (v. sul punto i dubbi già espressi da SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 300 ss., ma sulla quale conviene oggi buona parte della dottrina civilistica. V. in argomento BIANCA C.M., *Diritto civile. 3. Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 452; ROPPO V., *Il contratto*, in IUDICA G., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 364; SACCO R., *La causa*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 10, Utet, Torino, 1995, p. 301. Anche la giurisprudenza sembra aderire di recente a questa lettura dell'elemento causale, sebbene senza dichiararlo sempre in maniera esplicita: v. tra le altre Cass. 11 agosto

evidenzia che una volta raggiunto, in qualunque modo, lo scopo per il quale il contratto a progetto è stato stipulato, viene meno *naturalmente* anche l'interesse al mantenimento del vincolo contrattuale e degli obblighi delle parti per il futuro.

Trattandosi di risoluzione, resta in capo al committente l'obbligo di pagare per l'intero il compenso pattuito (sul punto v. *infra*, par. 5), mentre cessano di vincolare i contraenti gli obblighi accessori individuati dagli artt. 64-66 (es. mantenimento dei livelli di sicurezza per il committente, divieto di concorrenza per il collaboratore ecc.).

L'art. 67 prevede quindi, quale ipotesi "generale" di estinzione del contratto, la «realizzazione del progetto o del programma o della fase di esso che ne costituisce l'oggetto», la quale in qualche maniera prevale anche sull'estinzione del contratto per raggiungimento del termine della prestazione; la realizzazione del progetto infatti priva il negozio della sua funzione essenziale, della ragione giustificativa dell'operazione economica voluta (e dedotta in contratto) dalle parti, indipendentemente dal raggiungimento del termine apposto ad essa.

Il secondo comma dell'art. 67 è poi interamente dedicato al recesso, nelle sue due possibili forme, vale a dire il recesso straordinario e quello ordinario ovvero ad nutum. Si diceva in premessa che questa previsione presenta diversi aspetti problematici, che investono entrambe le figure di recesso dal contratto, e non pochi elementi di originalità, in particolar modo connessi al recesso ad nutum.

Una prima notazione da fare è che il legislatore del d.lgs. 276/2003 si pone in netta controtendenza rispetto alle opzioni regolative in tema di recesso effettuate negli ultimi anni[984], caratterizzate dall'accantonamento dell'idea ottocentesca di parità dei contraenti (destinata a velarsi di ipocrisia in una società nella quale alla contrattazione, intesa come procedimento che conduce all'adozione di un determinato regolamento di interessi, si sostituisce una negoziazione di massa, caratterizzata dalla standardizzazione dei modelli e delle prassi contrattuali[985]), in favore di strumenti negoziali eteronomi, inderogabili ad opera delle parti e sovente sanzionati con la nullità[986], diretti a garantire un tendenziale riequilibrio delle posizioni. Questa scelta - effettuata in coerenza con il fondamentale 2° comma dell'art. 3 Cost. - ha visto il riconoscimento al contraente ritenuto debole[987] della facoltà di sciogliersi dal contratto più facilmente della controparte (esercitando un vero e proprio ius poenitendi)[988], ovvero, parallelamente, la limitazione della facoltà di recesso in capo al soggetto ritenuto più forte sul mercato, spesso realizzata irrigidendo il profilo formale di

---

1980, n. 4921, in *Juris data*, Cass. 15 luglio 1993, n. 7844, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 734; Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 682; Cass. 4 aprile 2003, n. 5324, in *Giust. civ. mass.*, 2003, f. 4.

984 Di questo avviso anche PERULLI A., *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 112, che sottolinea come «nel lavoro a progetto la facoltà di recesso, in ipotesi concordabile *ad nutum*, segue una logica derogatoria rispetto alla tradizionale sistematica dei contratti civili e commerciali: il che non solo preoccupa dal punto di vista sistematico, ma assume un significato paradossale trattandosi di fattispecie lavoristica che dovrebbe garantire al prestatore, se non una tutela aggiuntiva, quantomeno garanzie non deteriori rispetto a quelle applicabili alla generalità dei rapporti obbligatori».

985 IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, I, p. 347.

986 Il più delle volte si tratta di nullità parziale, talora accompagnata dalla sostituzione automatica *ex lege* della clausola viziata.

987 BIANCA C.M., *Diritto civile. 3. Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 396 ss. si sofferma ampiamente sulla tendenza avvertita nell'ordinamento civile ad andare verso una tutela generalizzata del contraente debole.

988 Si sofferma sulla diversa qualità dei soggetti coinvolti, rilevando come il recesso si ponga "naturalmente" come strumento di tutela del contraente più debole, GALGANO F., Sub *Art. 1373*, in GALGANO F. (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1993, p. 62.

manifestazione della volontà o assicurando ampi spazi di verifica, in sede giudiziale, della legittimità del profilo causale.

Esempi del primo tipo di intervento legislativo - quello di rafforzamento della posizione del contraente debole - sono le ipotesi di recesso nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali (art. 10.2, d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50), nei contratti con gli enti creditizi e finanziari (art. 11, l. 1 febbraio 1992, n. 154), nei contratti di collocamento di strumenti finanziari (art. 30.6, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58): fattispecie quasi tutte originate dall'attuazione di direttive comunitarie.

Nel secondo modello di intervento - che vede "penalizzato" il contraente forte - viene solitamente annoverata la disciplina limitativa dei licenziamenti individuali nei rapporti di lavoro subordinato (l. 15 luglio 1996, n. 604), ma può essere richiamata anche la disciplina regolativa del recesso del locatore dai contratti di locazione degli immobili urbani (artt. 4 e 27, l. 27 luglio 1978, n. 392).

Menzione a parte merita la disciplina della subfornitura di cui alla l. 18 giugno 1998, n. 192[989], ed in particolare la norma (art. 9) sull'abuso di dipendenza economica, inteso come «la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi»[990], e punito ricorrendo alla sanzione della nullità[991], che colpisce il patto[992] - e quello inerente al recesso è un'ipotesi paradigmatica - attraverso il quale l'abuso stesso venga realizzato.

Secondo l'interpretazione prevalente, la norma ha un ambito applicativo che esorbita dall'area della subfornitura: essa, così come la disciplina relativa ai contratti dei consumatori[993], si ritiene trovi applicazione ai rapporti tra imprese in genere (e forse non solo), con rilevanti implicazioni di teoria generale[994], sì che proprio con riferimento a tale disposizione si è ritenuto che il concetto di abuso che essa individua, pur se inserito in una legge speciale, appartenga ormai alla disciplina generale del contratto, ponendosi come limite di fondo all'autonomia privata[995].

Il legislatore del 2003 invece, nel momento in cui tenta di attuare una riforma "forte", che sostituisca le travi di sostegno del corpus normativo formatosi in poco più di trent'anni, ricorre di continuo, talora solo implicitamente, talaltra espressamente (ed è proprio il caso del recesso), al

---

989 In tema di subfornitura tra gli altri v. DE NOVA G. (a cura di), *La subfornitura*, Ipsoa, Milano, 1998; ALPA G., LECCESE R., *La subfornitura*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 11, Utet, Torino, 2000, p. 215; IUDICA G., *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, ne *I contratti*, 1998, p. 411.

990 Così testualmente l'art. 9 citato. Il legislatore precisa altresì che «la dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti».

991 Si tratta dunque di una nullità parziale, che dovrebbe soggiacere alla disciplina dell'art. 1419 c.c.

992 Qualora l'abuso venga invece realizzato non attraverso un patto, bensì un comportamento, si ritiene che tale condotta dia luogo a responsabilità extracontrattuale nei confronti della "vittima" dell'abuso, con conseguente risarcimento dei danni subiti.

993 Non a caso, ricorrendo ad espressioni sostanzialmente identiche, la norma di apertura della disciplina del codice civile dedicata ai contratti dei consumatori, l'art. 1469-bis, qualifica come vessatorie le clausole che «determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto». Sul punto MAFFEIS D., *Abuso di dipendenza economica*, in DE NOVA G. (a cura di), *La subfornitura*, cit., p. 77.

994 BARBA A., *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in CUFFARO V. (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Jovene, Napoli, 1999, p. 314 ss., 321 ss.; TORIELLO F., *Obblighi delle parti e abuso di dipendenza economica nel contratto di subfornitura*, in ALPA G., CLARIZIA A. (a cura di), *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 278 ss.

995 BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 405.

concetto di parità dei contraenti, collocando in posizioni formalmente speculari i soggetti coinvolti nel rapporto, peraltro in palese contraddizione con il dato sociologico, che pure afferma di aver posto alla base delle scelte di innovazione normativa effettuate996.

4. Il recesso per giusta causa. I limiti all'esercizio del recesso "giustificato"

Procedendo secondo l'ordine seguito dall'art. 67, la prima ipotesi in cui ci si imbatte è il recesso per giusta causa, che consente lo scioglimento immediato, senza alcun preavviso, del vincolo contrattuale prima della scadenza del termine indicato (direttamente o desumibile da quello di conclusione del progetto dedotto) nel contratto. Anzi, in assenza di esercizio del potere regolativo ad opera delle parti contraenti, a ciò espressamente autorizzate dalla norma, il ricorso alla giusta causa si presenta come l'unica possibilità di recedere ante tempus dal contratto997.

Orbene, trovandoci al cospetto di un contratto che non è di lavoro subordinato, non è possibile, se non con grande prudenza, fare ricorso all'elaborazione dottrinale e soprattutto giurisprudenziale che ha contribuito a riempire di contenuto la nozione di giusta causa prevista dall'art. 2119 c.c.[998]. È quindi anzitutto al dibattito tuttora in atto nella dottrina civilistica che si dovrà guardare[999].

Per alcuni autori il recesso per giusta causa è l'espressione di un potere attraverso il quale una delle parti, in presenza di eventi sopraggiunti e non definiti preventivamente, «caratterizzati più che in base ai loro dati obiettivi, dal modo in cui incidono sul rapporto preesistente: cioè dalla carica di intollerabilità che determinano»[1000], emette un giudizio di incompatibilità tra tali eventi ed il permanere di un vincolo contrattuale. È questo un concetto, utilizzato per distinguere tale clausola dalla risoluzione per inadempimento, che implica l'adozione di un particolare criterio di valutazione attraverso il quale selezionare, nell'ambito di una serie di fatti socialmente rilevanti, quelli la cui sopravvenienza giustifica la cessazione anticipata del rapporto. Si tratta di opinioni che tendono ad autorizzare il recesso anche per fatti "esterni" al contratto, ma in grado di minare il vincolo fiduciario che lega le parti del negozio.

A questa lettura si contrappone quella di chi ritiene che locuzioni come «giusta causa» o «gravi motivi» non possano essere riferite a circostanze diverse dal mancato adempimento - che non sia di scarsa importanza, così come richiesto dall'art. 1455 c.c.[1001] - e portano a sostegno di tale

---

996 V. la Relazione di accompagnamento cit., p. 14-15.

997 Con la conseguente inefficacia dell'atto di recesso che non risulti "sorretto" dalla giusta causa.

998 Sottolinea questo aspetto VISCOMI A., *Lavoro a progetto ed occasionale: osservazioni critiche*, in GHEZZI G. (a cura di), *Commento al d.lg. 10 settembre 2003 n. 276*, Ediesse, Roma, 2004, il quale ritiene che il riempimento della clausola vedrà particolarmente impegnata la giurisprudenza.

999 Ancora attualissima è la fondamentale opera di MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Giuffrè, Milano, 1962, i cui risultati esorbitano dai confini del diritto del lavoro.

1000 SANGIORGI S., Voce *Recesso*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991, p. 6, ma già ID., Voce *Giusta causa*, in *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 547 ss.

1001 *Contra* FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 345, secondo il quale «proprio perché il recesso è uno strumento ulteriore che non elimina gli ordinari mezzi di impugnazione del contratto, si deve ritenere che sia nell'autonomia delle parti impiegare questo strumento anche in ipotesi che non comporterebbero la risoluzione per mancanza della gravità dell'inadempimento».

assimilazione, oltre ai risultati dell'indagine storica, anche esigenze di coerenza sistematica. Tale interpretazione appare preferibile, perché connette ad elementi di valutazione verificabili (dalle parti prima e dal giudice poi) il comportamento che determina lo scioglimento del vincolo, presentando anche una notevole elasticità operativa[1002]; mentre, viceversa, il ricorso a parametri sociali di allargamento della nozione rischia di dare spazio a concetti evanescenti e poco controllabili nelle successive fasi di eventuale verifica giudiziale.

Rilevante diviene a questo punto esaminare - nella prospettiva accolta - la conseguenza dell'eventuale violazione tanto dell'obbligo principale di prestazione al quale si impegni il collaboratore a progetto, quanto (e forse soprattutto) degli obblighi accessori previsti dalla legge in capo ad esso.

Questi ultimi sono identificati dall'art. 64, rubricato riduttivamente con riferimento al solo dovere di riservatezza: in effetti già il primo comma della norma piuttosto che della riservatezza si occupa del delicato tema della pluralità di committenze. Fintanto che si dice: «il collaboratore a progetto può svolgere la sua attività a favore di più committenti» non si aggiunge nulla di nuovo né di necessario; è implicito, infatti, nel lavoro autonomo che un soggetto non lavori in esclusiva, salva appunto l'ipotesi di patto contrario. L'enfasi del dettato legislativo finisce per essere posta sulla prima parte della norma, che ammette la possibilità di un diverso accordo dei contraenti, rispetto al quale non vi è neppure la previsione di un corrispettivo per l'ipotesi di monocommittenza[1003].

Significativo è anche il divieto per il collaboratore a progetto di diffondere, oltre che notizie, addirittura «apprezzamenti» circa i programmi o l'organizzazione del committente. L'utilizzo del concetto di apprezzamento evidenzia l'ampliamento del divieto, non riconnesso alla sola divulgazione di elementi di cui si è venuti a conoscenza (le «notizie»), ma esteso sino a limitare un più ampio diritto di critica. L'inserimento di un siffatto obbligo tra quelli accessori cui è tenuto il collaboratore impone di ricercare nel diritto dei contratti i possibili limiti ad un esercizio punitivo della propria posizione attiva da parte del committente, verificando se la violazione di tali obblighi possa configurare, *ex se*, una giusta causa.

È poi necessario fare un passo avanti e riferirsi all'art. 67, comma 2, là dove il legislatore, dopo avere apparentemente limitato il diritto di recesso alla sola ipotesi della giusta causa, lascia le parti libere di prevedere diverse causali di risoluzione. È indubbio che il committente possa inserire talune clausole risolutive espresse nelle quali predeterminare le vicende in cui pervenire allo scioglimento *ad nutum* (semmai pure senza preavviso: sul punto v. il paragrafo successivo) del vincolo contrattuale.

Per il recesso come per la risoluzione può affermarsi, stando alla previsione dell'art. 1456 c.c., ma prima ancora dello stesso art. 1453 c.c., che in entrambi i casi - sia cioè osservando tali vicende quale giusta causa, sia nell'ipotesi di pattuizione convenzionale di ulteriori causali di recesso -

---

[1002] V. ancora GABRIELLI G., PADOVINI F., Voce *Recesso (dir. priv.)*, cit., p. 33, che sottolineano anche come le clausole generali «appaiono indiscutibilmente idonee a ricomprendere anche l'eccessiva onerosità sopravvenuta nonché, ove si ritenga che non sempre operi automaticamente, la stessa impossibilità di una delle due prestazioni». Nell'ipotesi di aumento dell'onerosità e quindi della correlativa diminuzione di utilità *a parte creditoris*, peraltro, la stessa onerosità eccessiva dovrà essere accompagnata dalla presenza di avvenimenti straordinari e imprevedibili.

[1003] Il primo comma dunque non si occupa di concorrenza, come invece il secondo, ma dell'incontro tra il lavoratore autonomo a progetto ed il suo committente: la norma sembra quasi autorizzare un beneficio "a costo zero", in quanto una limitazione così invasiva della sfera di libertà economica di un soggetto (art. 41 Cost.) non è accompagnata da alcun corrispettivo, essendo la pattuizione di un compenso lasciata anch'essa all'autonomia delle parti e quindi alla forza contrattuale del collaboratore a progetto che ha interesse alla sua previsione.

l'esercizio è possibile nell'ipotesi di inadempimento riferito ad un'obbligazione vera e propria; è indubbio però che l'atto del diffondere apprezzamenti, se talora può essere certamente ritenuto quale elemento indiziario di una più ampia volontà lesiva, in quanto tale riconducibile a tentativi di discredito commerciale o ad attività di concorrenza, non può essere considerato di per sé un'obbligazione contrattuale.

Sicché, accogliendo una prospettiva che riconduce tutte le possibili cause di recesso all'inadempimento contrattuale, si può pervenire ad un'adeguata delimitazione di tale potere, sia esso riconosciuto dalla legge o previsto dalle parti. Tutto ciò senza contare l'opinione di una autorevole dottrina, la quale pur riconoscendo che il potere di recesso non comporti la necessità di giustificarne l'esercizio (si parla anche di acausalità, ma l'espressione può ingenerare equivoci, facendo pensare ad una impossibile carenza di funzione dell'atto) là dove non siano le stesse parti o il legislatore a prevedere un obbligo di motivazione, ritiene che vi sia comunque il limite della buona fede[1004], coessenziale a qualsivoglia *contatto* negoziale, la cui violazione (proprio in tema di recesso) «può anche configurarsi come *abuso del diritto*»[1005].

5. Il recesso ad *nutum*

Per come è scritta la prima parte dell'art. 67, comma 1, il legislatore sembra dire che il contratto a progetto si può risolvere attraverso l'esercizio del diritto di recesso unicamente nell'ipotesi di giusta causa: in realtà, come anticipato, la giusta causa si pone quale ragione esclusiva di recesso soltanto qualora le parti non ne abbiano previsto una disciplina convenzionale[1006]. La restante parte della norma, infatti, consente il ricorso al recesso «secondo le diverse causali o modalità, incluso il preavviso, stabilite dalle parti nel contratto di lavoro individuale»[1007], rimettendo quindi

---

[1004] Vi insistono tra gli altri GALGANO F., *Degli effetti del contratto*, cit., p. 98; BIANCA C.M., *op.cit.*, p. 739 ss.

[1005] Così GALGANO F., *Degli effetti del contratto*, p. 98. Applicato al lavoro a progetto come criterio di interpretazione del negozio, prima che di sanzione delle pattuizioni in esso contenute, il riferimento all'abuso di diritto ovvero a quello di dipendenza economica, *ex* art. 9, l. 192/1998 (su cui v. *retro* par. 2), potrebbe portare alla caducazione di clausole convenzionali attributive del potere di recesso, laddove non sia previsto un preavviso, ovvero se il contratto contenga ipotesi di recesso *ad nutum* relative a comportamenti del collaboratore sostanzialmente irrilevanti ai fini dell'adempimento, nelle quali la previsione di talune «causali» o «modalità» di recesso sia frutto di un vistoso squilibrio tra le posizioni dei contraenti, tale da far ritenere che il committente abbia tratto vantaggio, abusandone, della situazione di supremazia economica rispetto al collaboratore.

[1006] Il recesso convenzionale, al pari del recesso legale, può svolgere diverse funzioni: quella di porre un termine a contratti di durata che ne siano privi (c.d. recesso determinativo); quella di consentire l'impugnazione del contratto per vizi originari o sopravvenuti (recesso come mezzo di impugnazione); quella di consentire alla parte di pervenire allo scioglimento del vincolo negoziale, nei contratti di durata perpetui o a lungo termine, qualora sia venuto meno l'interesse della parte medesima (recesso come *ius poenitendi*); quella di consentire alla parte che ha concluso il contratto in seguito ad un approccio "aggressivo" della controparte, di recedere *in limine* (recesso iniziale); quella ancora di consentire il recesso alla parte più debole (recesso di protezione); ed inoltre la funzione di sciogliersi dal vincolo in presenza di modificazioni rilevanti delle condizioni contrattuali (recesso per modificazione dei presupposti). Questa classificazione è ripresa da GABRIELLI G., *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1985.

[1007] Di questo avviso, anche se in termini (apparentemente) dubitativi, DE LUCA TAMAJO R., *op. cit.*, p. 19. V. i rilievi svolti di seguito nel testo. Si soffermano sulla natura meramente dispositiva della norma MAGNANI M., SPATARO S., *Il lavoro a progetto*, anticipato in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 27/2004, in *www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca*, p. 10, secondo i quali «in sede di contratto individuale le parti potranno prevedere la facoltà di recedere *ante tempus* anche in mancanza di giusta causa, e, dunque, pure nelle ipotesi in cui il sopravvenuto mutamento delle condizioni di fatto importi il venir meno dell'interesse alla realizzazione del progetto» e BELLAVISTA A., Sub *Art. 67*, in GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, p. 777.

ai contraenti la facoltà di prevedere un vero e proprio recesso *ad nutum*[1008].

Si diceva di un intervento in controtendenza per la parte della disposizione che conferisce ai contraenti - ad entrambe le parti dunque - la facoltà di recedere liberamente; ma la peculiarità di questo tipo di recesso si coglie ancora di più attraverso una lettura sistematica dell'istituto. Tradizionalmente infatti, il recesso ordinario1009 viene previsto in presenza di contratti a tempo indeterminato o a lungo termine, quale espressione del fondamentale principio di libertà che determina il disfavore legislativo nei confronti della perpetuità dei vincoli contrattuali1010. Risulta quindi decisamente anomala la previsione di un recesso ad nutum (eventualmente accompagnato da preavviso), per di più pattuito convenzionalmente, in presenza di un contratto a termine, che anzi potrebbe risultare caratterizzato da una scadenza anche molto ravvicinata: ma tant'è.

La norma afferma quindi che la risoluzione anticipata del contratto può avere luogo per giusta causa ovvero per una delle «diverse causali o modalità, incluso il preavviso» previste nel contratto medesimo. A giudicare da come è formulata la disposizione, però, la possibilità di fissare un preavviso si riduce a vera e propria indicazione e non ha alcun valore cogente nei confronti dei contraenti, la cui libertà nell'includere (ovvero nell'escludere) il preavviso è assolutamente priva di qualsiasi "sostegno" legislativo; la previsione di un preavviso, peraltro, può oscillare tra poche ore e diversi mesi, in assenza di parametri di calcolo predeterminati (stante pure l'inesistenza di contrattazione collettiva significativa in questo ambito) ed incontra anche in tal caso il solo limite della buona fede *ex* art. 1375 c.c.

Ciò che poi lascia perplessi nella struttura della norma è il riferimento, in termini tra loro alternativi, a «causali o modalità» previste dalle parti: qui il punto non è quello di ricorrere a sofismi lessicali, ma va segnalato come il legislatore ponga su un piano paritario, confermato dall'uso della disgiuntiva («o»), le causali e le modalità, laddove le prime attengono alla giustificazione del recesso, mentre le seconde riguardano profili formali o procedurali dell'esercizio del diritto riconosciuto dal contratto[1011]. Il dettato normativo fa sì che le parti (ovvero, più realisticamente, la parte in grado di "imporre" le pattuizioni) possano optare per un recesso anticipato che non sia motivato da alcuna causa[1012], purché posto in essere attraverso talune *modalità* (es. una comunicazione scritta della volontà di esercitare lo *ius poenitendi*). Che questa sia del resto la scelta del legislatore è confermato dall'uso della proposizione incidentale «incluso il preavviso», quale

---

1008 Secondo LEONE G., *Le collaborazioni (coordinate e continuative) a progetto*, in *Riv. giur. lav.*, 2004, I, p. 111, il legislatore prevede anche una «causa specifica di recesso da parte del committente allorché, all'art. 66, comma 2, stabilisce che questi possa recedere dal contratto in caso di sospensione dovuta a malattia o infortunio che si protragga per un periodo superiore a 1/6 per i contratti di durata determinata, ovvero per oltre 30 giorni in quelli di durata determinabile».

1009 La dottrina talora evita di sovrapporre, così come si effettua nel testo, recesso *ad nutum* e recesso ordinario; si è però ritenuto preferibile lasciare una (apparente) identità per evitare frammentazioni nell'esposizione, alla quale non avrebbe certo giovato l'indugiare su ulteriori distinzioni concettuali. In argomento v. MANCINI G.F., *op. cit.*; BALLESTRERO M.V., *I licenziamenti*, Franco Angeli, Milano, 1975; TIRABOSCHI M., *Categorie civilistiche e recesso unilaterale: il contratto di «lavoro subordinato»*, in DE NOVA G. (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 1031 ss.

1010 Opinione che viene ricondotta alla riflessione di CARNELUTTI F., *Del licenziamento nella locazione di opere a tempo indeterminato*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 377; CIMMINO N.A., *Il recesso unilaterale dal contratto*, Cedam, Padova, 2000; ROPPO V., *op. cit.*, p. 550.

1011 Di diverso avviso LAZZARI C., *Il lavoro a progetto fra disciplina legislativa e autonomia collettiva*, in *Dir. lav. merc.*, 2004, p. 50.

1012 Sottolineano tale aspetto MAGNANI M., SPATARO S., *op. cit.*, p. 10.

esemplificazione di modalità di recesso, non certo di causale alternativa al recesso per giusta causa.

L'art. 67, in sostanza, consente la previsione di una facoltà di recesso dal contratto a progetto assolutamente ingiustificata e quindi *ad nutum*[1013]. Non è infatti condivisibile la lettura[1014] che ritiene tale recesso comunque "causale", ipotesi da escludere proprio in base al dato testuale della disposizione; l'uso di una disgiuntiva potrebbe anche essere accantonato se non vi fosse il riferimento esemplificativo al preavviso, che indica che il legislatore è ben consapevole degli effetti della previsione: il contratto a progetto, cioè, può essere risolto per una determinata ragione, predeterminata dalle parti, ovvero (in mancanza di essa o meglio della sua manifestazione) nel rispetto delle mere modalità pattuite a livello individuale, «incluso il preavviso», che nulla aggiunge circa la ragione ed anzi è indicativo proprio della possibilità di omettere l'esternazione di qualsivoglia motivazione, purché si dia (adeguato) preavviso al collaboratore.

Problema diverso è quello della possibilità di accertare l'eventuale illiceità della motivazione. Tale verifica richiede l'apertura di una parentesi sulla natura, in generale, dell'atto di recesso. Secondo la maggior parte della dottrina si tratta di un atto a carattere negoziale: il suo contenuto palesemente patrimoniale, destinato a produrre effetti tra vivi, rende applicabili ad esso, grazie all'art. 1324 c.c., le norme sui contratti in generale, purché compatibili con la struttura unilaterale della fattispecie. La sua normale qualificazione come atto di esercizio di un diritto potestativo caratterizza pertanto il contenuto in termini di tipicità; ne discende che la causa, intesa quale funzione assolta, è quella della realizzazione dell'interesse di una delle parti alla deroga rispetto all'impegno contrattuale, conseguendone altresì l'irrilevanza dei motivi per i quali viene posto in essere, sempre che tale motivazione non sia illecita e determinante[1015].

Altro quesito che si pone è quello della forma dell'atto, stante l'assenza di indicazioni legislative al riguardo. In generale si riconosce la vigenza del principio di libertà formale, escludendosi dunque il ricorso generalizzato al principio di simmetria, in base al quale all'atto estintivo degli effetti di un contratto andrebbe attribuita la medesima forma utilizzata per la costituzione del vincolo, mentre appare preferibile il ricorso a tale principio quando la forma scritta utilizzata per il contratto sia imposta per legge o discenda da un impegno assunto convenzionalmente dalle parti[1016].

Applicare siffatte conclusioni alla nostra fattispecie può risultare non sempre agevole, in presenza dell'ambigua formulazione dell'art. 62, d.lgs. 276/2003 in base al quale «il contratto di lavoro a progetto è stipulato in forma scritta e deve contenere, ai fini della prova …» gli elementi indicati

---

[1013] Sembra condividere questa ricostruzione anche SANTORO PASSARELLI G., *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 44.

[1014] PINTO V., *Le collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004. Per l'Autore, dunque trattandosi di un «atto casuale … le parti non possono pattuire la facoltà di recesso *ad nutum*».

[1015] La dottrina civilistica trae questo principio da norme come gli artt. 626, 788 c.c. letti in combinato disposto con l'art. 1345 c.c. ma è comunque contraria ad una generale applicazione estensiva di tali norme, per evitare che attraverso questi rimedi si giunga ad una indiscriminata funzionalizzazione del recesso *ad nutum*. Un'altra strada potrebbe essere individuata ricorrendo all'abuso del diritto, su cui v. RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 256.

[1016] È l'opinione di SANGIORGI S., Voce *Recesso*, cit., p. 7; FRANZONI M., *op. cit.*, p. 375. In giurisprudenza v. Cass. 28 gennaio 1976, n. 267; Cass. 14 agosto 1986, n. 5059.

alle successive lettere da a) ad e), vale a dire durata, indicazione del progetto nel suo «contenuto caratterizzante», corrispettivo, forme di coordinamento con l'organizzazione del committente e misure di sicurezza[1017].

Tra i primi commentatori si registrano opinioni contrapposte[1018], sebbene prevalga la tesi che ritiene la forma scritta *ad probationem*[1019]. Può allora affermarsi che, non essendo la forma richiesta requisito di validità del contratto, non può derivarne un obbligo di comunicare per iscritto il recesso. C'è tuttavia da augurarsi che la prassi negoziale inserisca sempre tale onere formale: esso rappresenterebbe, invero, un elemento di certezza nelle relazioni contrattuali utile ad entrambe le parti ed idoneo, altresì, a consentire la concentrazione di un'eventuale verifica giudiziale sulla sola volontà dichiarata, evitando lunghi e complessi accertamenti da parte del giudice, condotti sulla base di prove costituende oppure elementi presuntivi.

6. Applicazione dell'art. 2227 c.c. e tutela del prestatore

Orbene, nell'ipotesi che nella prassi risulterà tutt'altro che rara, di previsione di un recesso convenzionale, ci si deve domandare se gli unici limiti, peraltro assai deboli, all'esercizio del recesso da parte dei contraenti, vadano individuati esclusivamente nell'art. 1373 c.c., il quale al secondo comma prevede, relativamente ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, che «il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione»; salvezza però ulteriormente limitabile ad opera delle medesime parti, mediante la stipulazione di apposito patto contrario (comma 4). La risposta può essere data ricorrendo ad una consolidata opinione in base alla quale la ricorrente previsione legislativa di una specifica disciplina del recesso dettata in relazione ai singoli tipi contrattuali[1020] svilisce in termini di importanza se al concreto negozio posto in

---

[1017] A porre problemi è in particolare l'uso della congiunzione («…è stipulato in forma scritta *e* deve contenere, ai fini della prova …») che sembra quasi contrapporre o comunque distinguere gli elementi di cui è necessaria l'indicazione ai soli fini della prova rispetto ad una più generale previsione della forma scritta. L'ambiguità peraltro è rimarcata dal fatto che a proposito di altri istituti, quando ha scelto la forma a soli fini probatori, lo stesso legislatore del d.lgs. 276/2003 ha utilizzato una dizione indubbiamente più precisa (art. 35 in tema di lavoro intermittente, art. 41 in tema di lavoro ripartito. Tutte le norme citate presentano la seguente formulazione: «Il contratto … è stipulato in forma scritta ai fini della prova dei seguenti elementi…»); così pure quando la scelta per la forma scritta *ad substantiam* appare invocata nettamente (es. art. 26 sulla somministrazione: in tal caso la mancanza di forma scritta determina la nullità del contratto ed i lavoratori sono considerati alle dipendenze dell'utilizzatore).

[1018] Ritengono si tratti di forma scritta *ad probationem*: SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro parasubordinato, lavoro coordinato, lavoro a progetto*, cit.; VISCOMI A., *op. cit.*; MISCIONE M., *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. giur.*, 9, 2003, p. 821, per il quale «anche se poteva essere detto meglio, è certo che la prova è richiesta ai fini solo della prova e non della validità del contratto». Propende per la forma scritta *ad substantiam* nel lavoro a progetto, seppure in un contributo dedicato al tema della certificazione, GHERA E., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 285.

[1019] DE ANGELIS L., *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in *DdLoL*, *www.unicz.it/lavoro/lavoro/DEANGELIS.htm*, p. 5. ha anche ipotizzato una compresenza di due diverse previsioni formali: ad un contratto "essenziale" caratterizzato da forma scritta *ad substantiam* andrebbero ad accompagnarsi, ma a soli fini probatori, gli altri elementi indicati dall'art. 62.

[1020] A puro titolo esemplificativo si possono indicare, per restare al di fuori della disciplina dettata in materia di rapporto di lavoro subordinato, le ipotesi di recesso previste nelle seguenti fattispecie contrattuali: somministrazione a tempo indeterminato (art. 1569 c.c.), locazione a tempo indeterminato (art. 1596 c.c.), locazione di fondi urbani (artt. 1612-1614), affitto (artt. 1616, 1627, 1630 c.c.), appalto (artt 1660, 1671, 1674 c.c.), trasporto (art. 1685 c.c.) mandato (artt. 1722, 1723, 1724, 1725, 1727), commissione (art. 1734 c.c.), spedizione (art. 1738 c.c.), agenzia a tempo indeterminato (art. 1750 c.c.), deposito (art. 1771 c.c.), comodato (artt. 1809-1810), conto corrente (art. 1833 c.c.), deposito bancario (art. 1834 c.c.) apertura di credito (artt. 1842, 1845 c.c.), anticipazione bancaria (art. 1850 c.c.), operazioni bancarie in conto corrente (art. 1855 c.c.), contratto di assicurazione (artt. 1893, 1898, 1899 c.c.), mandato di

essere dalle parti siano applicabili le previsioni, in ogni caso assai scarne, dettate in tema di recesso convenzionale dall'art. 1373 c.c.[1021].

La seconda domanda che l'interprete deve porsi è, a questo punto, se la disposizione dell'art. 67 si sostituisca, in rapporto di specialità, a qualsivoglia previsione relativa al tipo contrattuale che regoli la fattispecie contrattuale *ricondotta* ad un progetto. Si è già osservato, infatti, che il decreto 276/2003 non ha disegnato un nuovo tipo contrattuale, ma ha inteso disciplinare una particolare modalità esecutiva di altri contratti tipici e in particolare del contratto d'opera, nell'ipotesi in cui la prestazione venga resa con caratteristiche di continuità e coordinamento rispetto all'organizzazione del committente (art. 409, n. 3 c.p.c.) e sia riconducibile ad un progetto (art. 61, co.1, d.lgs. 276/2003). Orbene, se quello previsto dal legislatore non è un nuovo tipo contrattuale, si determina l'affiancamento della normativa sul lavoro a progetto a quella dettata per il contratto di cui costituisce una modalità operativa. Ciò significa, con riguardo al nostro tema d'indagine, che le parti, salva l'ipotesi della giusta causa predeterminata dal legislatore, potranno liberamente fissare un'autonoma disciplina del recesso, ma questa non potrà in ogni caso porsi in contrasto con le norme eventualmente dettate al riguardo nel codice civile, sempre che le stesse non si presentino anch'esse come meramente dispositive.

Così, mentre per il recesso del prestatore, in assenza di previsioni normative e con i limiti di carattere generale già visti (essenzialmente la buona fede *ex* art. 1375 c.c.), le parti possono intervenire discrezionalmente per prevedere «causali o modalità» di esercizio del recesso, nell'ipotesi di recesso del committente la libertà regolativa dei contraenti incontra i limiti, non disponibili, contenuti nell'art. 2227 c.c.[1022] (sempre che non risulti applicabile altra disciplina contrattuale specifica): il committente, quindi, può recedere dal contratto ma deve tenere «indenne» il prestatore d'opera delle spese, del lavoro eseguito e del mancato guadagno. Il codice civile invero riconosce al committente (non al prestatore, a differenza di quanto previsto in tema di professioni intellettuali dall'art. 2237 c.c.[1023]) un diritto caratterizzato da notevole discrezionalità, conseguenza del carattere fiduciario del vincolo che si riflette sulla possibile insorgenza di un interesse a non consentire l'esecuzione dell'opera[1024]. Tale discrezionalità ha però come contropartita un

---

credito (art. 1958, 2° co., c.c.), cessione dei beni ai creditori (art. 1985 c.c.), mezzadria (art. 2159 c.c.), soccida (art. 2180 c.c.), contratto d'opera (art. 2227 c.c.), contratto di prestazione d'opera intellettuale (art. 2237 c.c.). Per l'esame del recesso nei diversi tipi legali, v. i contributi raccolti in DE NOVA G. (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Giuffrè, Milano, 1994.

[1021] È l'opinione, ad esempio, di SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, t. 2, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1993, p. 789, espressa ancora in DE NOVA G., *Il recesso*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 10, Utet, Torino, 1997, p. 646.

[1022] Già PEDRAZZOLI M., Voce *Opera (prestazioni coordinate e continuative)*, cit., p. 485, rileva come in tema di collaborazioni coordinate e continuative «sembrano da valorizzare alcune regole operanti per qualsivoglia prestazione d'opera». V. anche gli ampi rilievi sviluppati in ID., *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 509 ss., in particolare p. 523-524. FERRARO G., *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, cit., p. 449, rileva come «la disciplina del lavoro autonomo è concentrata prevalentemente nell'art. 2222 ss. che definisce le regole di base di qualunque relazione obbligatoria avente ad oggetto la prestazione di un'opera o di un servizio con lavoro prevalentemente proprio, *sia* manuale che intellettuale, *sia* episodico che professionale, *sia* personale che organizzato».

[1023] Norma non applicabile al lavoro a progetto stante la sostanziale coincidenza tra le professioni disciplinate dagli artt. 2229 ss. c.c. e l'area di esclusione dalla disciplina del lavoro a progetto *ex* art. 61, co. 3, prima parte, d.lgs. 276/2003). Sottolinea la diversità della posizione del professionista intellettuale GALGANO F., *Degli effetti del contratto*, cit., p. 64.

[1024] V. sul punto RIVA SANSEVERINO L., *Lavoro autonomo*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1972, p. 186, che sottolinea anche come tale recesso, a differenza di quello che ha luogo nell'ambito

triplice ordine di prestazioni, riconducibili al binomio danno emergente-lucro cessante.

Il prestatore ha così diritto a vedersi rimborsate le spese sostenute per la realizzazione dell'opera e che non siano state già "conglobate" nell'opera medesima e quindi già compensate. In secondo luogo il committente deve versargli il compenso per il lavoro eseguito[1025]: nella nostra fattispecie l'art. 63 imporrà il versamento di un importo «proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito», evitando forse di soggettivizzare tale compenso con riferimenti all'interesse del creditore dell'opera ovvero alla residua utilità di essa[1026]. In ultimo, il committente dovrà corrispondere al prestatore il «mancato guadagno» per l'opera non eseguita, ossia «l'utile netto corrispondente alla differenza tra il prezzo contrattuale dell'opera da eseguire e l'ammontare preventivato delle spese necessarie per tale esecuzione»[1027]: nel caso del lavoro a progetto, tale determinazione dell'utile netto verrà forse resa più agevole dalla preventiva indicazione del corrispettivo nel contratto (art. 62, lett. c)[1028].

Il coordinamento della disciplina del codice civile con quella del d.lgs. 276/2003 in tema di lavoro a progetto consente quindi di affermare che il legislatore del 2003 ha inteso riconoscere alle parti di un contratto d'opera (ad entrambe le parti, quindi sia al committente che al prestatore), nell'ipotesi in cui esso si realizzi con le modalità indicate al 1° comma dell'art. 61, tenuto conto delle peculiari caratteristiche del rapporto, il diritto di recedere per giusta causa, concedendo altresì la facoltà di prevedere un recesso "diverso" (per «causali o modalità»). Qualora vi sia da

---

dei rapporti di lavoro subordinato, si configura come *ad nutum*, non necessitando di giustificazione. Questo recesso, che viene a configurarsi come *ius poenitendi*, è disciplinato in maniera analoga a quanto previsto dal codice civile all'art. 1671, in tema di appalto: in argomento v. RUBINO D., *Appalto*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1973.

[1025] In argomento v. PERULLI A., *op. cit.*, p. 322 ss.; GIACOBBE G., GIACOBBE D., *Il lavoro autonomo*. *Contratto d'opera*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Commentario del codice civile*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 205 ss.; SANDULLI P., *Il lavoro autonomo*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 15, t. 1, Utet, Torino, 2001, p. 811, per il quale l'ipotesi di recesso *ex* art. 2227 c.c. «non configura una effettiva situazione di recesso libero, posto che sono determinati puntualmente, a carico del committente, gli effetti negativi di ordine patrimoniale legati a tale recesso, proprio perché privo di una giustificazione quale l'inadempimento o l'impossibilità sopravvenuta».

[1026] PERULLI A., *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, cit., p. 110, rileva però che «l'oggettività del parametro di proporzionalità appare, allo stato, più apparente che reale».

[1027] Così RIVA SANSEVERINO L., *Lavoro autonomo*, cit., p. 188.

[1028] In verità anche le norme in tema di corrispettivo risultano di difficile coordinamento sistematico: mentre nell'art. 62 infatti si prevede, tra gli elementi che devono essere inseriti ai soli fini della prova nel contratto di lavoro a progetto, «il corrispettivo e i criteri per la sua determinazione, nonché i tempi e le modalità di pagamento», nel successivo art. 63 si aggiunge che «il compenso corrisposto ai collaboratori a progetto deve essere proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro eseguito e deve tener conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto». Non sottolineerei troppo la parafrasi del testo costituzionale, a riprova della rilevanza della previsione. Nell'art. 36 Cost., oltre al criterio della proporzionalità, vi è infatti il criterio della sufficienza che assume un ruolo centrale (In argomento, tra gli altri, v. TREU T., *Commento all'art. 36,* in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - il Foro Italiano, Bologna - Roma, 1979, p. 72 ss.; ZOPPOLI L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Esi, Napoli, 1991; e ID., *L'articolo 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in CARUSO B., ZOLI C., ZOPPOLI L. (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, Jovene, Napoli, 1994, p. 93). Dal testo si desume che il corrispettivo deve essere sempre predeterminato e riferito al progetto in funzione del quale ci si obbliga. L'art. 63 assume quindi rilievo *ex post*, per consentire la controllabilità del compenso pagato, sì che il giudice può eventualmente integrare (equitativamente) il corrispettivo versato al collaboratore, qualora esso non risulti «proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro eseguito». Ne discende che l'eventuale fissazione di pagamenti periodici può attenere alle modalità di pagamento, non al *quantum* del compenso. Una prima conseguenza di tale ricostruzione è che se il progetto viene raggiunto prima del termine fissato, deve essere pagato il compenso fissato per intero come se fosse scaduto il termine. Il riferimento al progetto, per un verso, e la indicazione del corrispettivo già nel contratto rendono non ipotizzabile un pagamento "a giornata", in quanto così verrebbe ad essere caratterizzato da determinabilità anche il corrispettivo, laddove la legge prevede che ad essere indicato *per relationem* sia solo il termine e non altri elementi del contratto.

parte dei contraenti l'esercizio di tale facoltà di "espansione" della fattispecie di recesso, tale esercizio incontrerà i limiti già presenti nella legge e quindi essenzialmente - con riferimento alla posizione del solo committente - quelli indicati all'art. 2227 c.c.

Questa lettura del resto pare l'unica che può salvare da una (altrimenti) palese censura di incostituzionalità il richiamato art. 67. Opinare diversamente significherebbe, infatti, sostenere che mentre nel '42 si è ritenuto che tra le parti di un contratto d'opera vi è una diversità di posizioni sul piano sostanziale, che porta il legislatore a prevedere una disciplina minima di tutela del prestatore nell'ipotesi di recesso, il legislatore del 2003 avrebbe (e il condizionale è d'obbligo) ritenuto superate - senza però mai dirlo espressamente - quelle esigenze di tutela specifica, al punto da rendere inapplicabile la stessa disciplina al prestatore che collabori alla realizzazione di un progetto. Ferma restando la discrezionalità del legislatore, si avrebbe però a questo punto una disparità che (oltre a non essere oggetto di delega nella legge 14 febbraio 2003, n. 30) risulterebbe in stridente contrasto con l'art. 3 Cost. Si avrebbe cioè che due prestatori (d'opera) che svolgono la stessa attività, realizzando in concreto la medesima opera, vengano ad essere sottoposti a due normative diverse; in particolare destinatario della disciplina più sfavorevole verrebbe ad essere non il *semplice* prestatore d'opera autonomo ma il prestatore d'opera autonomo che collabori con continuità, coordinandosi con il committente per la realizzazione di un progetto liberamente determinato da quest'ultimo: in una situazione dunque che se non è di subordinazione in senso tecnico-funzionale, evidenzia quanto meno la peculiare soggezione di uno dei contraenti all'altro, foss'anche solo per la migliore realizzazione del coordinamento.

Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*

Massimo Roccella

1. La costruzione dei principi generali: la teoria del ' primato' del diritto comunitario e l'apporto del contenzioso lavoristico 300

1.1 Il 'primato' del diritto comunitario negli sviluppi giurisprudenziali più recenti 303

2. Il rapporto fra diritto comunitario e diritti nazionali alla luce del principio di sussidiarietà 311

3. Il rapporto fra le fonti del diritto del lavoro nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il principio della prevalenza della norma più favorevole 313

3.1. Diritto comunitario (del lavoro) e diritti nazionali: il c.d. principio di 'non regresso' 314

4. Vincoli di carattere generale alle normative e alle prassi nazionali derivanti dal diritto comunitario: a) la questione della cittadinanza europea 316

4.1 b) La tutela dei diritti fondamentali: in particolare il caso K.B. 318

5. Legenda 320

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 23/2004

1. La costruzione dei principi generali: la teoria del 'primato' del diritto comunitario e l'apporto del contenzioso lavoristico

Una ricognizione generale dei rapporti fra diritto comunitario e ordinamenti nazionali non può prescindere dal dato di fatto che "ha visto un contenzioso di tipo giuslavoristico all'origine di tutti i *grands arrêts* della giurisprudenza costituzionale comunitaria"[1029]. La constatazione è ampiamente diffusa e trova riscontro sia nella giurisprudenza più recente, con riguardo all'interpretazione del principio di sussidiarietà (v. *infra* § 2), sia in quella, più risalente nel tempo, attraverso la quale la Corte di giustizia ha dato progressivamente corpo alla teoria del primato del diritto comunitario.

Con l'entrata in vigore del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa" il principio del 'primato' entrerà a far parte del diritto positivo dell'Unione, essendo stato formalizzato nell'art. I-6 del nuovo Trattato, a mente del quale "la Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite *prevalgono sul diritto degli Stati membri*"[1030]. È ben noto, peraltro, che tale principio, in virtù delle affermazioni rintracciabili nella giurisprudenza della Corte, costituisce da tempo l'architrave attorno al quale ruotano i rapporti tra diritto comunitario e diritti nazionali: tenuto conto, d'altra parte, che i capisaldi dell'insegnamento della Corte sono stati fissati nello stadio di evoluzione del diritto comunitario in cui quest'ultimo assegnava marginale rilievo alle questioni di diritto del lavoro, l'apporto incontestabile del contenzioso di matrice lavoristica alla costruzione giurisprudenziale in parola continua ad apparire in qualche misura peculiare e, comunque, meritevole di essere ancora oggi ricordato.

L'elaborazione al riguardo della Corte di giustizia, in ogni caso, è conosciutissima ed ampiamente indagata in sede dottrinale: è possibile, dunque, limitarsi a richiamarne per brevissimi cenni i termini essenziali e fondanti, soffermando maggiormente l'attenzione sugli sviluppi giurisprudenziali più recenti.

Il Trattato istitutivo della Comunità europea (si v. il testo dell'art. 249, già art. 189), nell'enumerare le fonti del diritto comunitario (regolamento, direttiva, decisione, raccomandazione e parere), traccia una *summa divisio* fra fonti vincolanti e fonti (le raccomandazioni e i pareri) che tali non sono, chiarisce che la decisione è un atto normativo obbligatorio soltanto per i destinatari da essa designati e soprattutto stabilisce una distinzione essenziale fra gli atti normativi di portata generale, riconoscendo soltanto ai regolamenti, e non alle direttive, il carattere della diretta applicabilità negli ordinamenti giuridici nazionali[1031]. A fronte di simile assetto, non è difficile

---

[1029] A. Lo Faro, *La Corte di giustizia e i suoi interlocutori giudiziari nell'ordinamento giuslavoristico italiano*, in *LD*, 1998, p. 637. Cfr. anche P. Davies, *The European Court of Justice, National Courts, and the Member States*, in Aa. Vv., *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 101 ss.; M. Roccella, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 14.

[1030] Il Trattato costituzionale dovrebbe entrare in vigore il 1° novembre 2006; qualora però a tale data non siano stati depositati tutti gli strumenti di ratifica, da adottarsi da parte di ciascuno Stato membro "conformemente alle rispettive norme costituzionali" (secondo quanto prevede l'art. IV-447 del Trattato medesimo), l'entrata in vigore sarà rinviata al "primo giorno del secondo mese successivo all'avvenuto deposito dello strumento di ratifica da parte dello Stato firmatario che procede per ultimo a tale formalità".

[1031] Il nuovo Trattato costituzionale arricchisce la tipologia delle fonti del diritto comunitario con la previsione di un atto non legislativo di portata generale, denominato regolamento europeo, da utilizzarsi per l' "attuazione degli atti legislativi e di talune disposizioni specifiche della Costituzione" (art. I-33). Quanto ai regolamenti ed alle direttive previsti dal testo del vigente art. 249 TCE, essi, ribattezzati "legge europea" e, rispettivamente, "legge quadro europea", vengono ora esplicitamente qualificati come atti legislativi,

comprendere perché il primo pilastro della dottrina del 'primato' sia identificabile in quella giurisprudenza della Corte con la quale, già nella fase iniziale di costruzione dell'edificio 'costituzionale' comunitario[1032], si è attribuita ad altre fonti un tipo di efficacia giuridica assimilabile a quella dei regolamenti: riconoscendo, dunque, dapprima ad alcune norme del Trattato stesso (purché espresse in termini chiari, precisi ed incondizionati)[1033], poi anche alle disposizioni delle direttive (anche in questo caso limitatamente a quelle, attributive di diritti, enunciate in maniera incondizionata e con un grado sufficiente di precisione) il carattere della *diretta efficacia* negli ordinamenti degli Stati membri e, conseguentemente, la possibilità per i singoli di avvalersene dinanzi ai giudici nazionali, vuoi nel caso in cui la direttiva non sia stata tempestivamente recepita, vuoi nel caso in cui il recepimento nell'ordinamento nazionale sia avvenuto in maniera non corretta.

Nel contenzioso (lavoristico) della Corte l'affermazione dell'efficacia diretta delle direttive si è manifestata sin dagli anni '70 del secolo scorso[1034]; via via progressivamente affinata nel corso del tempo, essa si è poi definitivamente consolidata con la pronuncia resa nel caso *Marshall I*, originato da una controversia relativa ad un licenziamento discriminatorio per ragioni di sesso[1035], che costituisce tuttora un punto fermo della giurisprudenza della Corte in materia (v. comunque *infra*)[1036].

Proprio in ragione dei contenuti di tale giurisprudenza, da cui consegue che "la natura cogente della direttiva, sulla quale è basata la possibilità di farla valere dinanzi al giudice nazionale, esiste

---

adottandosi una terminologia giuridica più conforme a quella comunemente utilizzata negli Stati membri. Alla modifica lessicale non si sono però accompagnate innovazioni sostanziali: la legge quadro europea (la vecchia direttiva), in particolare, resta "un atto legislativo che vincola tutti gli Stati membri destinatari per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla scelta della forma e dei mezzi". La formulazione dell'art I-33 del nuovo Trattato costituzionale, come si vede, riproduce quasi testualmente quella dell'attuale art. 249 TCE: lasciando immutati, dunque, i termini della problematica (discussa *infra* nel testo) degli effetti delle fonti comunitarie.

1032 Di "costruzione, sentenza dopo sentenza, di un edificio costituzionale, basato sulla rilettura in termini federali dei rapporti tra gli Stati, la Comunità ed i cittadini", parla R. Calvano, *La Corte di giustizia e la costituzione europea*, Cedam, Padova, 2004, p. 61.

1033 Il riconoscimento ha riguardato anche alcune importanti disposizioni del Trattato incidenti sulla materia del lavoro. Con riferimento alla libera circolazione dei lavoratori l'efficacia diretta dell'art. 39 TCE (già art. 48) è stata affermata dalla Corte a partire dalla pronuncia resa nel caso *van Duyn*: Corte di giustizia 4 dicembre 1974, causa 41/74, *van Duyn v. Home Office*, in *Racc.*, 1974, p. 1337. Quanto alla parità retributiva fra lavoratori e lavoratrici, si v., in relazione all'art. 119 del Trattato (l'attuale art. 141, n. 1, TCE), Corte di giustizia 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne v. SA Sabena*, in *Racc.*, 1976, p. 455 (c.d. caso *Defrenne II*); più recentemente, con espresso riferimento all'art. 141, n. 1, TCE si v. Corte di giustizia 17 settembre 2002, causa C-320/00, *Lawrence e altri v. Regent Office Care Ltd e altri*, in *Racc.*, 2002, p. 7345.

1034 Con riguardo all'art. 3, n. 1, della direttiva n. 221/64 si v., con particolare chiarezza, i punti 9-15 di Corte di giustizia 4 dicembre 1974, *van Duyn*, cit.: di rilievo in particolare l'affermazione, poi precisata nella giurisprudenza successiva, della necessità di "esaminare, caso per caso, se la natura, lo spirito e la lettera della disposizione di cui trattasi consentano di riconoscerle efficacia immediata *nei rapporti fra gli Stati membri ed i singoli*" (punto 12: c.m.).

1035 Corte di giustizia 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, in *Racc.*, 1986, p. 723. *Marshall I* è servita alla Corte per esplicitare ulteriormente, chiarendone e sistematizzandone le motivazioni di fondo, la propria dottrina degli effetti diretti delle direttive comunitarie (su cui in precedenza merita di essere ricordata soprattutto Corte di giustizia 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker v. Finanzamt*, in *Racc.*, 1982, p. 53).

1036 Nella giurisprudenza comunitaria recente su questioni di diritto del lavoro se ne può trovare ripetuta conferma: si v., ad esempio, Corte di giustizia 4 dicembre 1997, cause riunite C-253/96 ed altre, *Kampelmann*, in *Racc.*, 1997, p. 6907 (con riguardo alla direttiva n. 91/533, relativa all'obbligo del datore di lavoro d'informare il lavoratore sulle condizioni applicabili al rapporto di lavoro); Corte di giustizia 17 dicembre 1998, causa C-2/97, *Società italiana petroli v. Borsana*, in *Racc*, 1998, p. 8597 (con riguardo a due direttive in materia di protezione della salute dei lavoratori); nonché Corte di giustizia 9 febbraio 1999, causa C-167/97, *Seymour Smith e Perez*, in *Racc.*, 1999, p. 623; Corte di giustizia 20 marzo 2003, causa C-187/00, *Kutz-Bauer v. Freie und Hansestadt Hamburg*, in *Racc.*, 2003, p. 2741 (entrambe riguardanti, come *Marshall I*, l'efficacia diretta dell'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207).

solo nei confronti dello Stato membro cui è rivolta"[1037] (c.d. efficacia diretta 'verticale'), si spiega l'importanza sempre maggiore che è andato via via acquisendo il secondo pilastro della teoria del 'primato'. Le direttive comunitarie, in effetti, possono penetrare nell'ordinamento nazionale ove non sia stato adempiuto l'obbligo di trasposizione, ovvero la trasposizione sia stata operata in maniera inadeguata, non soltanto qualora contengano disposizioni direttamente efficaci (di cui il singolo può avvalersi soltanto in una controversia nei confronti dello Stato o comunque di una pubblica autorità), ma anche attraverso una seconda modalità, apparentemente meno incisiva, in pratica di grande rilievo. In virtù dell'*obbligo di interpretazione conforme*, teorizzato anch'esso dalla Corte inizialmente in relazione ad una controversia in materia di discriminazione di sesso (nell'accesso al lavoro) e divenuto poi una costante della sua giurisprudenza, si è imposto un vincolo stringente ai giudici nazionali, a fronte del quale nelle vicende giudiziarie in cui sia stato fatto riferimento a una direttiva comunitaria essi sono tenuti a "interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva"[1038], a prescindere dalla circostanza che la relativa normativa nazionale sia precedente o successiva all'adozione della direttiva (e che non sia ancora spirato il termine entro il quale la direttiva dev'essere trasposta nell'ordinamento interno: su quest'ultimo punto v. comunque *infra*).

L'obbligo di interpretazione conforme può e deve essere adempiuto dal giudice nazionale sfruttando nella misura massima possibile le tecniche argomentative e gli spazi di discrezionalità di cui dispone nell'assolvimento della propria funzione istituzionale di interpretazione ed applicazione della legge. Ciò vuol dire, in altre parole, che "il giudice nazionale deve…, tra i metodi di interpretazione in vigore nel suo sistema giuridico, dare la precedenza al metodo che gli consente di dare alla disposizione di diritto nazionale di cui trattasi un significato compatibile con la direttiva"[1039]. Niente di meno, ma anche niente di più: al vincolo che ne discende, in effetti, non si può riconoscere portata illimitata. Attraverso l'interpretazione conforme si può riuscire in un gran numero di casi a rendere operanti disposizioni di una direttiva prive dei caratteri dell'efficacia diretta o perché non espresse in termini incondizionati e sufficientemente precisi[1040], o perché non invocate nei confronti dello Stato o di una pubblica autorità (utilizzandole, dunque, anche per risolvere controversie tra privati); ciò non toglie che l'obbligo in questione si arresti necessariamente di fronte all'ostacolo rappresentato dall'incompatibilità assoluta fra norma comunitaria e norma nazionale: allorché emerga, in altre parole, un conflitto rispetto al quale "il giudice nazionale è perfettamente autorizzato a concludere che egli non può interpretare il diritto nazionale alla luce di quello comunitario"[1041].

[1037] Corte di giustizia 26 febbraio 1986, *Marshall,* cit. (punto 48 della motivazione).

[1038] Corte di giustizia 10 aprile 1984, causa 14/83, *von Colson e Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, in *Racc.*, 1984, p. 1909.

[1039] Sono parole dell'avv. gen. van Gerven: si v. il punto 8 delle sue conclusioni nel ben noto caso *Marleasing*, in *Racc.*, 1990, p. 4146.

[1040] È ancora l'avv. gen. van Gerven (nelle sue conclusioni, cit. in nota 11, p. 4146) a ricordare che "la disposizione di cui trattasi della direttiva non deve…essere necessariamente 'incondizionata e sufficientemente precisa' per essere utilizzata come criterio di interpretazione".

[1041] D. Curtin, *State Liability under Community Law: a New Remedy for Private Parties,* in *ILJ*, 1992, p. 81. La delimitazione della portata dell'obbligo di interpretazione conforme è dovuta alla stessa Corte: v. Corte di giustizia 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing SA v. La Commercial Internacional de Alimentacion SA*, in *Racc.*, 1990, p. 4135. Ancora di recente, riflettendo sulla c.d. "dottrina *Marleasing*", si è dovuto ammettere che l'obbligo di interpretazione conforme "non è assoluto, ma deve rispettarsi per quanto possibile… *Marleasing* non richiede al giudice nazionale di seguire un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale": T. Tridimas, *Black, White, and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited*, in *YEL*, 21, 2001-2002, p. 347.

I limiti riconosciuti dalla stessa Corte sia all'efficacia diretta delle direttive[1042], sia all'obbligo di interpretare il diritto nazionale in conformità a quello comunitario, avrebbero evidentemente lasciata aperta la possibilità che in molteplici occasioni la violazione dei diritti riconosciuti ai singoli dal diritto comunitario restasse senza conseguenza alcuna. Con l'affermazione della responsabilità risarcitoria dello Stato membro inadempiente al diritto comunitario, peraltro, il cerchio è stato chiuso. Tratteggiato per la prima volta anch'esso in una pronuncia originata da una controversia di matrice lavoristica, legata all'interpretazione della direttiva n. 80/987 relativa alla tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro, il principio in questione, in effetti, può essere apprezzato sia dal punto di vista della tutela dei singoli, sia come tessera conclusiva del mosaico progressivamente costruito dalla Corte per sostenere la teoria del primato del diritto comunitario. Entrambi i profili emergono limpidamente dalla sentenza *Francovich*, dal momento che, per la Corte, "sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciute, se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro"[1043].

1.1 Il 'primato' del diritto comunitario negli sviluppi giurisprudenziali più recenti

La giurisprudenza più recente della Corte con riguardo ai diversi profili della dottrina del 'primato' non sembra essersi discostata dalle affermazioni di principio enunciate nei *leading cases* sin qui richiamati. Non sono mancate, tuttavia, precisazioni ulteriori, a fronte delle quali si deve, ancora una volta, notare la persistente attitudine del contenzioso di matrice lavoristica a stimolare la Corte nella sua opera di affinamento di principi generali; per altro verso certi aspetti della giurisprudenza della Corte di giustizia continuano a suscitare discussioni dottrinali ed obiezioni, o almeno tentativi di puntualizzazione, da parte di qualche avvocato generale.

Va segnalato, innanzi tutto, che alle direttive comunitarie, in pendenza del termine per la loro trasposizione nell'ordinamento nazionale, si deve riconoscere quella che potrebbe essere definita come 'efficacia impeditiva' delle scelte dei legislatori nazionali, ricavabile dalla circostanza che la direttiva entra in vigore alla data da essa stessa stabilita o, in mancanza di indicazioni al riguardo, nel ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale[1044]. Tale circostanza è stata valorizzata dalla Corte alla luce del principio di collaborazione leale fra Comunità e Stati membri di cui all'art. 10 TCE (riformulato ora dall'art. I-5 § 2 del nuovo Trattato costituzionale): la posizione di alcuni di essi, volta a sostenere che, "fino alla scadenza del termine per la trasposizione di una direttiva, gli Stati membri restano liberi di adottare disposizioni ad essa non conformi", è stata così rigettata, in base all'assunto che, anche in pendenza del termine in questione,

---

[1042] Limiti che non riguardano le disposizioni del Trattato, le quali, se ritenute direttamente efficaci, operano sia in senso 'verticale', sia in senso 'orizzontale', potendo dunque essere richiamate per dirimere anche controversie fra privati: si v., con particolare chiarezza, Corte di giustizia 8 aprile 1976, *Defrenne*, cit., (punti 38/39 della motivazione), ove si afferma che, essendo l'art. 119 "di natura imperativa, il divieto di discriminazione tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile riguarda…non solo le pubbliche autorità, ma vale del pari per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come pure per i contratti fra singoli".
[1043] Corte di giustizia 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e 9/90, *Francovich e altri v. Repubblica italiana*, in *Racc.*, 1991, p. 5414 (punto 33 della motivazione).
[1044] Si v. la formulazione dell'art. 254 TCE ed ora, con riferimento alla futura legge quadro europea, l'art. I-39 del Trattato costituzionale.

incombe l'obbligo di "astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa"[1045]. Un'eco di tale giurisprudenza sembra riconoscibile in quella della Corte costituzionale italiana. Si ricordi, a questo proposito, che la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione della legge 18 aprile 1962, n. 230 in materia di lavoro a tempo determinato fu dichiarata inammissibile proprio perché l'eventuale esito abrogativo, ancorché destinato a prodursi in pendenza del termine per la trasposizione della pertinente direttiva comunitaria, avrebbe comunque determinato una situazione di evidente contrasto fra i contenuti della stessa e il nostro ordinamento[1046].

Con riguardo al periodo concesso agli Stati membri ai fini della trasposizione nell'ordinamento interno, la questione più rilevante attiene comunque all'estensione dell'obbligo di interpretazione conforme: trattandosi di accertare se, in pendenza del termine per la trasposizione, di esso debbano comunque tenere conto i giudici nazionali[1047]. Il problema, affiorato nella giurisprudenza della Corte[1048], è stato affrontato con soluzioni non univoche dagli avvocati generali[1049]. È davvero un peccato, dunque, che la Corte non abbia colto l'occasione di fornire un chiarimento di fondo in proposito, lasciando cadere nel vuoto le sollecitazioni rivoltele dall'avv.gen. Kokott nelle conclusioni rese sul recentissimo caso *Wippel*[1050]. Allo stato si può solo prendere atto che le conclusioni dell'avvocato generale, relative ad una controversia coinvolgente l'interpretazione di alcuni profili della direttiva n. 97/81 sul lavoro a tempo parziale, s'erano spese a favore della necessità di riconoscere il rilievo più ampio all'obbligo in parola: dal momento che "le scelte politiche di fondo del legislatore comunitario sul lavoro a tempo parziale e, con esse, l'obiettivo della direttiva n. 97/81 sono stati fissati in via definitiva sin dal momento dell'entrata in vigore di quest'utima", ne discenderebbe la conseguenza che "le disposizioni del diritto nazionale, in particolare le clausole generali e i concetti giuridici indeterminati, debbano essere interpretate ed applicate in

---

[1045] Entrambe le citazioni da Corte di giustizia 18 dicembre 1997, causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL v. Regione vallona*, in *Racc*., 1997, p. 7411 (punti 38 e 45 della motivazione). Più recentemente si v., nello stesso senso, Corte di Giustizia 8 maggio 2003, causa C-14/02, *ATRAL SA v. Stato belga*, in *Racc*., 2003, p. 4431 (punto 58 della motivazione); Corte di giustizia 5 febbraio 2004, causa C-157/02, *Rieser*, non ancora pubblicata in *Racc*. (punto 66 della motivazione).

[1046] Secondo la Corte costituzionale "quando, come nel caso in esame, la direttiva prevede un termine per l'adeguamento di ciascun ordinamento nazionale alle sue prescrizioni, l'obbligo di conformazione sorge come tale a carico dello Stato fin dal momento dell'entrata in vigore della direttiva…, e quindi, anche durante la pendenza del termine, la sopravveniente normazione interna dello Stato non può estrinsecarsi con contenuti configgenti con i principi della direttiva": Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 41, in *RGL*, 2000, I, p. 164.

[1047] È pacifico viceversa che, in pendenza del termine di trasposizione, un singolo non può invocare l'efficacia diretta di una direttiva nei confronti di uno Stato membro per far disapplicare una disposizione di diritto interno con essa configgente. Dal momento infatti che il "termine è diretto, in particolare, a dare agli Stati membri il tempo necessario all'adozione dei provvedimenti di trasposizione, non si può contestare agli stessi Stati l'omessa trasposizione della direttiva nel loro ordinamento giuridico interno prima della scadenza di tale termine": Corte di giustizia 5 febbraio 2004, *Rieser*, cit., punti 67-69 della motivazione (confermativa di orientamenti già precedentemente espressi).

[1048] Si v. il punto 15 della motivazione di Corte di giustizia 8 ottobre 1987, causa 80/86, *Procedimento penale a carico di Kolpinghuis Nijmegen*, in *Racc*., 1987, p. 3969, e l'accenno ad essa nelle conclusioni dell'avv.gen. van Gerven, cit., p. 4147.

[1049] Oscillanti fra la posizione favorevole alla sussistenza di un obbligo di interpretazione conforme di portata generale (riferibile dunque a qualsiasi normativa interna entrata in vigore prima dell'adozione della direttiva o dello spirare del relativo termine di trasposizione) e quella più cauta, per la quale l'obbligo di interpretazione conforme si rifletterebbe soltanto sulle normative espressamente adottate per il recepimento della direttiva (prima della scadenza del termine di trasposizione).

[1050] Corte di giustizia 12 ottobre 2004, causa C-313/02, *Wippel v. Peek & Cloppenburg*, non ancora pubblicata in *Racc*.

conformità…anche prima della scadenza del relativo termine di trasposizione"[1051]. Merita di essere rimarcato che l'impostazione dell'avvocato generale appariva tutt'altro che fine a se stessa: nella vicenda austriaca all'origine di *Wippel*, invero, non si è mancato di mettere in evidenza che "le scelte di fondo del legislatore comunitario sul lavoro a tempo parziale si ripercuotono in particolar modo sui divieti di discriminazione di diritto interno presenti già prima della scadenza del termine di trasposizione e possono influenzarne l'interpretazione e l'applicazione"[1052].

L'obbligo di interpretazione conforme, per quanto esteso possa essere, non può comunque essere dilatato sino al punto di porsi in rotta di collisione con i "principi generali di diritto che fanno parte del diritto comunitario, e più specificamente … quelli della certezza del diritto e dell'irretroattività"[1053]. Una controversia lavoristica, relativa all'interpretazione della direttiva riguardante la protezione della salute dei lavoratori addetti a videoterminali, ha consentito alla Corte di precisare ulteriormente la sua giurisprudenza in materia, ribadendo che l'obbligo di interpretazione conforme deve intendersi soggetto ad un limite insuperabile, in ragione del quale può ritenersi senz'altro precluso l'effetto di determinare o aggravare, in osservanza di siffatto obbligo, una responsabilità di carattere penale[1054]. Si è così confermato, in altre parole, che a fronte del conflitto fra due principi diversi, quello che "vieta le interpretazioni estensive nel diritto penale e quello che obbliga i giudici nazionali a interpretare il diritto nazionale conformemente alle direttive"[1055], il primo è destinato a prevalere[1056].

In assolvimento dell'obbligo di interpretazione conforme, in ogni caso, resta escluso che il giudice debba o possa trasformarsi in una sorta di sostituto del legislatore. Questo limite generalissimo,

---

[1051] Le conclusioni dell'avv.gen. Kokott, assai discutibili sotto altri aspetti non rilevanti in questa sede, sono state presentate il 18 maggio 2004 (e non ancora pubblicate in *Racc.*): le citazioni sono tratte dai punti 61 e 63.

[1052] Così ancora nel punto 63 delle conclusioni.

[1053] In questi termini si esprime l'avv.gen. van Gerven (v. il punto 8 delle sue conclusioni, cit., p. 4147), sulla scorta di Corte di giustizia 8 ottobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, cit. (punto 13 della motivazione); cfr. anche Corte di giustizia 11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò*, in *Racc.*, 1987, p. 2545 (punto 20 della motivazione), nonché, più recentemente, Corte di giustizia 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Procedimento penale a carico di L. Arcaro*, in *Racc.*, 1996, p. 4705 (punti 42-43 della motivazione).

[1054] Corte di giustizia 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, *Procedimenti penali v. X*, in *Racc.*, 1996, p. 6609 (punti 23-26 della motivazione). La pronuncia è particolarmente significativa sia perché chiarisce definitivamente che è ammissibile un'interpretazione conforme di carattere estensivo da parte del giudice nazionale, salvo quando ciò comporti un aggravamento della responsabilità penale dell'imputato; sia soprattutto perché essa ha riguardato una direttiva trasposta nell'ordinamento interno, mentre la giurisprudenza precedente in materia si era sempre occupata di fattispecie in cui il recepimento non aveva ancora avuto luogo: in proposito si v. le conclusioni dell'avvocato generale, in *Racc.*, 1996, p. 6612 (punto 55) e in dottrina C. Alessi, *Orario di lavoro e tutela della salute innanzi alla Corte di giustizia*, in *DRI*, 1997, 2, p. 134 ss.

[1055] Sono parole dell'avv.gen. Ruiz-Jarabo Colomer: si v. il punto 60 delle conclusioni, cit., p. 6623.

[1056] Nelle sue conclusioni (punto 76) l'avvocato generale opportunamente precisa che ciò non significa rimettere in discussione il principio del primato del diritto comunitario in favore di "un'inesistente supremazia della legge penale interna": tant'è vero che quest'ultima dovrà essere modificata dallo Stato interessato "una volta accertato il suo inadempimento nei confronti del diritto comunitario". Si tratta piuttosto di un esito interpretativo necessitato dal doveroso rispetto dovuto ad uno dei "principi comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri", riconoscibile, peraltro, come "principio basilare dello stesso diritto comunitario".
Del resto, la prevalenza del diritto comunitario anche sul diritto penale degli Stati membri è confermata dal fatto che, nella situazione inversa a quella richiamata nel testo, l'applicazione del diritto comunitario può portare a "dover considerare lecita una condotta definita come reato dalla legge nazionale" (punto 64 delle conclusioni). Si può rammentare, con riguardo ad una vicenda giurisprudenziale assai discussa anche da noi, che proprio questo era il problema al centro del caso *Stoeckel* (Corte di giustizia 25 luglio 1991, causa C-345/89, *Procedimento penale contro A. Stoeckel*, in *Racc.*, 1991, p. 4047) nel contesto di un procedimento suscitato dalla violazione della legge francese che vietava il lavoro notturno femminile (colpendo l'infrazione con sanzioni penali): v. M. Roccella, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, cit., pp. 51 e 211.

in forza del quale l'obbligo di interpretazione conforme non può spingersi oltre la misura del possibile, si evince già dalla primissima giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto[1057], è stato successivamente ribadito in numerose occasioni[1058] e mai davvero rimesso in discussione dalla Corte. Fatto è che, di quando in quando, tornano ad affacciarsi opinioni tributarie di una certa concezione dell'obbligo di interpretazione conforme in virtù della quale, a fronte del contrasto fra diritto interno e diritto comunitario, il giudice nazionale sarebbe chiamato ad operare una sorta di *interpretatio abrogans* delle norme del primo[1059], tale da consentire sempre e comunque di interpretare il diritto nazionale in conformità di quello comunitario. Si è sostenuto, in particolare, che almeno "certi settori dell'ordinamento giuridico, quali il diritto del lavoro e il diritto della tutela dei consumatori, che disciplinano rapporti tra singoli, mostrano una flessibilità che può consentire, senza grossi problemi, un'interpretazione delle norme nazionali alla luce del diritto comunitario in grado di contribuire alla loro evoluzione"[1060].

Affermazioni del genere, invero, appaiono ampiamente opinabili e potrebbero essere smentite da molteplici esempi di contrasto insanabile fra normative (lavoristiche) nazionali e diritto comunitario[1061]. La giurisprudenza della Corte, del resto, solo a prezzo di non lievi forzature potrebbe

---

[1057] Nel punto 28 della motivazione di *von Colson*, cit., si legge che "spetta al giudice nazionale dare alla legge…, *in tutti i casi in cui il diritto nazionale gli attribuisce un margine discrezionale*, un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle esigenze del diritto comunitario" (c.m.).

[1058] Nel caso *Marleasing*, cit., aderendo all'impostazione dell'avv. gen. van Gerven (per il quale l'obbligo "si impone ogni volta che la disposizione di legge nazionale può, in qualche misura, essere soggetta ad interpretazione": v. il punto 8 delle conclusioni, cit., p. 4146), la Corte ha specificato che l'obbligo di interpretazione conforme va rispettato "quanto più possibile" (punto 8 della motivazione). Si tratta di una precisazione poi quasi sempre ripetuta: v., in particolare, il punto 26 della motivazione della notissima Corte di giustizia 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori v. Recreb*, in *Racc*., 1994, p. 3325 (ivi anche l'ammissione della possibilità che "il risultato prescritto dalla direttiva non possa essere conseguito mediante interpretazione": punto 27 della motivazione). Nella giurisprudenza lavoristica più recente si v., nello stesso senso, Corte di giustizia 15 maggio 2003, causa C-160/01, *Karen Mau v. Bundesanstalt für Arbeit*, in *Racc*., 2003, p. 4791.

[1059] Idee del genere hanno trovato spazio (non solo) nella dottrina italiana e possono forse spiegarsi anche in ragione del fatto che, a suo tempo, la sentenza *Marsealing* fu erroneamente tradotta nel testo italiano della *Raccolta*, omettendo un inciso essenziale per intendere la reale portata dell'obbligo gravante sui giudici: da assolversi, secondo la Corte, *dans toute la mesure du possibile* (così nel punto 8 del testo francese), ovvero *as far as possibile* (punto 8 della versione in lingua inglese). Per ulteriori riferimenti in proposito v. M. Roccella, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, cit., p. 75. Più recentemente la medesima svista si riscontra nel punto 41 della versione italiana della sentenza *Arcaro*, cit.

[1060] Tale opinione dottrinale è richiamata adesivamente nella nota 72 delle conclusioni dell'avv. gen. Ruiz –Jarabo Colomer presentate il 27 aprile 2004 nelle cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*, non ancora pubblicate in *Racc*.

[1061] Basti ricordare, per limitarsi alle più recenti vicende del nostro ordinamento, che l'attuale disciplina in tema di ferie annuali retribuite, introdotta dall'art.1, lett. d) del d.lgs. 19 luglio 2004, n. 213 (a mente del quale tale periodo, pur " non inferiore a quattro settimane", " va goduto per almeno due settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, *per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione*" [c.m.]) appare *ictu oculi* contrastante con l'art. 7, n. 1, della direttiva n. 93/104, del 23 novembre 1993: la Corte di giustizia, invero, dopo aver ribadito l'inderogabilità di tale disposizione, ha precisato che essa "deve intendersi nel senso che le modalità di applicazione nazionali devono comunque rispettare il diritto a ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane" (così nel punto 31 della motivazione di Corte di giustizia 18 marzo 2004, causa C-342/01, *Merino Gomez v. Continental Industrias*, non ancora pubblicata in *Racc*.). Sotto altro aspetto un contrasto fra diritto comunitario (nella specie la direttiva in materia di trasferimento d'impresa) e diritto interno può ravvisarsi con riguardo all'esclusione generalizzata della possibilità di riconoscere che "l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore" (art. 29, comma 3°, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276) costituisce trasferimento d'impresa. In proposito si è scritto che la soluzione adottata dal legislatore italiano sarebbe "compatibile con il diritto comunitario scritto, ma non con la giurisprudenza comunitaria" (M. Borzaga, *Trasferimento di azienda e successione di contratti d'appalto, prima e dopo il d.lgs. n. 276/2003, tra diritto comunitario scritto e giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *RIDL*, 2004, II, 468). Si tratta, peraltro, di una contraddizione in termini: dal momento che non può esistere diritto comunitario altro da quello interpretato dalla Corte di giustizia, resta solo da prendere atto della divergenza sul punto fra diritto interno e direttiva comunitaria.

essere richiamata per sostenere che in diverse controversie, nelle quali è venuto in rilievo l'obbligo di interpretazione conforme, la Corte di giustizia non si sarebbe limitata ad enunciarlo, ma si sarebbe "spinta oltre, indicando al giudice che l'aveva interrogata in proposito il risultato concreto che si doveva conseguire in ciascun caso" o almeno "il modo migliore di realizzare lo scopo della direttiva"[1062]. Non sembra proprio, ad esempio, che nel caso *Bernáldez*[1063] la Corte abbia indicato "al giudice nazionale che la compagnia di assicurazioni doveva indennizzare le vittime, anche se la legislazione nazionale non lo prevedeva"[1064]. È vero, piuttosto, che anche in questa occasione la Corte si è limitata ad interpretare il diritto comunitario (nella specie le direttive in materia di "assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli"), senza entrare nel merito del "possibile uso di quella interpretazione nel procedimento nazionale"[1065]. La Corte, d'altra parte, aveva già inequivocabilmente chiarito che la circostanza che le direttive siano prive di effetto diretto orizzontale, e quindi inutilizzabili come tali per dirimere una controversia fra privati, "non significa che una questione pregiudiziale sull'interpretazione…sia inammissibile"[1066], restando sempre da verificare la possibilità di impiegare in via mediata il diritto comunitario per la soluzione della controversia, attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme.

Non è forse un caso, peraltro, che la versione più dilatata dell'obbligo di interpretazione conforme (o una variante di essa) sia stata riproposta dall'avv.gen. Ruiz-Jarabo Colomer nelle sue conclusioni relative al caso *Pfeiffer*, ovvero in relazione ad una controversia relativa all'interpretazione di alcuni aspetti della direttiva comunitaria in materia di orario di lavoro. Tentativi del genere, infatti, lasciano trasparire abbastanza agevolmente la finalità di aggirare i limiti della giurisprudenza della Corte in ordine all'efficacia diretta (solo) verticale delle direttive e tradiscono l'insoddisfazione che una parte della dottrina[1067] ed alcuni avvocati generali da tempo mostrano nei confronti dell'impostazione della Corte di giustizia: insoddisfazione particolarmente accentuata con riguardo al rapporto fra diritto comunitario e diritto (nazionale) del lavoro, in ragione del fatto che il riconoscimento di efficacia diretta solo verticale alle direttive permette di avvalersi dei diritti assicurati dal diritto comunitario soltanto ai dipendenti dello Stato (o di altre pubbliche autorità) e non ai lavoratori dipendenti da privati datori di lavoro. Il divario di tutela fra gli uni e gli altri, peraltro, è indiscutibile, ma non ignorato dalla Corte: sin dalla pronuncia resa nel caso *Marshall I*, in effetti, la Corte si è confrontata con l'obiezione che l'efficacia solo verticale delle direttive comporterebbe "come conseguenza una distinzione arbitraria ed iniqua fra i diritti dei dipendenti dello Stato e quelli dei dipendenti privati", osservando che "una distinzione del genere

---

[1062] Le citazioni sono tratte dai punti 25 e 30 delle conclusioni dell'avv.gen. Ruiz-Jarabo Colomer nel caso *Pfeiffer*, cit.

[1063] Enfatizzato dall'avv.gen. Ruiz-Jarabo Colomer nelle sue conclusioni nel caso *Pfeiffer*, cit.

[1064] Così nel punto 32 delle conclusioni, cit. in nota prec.

[1065] T. Tridimas, *op. cit*., p. 352. Anche in *Bernáldez*, in effetti, la Corte parte dal presupposto che, "secondo costante giurisprudenza, spetta unicamente ai giudici nazionali, che debbono assumere la responsabilità della decisione giudiziaria, valutare, tenuto conto delle peculiarità di ogni causa, …la necessità di una pronuncia in via pregiudiziale per essere posti in grado di statuire nel merito": Corte di giustizia 28 marzo 1996, causa C-129/94, in *Racc*., 1996, p. 1852 (punto 7 della motivazione).

[1066] T. Tridimas, *op.cit*., p. 354 con riferimento a Corte di giustizia 7 dicembre 1995, causa C-472/93, *Spano e altri v. Fiat Geotech*, in *Racc*., 1995, p. 4321.

[1067] Testimoniata dalla consistente mole di contributi recenti sulla questione dell'efficacia delle direttive: si v. (anche per i riferimenti bibliografici) il saggio di T. Tridimas, cit.

potrebbe…esser agevolmente evitata se lo Stato membro interessato avesse correttamente trasposto la direttiva nel suo diritto nazionale"[1068].

Potrebbe sembrare un'affermazione un po' troppo sbrigativa, ed invece si tratta di un rilievo altamente rivelatore. La giurisprudenza della Corte sull'efficacia diretta delle direttive, invero, è stata motivata, e continua ancora oggi a potersi spiegare, non tanto in ragione di obiettivi di tutela dei singoli, quanto come strumento di sostegno al principio del primato del diritto comunitario. L'idea che sia "opportuno evitare che lo Stato possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario"[1069], in altre parole, appare intimamente legata ad "un intento…sanzionatorio, qual è quello di ovviare, per quanto possibile, alle negligenze e ai ritardi degli Stati membri nell'adempimento puntuale e corretto degli obblighi loro imposti da una direttiva"[1070]. Coerentemente l'efficacia verticale delle direttive ammessa dalla Corte opera solo unilateralmente, a vantaggio dei singoli e mai dello Stato inadempiente, dovendosi ritenere che "un'autorità nazionale non può far valere a carico di un privato una disposizione di una direttiva per la quale non si è ancora proceduto alla necessaria attuazione nell'ordinamento giuridico nazionale"[1071].

È possibile, naturalmente, che qualche pronuncia un po' troppo ellittica della Corte si sia prestata a fraintendimenti; è ancor più probabile che qualche avvocato generale e certe corti nazionali, prese da eccesso di zelo europeista, abbiano voluto fraintendere, riconoscendo alle direttive un tipo di efficacia non distinguibile da quella dei regolamenti[1072]. Certo è che la Corte di giustizia non sembra essersi mai davvero allontanata dall'assunto che estendere la giurisprudenza sugli effetti diretti delle direttive "all'ambito dei rapporti tra singoli significherebbe riconoscere in capo alla Comunità il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetto immediato obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti"[1073]. Vale la pena di aggiungere che non pare neppure ragionevolmente ipotizzabile un mutamento di registro da parte della Corte a fronte delle indicazioni contenute nel nuovo Trattato costituzionale, che appaiono prive di innovazioni di sostanza in ordine all'efficacia dei diversi tipi di atti normativi comunitari[1074].

[1068] Corte di giustizia 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, cit. (punto 51 della motivazione).

[1069] Corte di giustizia 26 febbraio 1986, cit. (punto 49 della motivazione).

[1070] G. Arrigo, *Ordinamento comunitario e modifica del Titolo V, Parte II della Costituzione*, in *QL*, 2004, n. 27, p. 70. Il rilievo comunque è ampiamente diffuso.

[1071] Corte di giustizia 8 ottobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, cit. (punto 10 della motivazione).

[1072] Potrebbe essere questo il caso delle ricadute italiane della sentenza *Bellone* (Corte di giustizia 30 aprile 1998, causa C-215/97, *Bellone v. Yokohama spa*, in *Racc*., 1998, p. 2191), utilizzata per risolvere una controversia fra privati in materia di contratto di agenzia in applicazione diretta della direttiva 86/653/CEE, nonostante la pronuncia della Corte si fosse limitata (ovviamente) a fornire l'interpretazione del diritto comunitario, senza dare alcuna indicazione ulteriore al giudice nazionale.

[1073] Corte di giustizia 14 luglio 1994, *Faccini Dori*, cit. (punto 24 della motivazione). La Corte, da ultimo, ha confermato la propria giurisprudenza in materia con la pronuncia resa nel caso *Pfeiffer*, ove risulta affermato, con inequivocabile nettezza, che "anche una disposizione chiara, precisa ed incondizionata di una direttiva…non può essere applicata come tale nell'ambito di una controversia che ha luogo esclusivamente tra privati" (punto 109 della motivazione). In *Pfeiffer*, sotto altro aspetto, sono stati ribaditi, senza accedere all'impostazione caldeggiata dall'avvocato generale, anche i limiti dell'obbligo di interpretazione conforme: pur dovendo tener conto di qualsiasi norma nazionale gli consenta di pervenire ad un risultato non contrastante con quello cui mira la direttiva, infatti, resta fermo che il giudice nazionale non deve spingere l'operazione ermeneutica oltre la misura del possibile (punti 113- 119 della motivazione): Corte di giustizia 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e altri v. Deutsches Rotes Kreuz*, non ancora pubblicata in *Racc*.

[1074] V. *supra*, in nota 3.

Va comunque sottolineato che il riconoscimento di efficacia diretta (solo) verticale alle direttive è suscettibile di applicazioni assai incisive, sicuramente più ampie di quanto si potrebbe a tutta prima immaginare. Si è già accennato che, nell'area del diritto penale, a fronte di un contrasto fra diritto interno e direttiva comunitaria può affiorare un profilo di efficacia diretta verticale di quest'ultima: la direttiva, in altre parole, può essere invocata a fronte della pretesa punitiva dello Stato, con il risultato di paralizzare l'applicazione della sanzione penale[1075]. Va poi ricordato, in secondo luogo, che "neanche il fatto che l'effetto diretto di una disposizione di una direttiva si ripercuota sui diritti dei singoli, che non sono parti del rapporto verticale, ha rappresentato un ostacolo per il riconoscimento di tale effetto da parte della Corte"[1076]. Ancora recentemente la Corte, pur ribadendo che "il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano creare obblighi a carico dei singoli", ha confermato che "per contro, mere ripercussioni negative sui diritti di terzi, anche se certe, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti dello Stato membro interessato"[1077].

In virtù del principio del primato del diritto comunitario, infine, la preminenza delle disposizioni di una direttiva sul diritto nazionale può essere fatta valere anche quando le norme nazionali contrastanti siano di rango costituzionale. In un recente caso relativo all'interpretazione della direttiva n. 76/207 la Corte non ha così avuto difficoltà a sostenere che le regole comunitarie sulla parità di trattamento fra lavoratori e lavoratrici, espressive di un diritto fondamentale nell'ordinamento comunitario, ostano all'applicazione di una normativa nazionale che escluda in generale le donne dagli impieghi militari comportanti l'uso di armi: ancorché la normativa in questione si fondasse su una disposizione della costituzione tedesca e, dunque, "il diritto interno ad essere sindacato fosse sostanzialmente lo stesso *Grundgesetz*"[1078].

Quanto al terzo pilastro della dottrina del 'primato', le indicazioni emergenti dalla pronuncia resa nel caso *Francovich* sono state in più occasioni riprese e ulteriormente affinate dalla Corte. La Corte stessa, ad ogni modo, ha voluto sottolineare che le precisazioni successive potevano ritenersi implicite al ragionamento sviluppato in *Francovich*[1079]. Per quanto riguarda, in particolare, il

---

[1075] V. *supra*, in nota 28; in dottrina cfr. G. Tesauro, *La sanction des infractions au droit communautaire*, in *RDE*, 1992, p. 507.

[1076] Così nel punto 41 delle conclusioni dell'avv. Ruiz-Jarabo Colomer, cit. in nota 32.

[1077] Entrambe le citazioni da Corte di giustizia 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells*, non ancora pubblicata in *Racc*. (punti 56 e 57 della motivazione anche per ampi riferimenti di precedenti giurisprudenziali conformi). A proposito della giurisprudenza della Corte nelle c.d. situazioni 'triangolari' si v. K. Lackhoff e H Nyssens, *Direct Effect of Directives in Triangular Situations*, in *ELR*, 1998, p. 397 ss.

[1078] R. Calvano, *op. cit*., p. 264 con riferimento a Corte di giustizia 11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Kreil v. Repubblica federale di Germania*, in *Racc*., 2000, p. 69. In *Kreil*, in effetti, il governo tedesco s'era difeso innanzi alla Corte in primo luogo sostenendo che le norme nazionali controverse erano "conformi al principio costituzionale che vieta alle donne di svolgere un servizio armato" (punto 12 della motivazione). Dopo la pronuncia della Corte, d'altra parte, la costituzione tedesca è stata rapidamente emendata con l'approvazione, nel dicembre 2000, di una legge di modifica dell'art. 12a § 4 del *Grundgesetz* (sul punto v. R. Calvano, *op. cit*., p. 265). Si può altresì ricordare che la Corte, a più forte ragione, non è disponibile ad ammettere difese nazionali, seppure basate su norme di carattere costituzionale, allorché vengano in rilievo violazioni di norme del Trattato direttamente efficaci: si v. da ultimo, con riferimento al principio della libera circolazione dei lavoratori ed ai limiti all'accesso all'impiego pubblico nei confronti dei cittadini di altri Stati membri, Corte di giustizia 2 luglio 1996, causa C-473/93, *Commissione v. Granducato del Lussemburgo*, in *Racc*., 1996, p. 3207 (punti 37-38 della motivazione).

[1079] La questione cruciale è quella delle condizioni sufficienti per l'insorgere della responsabilità risarcitoria dello Stato inadempiente alle prescrizioni del diritto comunitario. In *Francovich* tali condizioni sono state riconosciute nella circostanza che "il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli"; che "il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base

presupposto aggiuntivo per l'affermazione della responsabilità risarcitoria dello Stato, ravvisato nella sussistenza di "una violazione sufficientemente grave e manifesta", si è osservato che tale "condizione, che pure non è stata menzionata nella sentenza *Francovich*, era tuttavia inerente alla fattispecie oggetto della causa"[1080].

In relazione ad una controversia relativa al diritto di libera circolazione dei lavoratori, di cui all'art. 39 (già art. 48) del Trattato, la Corte ha poi colto l'occasione di respingere l'impostazione sostenuta da alcuni Stati membri, chiarendo definitivamente che la piena efficacia delle norme comunitarie "verrebbe rimessa in discussione e la tutela dei diritti che esse riconoscono sarebbe affievolita se fosse escluso che i singoli possano, a talune condizioni, ottenere un risarcimento allorché i loro diritti sono lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro". Vero è che, con riguardo alla specifica ipotesi, le condizioni fissate in precedenza dalla Corte sono state ridefinite in termini alquanto più restrittivi: in palese omaggio alla dottrina del 'primato', tuttavia, resta fermo che, "in ogni caso, una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata allorché la decisione di cui trattasi è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte"[1081].

La problematica in esame si è prestata ancora ad ulteriori puntualizzazioni con riguardo all'eventualità che la violazione del diritto comunitario, fonte di responsabilità risarcitoria, si produca nell'ambito di uno Stato di tipo federale. In proposito, occorre ricordare che "la ripartizione di competenze fra Stato e Regioni non costituisce oggetto di disciplina da parte del diritto comunitario"[1082]. Da questa premessa è stato possibile per la Corte ricavare un doppio ordine di conseguenze: da una parte si è sostenuto che, "negli Stati membri a struttura federale, al risarcimento dei danni causati ai singoli da provvedimenti interni adottati in violazione del diritto comunitario non deve necessariamente provvedere lo Stato federale perché gli obblighi comunitari dello Stato membro siano adempiuti"[1083]; dall'altra si è precisato che "il diritto comunitario non osta a che la responsabilità gravante su un ente di diritto pubblico di risarcire i danni provocati ai singoli da provvedimenti da esso adottati in violazione del diritto comunitario possa sorgere *oltre* a quella dello Stato membro stesso"[1084] (c.m.).

Solo qualche parola, infine, può essere spesa per rammentare che il contenzioso di matrice lavoristica è stato diffusamente utilizzato dalla Corte di giustizia per sviluppare la propria giurisprudenza, anch'essa intimamente connessa alla dottrina del 'primato', in materia di sanzioni per

---

delle disposizioni della direttiva"; che sussista "un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi" (punto 40 della motivazione).

[1080] Corte di giustizia 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94 ed altre, *Dillenkofer v. Repubblica federale di Germania*, in *Racc*., 1996, p. 4845 (punto 23 della motivazione). Su *Dillenkofer* v. T. Hervey, Francovich *Liability Simplified*, in *ILJ*, 1997, p.74 ss.; S. Furlan, *Il risarcimento dei danni causati dalla mancata attuazione di una direttiva: la sentenza* Dillenkofer, in *DUE*, 1997, p. 463 ss.

[1081] Entrambe le citazioni da Corte di giustizia 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler v. Repubblica d'Austria*, non ancora pubblicata in *Racc*. (punti 33 e 56 della motivazione). In proposito si v. già Corte di giustizia 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, in *Racc*., 1996, p. 1029 (punto 57 della motivazione).

[1082] G. Arrigo, *op. cit*., p. 66. Cfr. anche Corte di giustizia 12 giugno 1990, causa C-8/88, *Repubblica federale di Germania v. Commissione*, in *Racc*., 1990, p. 2321 (spec. punto 13 della motivazione).

[1083] Corte di giustizia 1° giugno 1999, causa C-302/97, *Konle v. Repubblica d'Austria*, in *Racc*., 1999, p. 3099 (punto 64 della motivazione).

[1084] Corte di giustizia 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim*, in *Racc*., 2000, p. 5123 (punto 34 della motivazione).

violazioni del diritto comunitario, attraverso la quale si è prodotto l'effetto di vincolare la discrezionalità in materia dei legislatori nazionali sia nell'*an*, sia nel *quomodo*. A prescindere dall'esistenza di previsioni specifiche nel diritto comunitario scritto, l'esigenza che alle violazioni di tale diritto si accompagni l'applicazione di sanzioni è stata fondata dalla Corte su principi generali: sull'obbligo di cooperazione leale fra Comunità e Stati membri, sancito dall'art. 10 TCE, nonché sul principio dell'efficace trasposizione delle direttive comunitarie[1085]. Tale giurisprudenza ha finito con l'influenzare lo stesso legislatore comunitario: una previsione sanzionatoria come quella prevista dall'art. 17 della direttiva 2000/78/CE (relativa alla fissazione di "un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro"), ad esempio, si spiega proprio alla luce delle ormai consolidate indicazioni in materia della Corte[1086].

2. Il rapporto fra diritto comunitario e diritti nazionali alla luce del principio di sussidiarietà

La fecondità dell'intreccio fra diritto del lavoro e diritto comunitario ha avuto modo di manifestarsi in maniera quanto mai significativa anche in relazione ad una questione di cruciale rilievo quale quella dell'interpretazione del principio di sussidiarietà. Nei confronti della giurisprudenza sin qui richiamata, in effetti, è pertinente il rilievo che l'origine lavoristica dei casi trattati può aver rappresentato "una preoccupazione secondaria per la Corte"[1087]. La stessa osservazione, viceversa, sarebbe meno convincentemente riproponibile con riguardo all'interpretazione del principio di sussidiarietà, delineata dalla Corte ancora una volta in occasione di una controversia attinente ad un importante profilo disciplinare del rapporto di lavoro. Se si ha presente, invero, che il principio di sussidiarietà, già prima, ed ancor più dopo la sua codificazione nel Trattato di Maastricht[1088], è stato enfatizzato soprattutto dai fautori di una dimensione 'minima' dell'Europa sociale, come strumento funzionale, in altre parole, a circoscrivere portata ed intensità dell'intervento regolativo comunitario nell'area dei rapporti di lavoro (e delle politiche sociali), sembra difficile considerare meramente fortuito il fatto che la Corte abbia espresso il proprio punto di vista in proposito nel contesto di una pronuncia sulla validità (contestata dal Regno Unito) della direttiva relativa ad alcuni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro. Tenuto conto, anzi, che lo Stato ricorrente non aveva "espressamente invocato la violazione del principio di sussidiarietà in quanto motivo di annullamento della direttiva"[1089], si potrebbe essere portati a pensare che la Corte non abbia proprio voluto lasciarsi sfuggire l'occasione di tracciare la soluzione che deve esserle apparsa più congrua rispetto all'obiettivo di non paralizzare sul nascere le prospettive di sviluppo di un ordinamento di tipo federale.

1085 Ampi riferimenti in proposito in M. Roccella, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, cit., cap. sesto.

1086 L'art. 17 della direttiva 2000/78, sotto la rubrica "sanzioni", contiene una norma ai sensi della quale "gli Stati membri determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per la loro applicazione. Le sanzioni, che possono prevedere un risarcimento dei danni, devono essere effettive, proporzionate e dissuasive".

1087 P. Davies, *The European Court of Justice*, cit. in nota 1, p. 113.

1088 Il principio di sussidiarietà risulta attualmente dall'art. 5 TCE. L'art. I-11 § 3 del Trattato costituzionale lo ha riformulato, prevedendo altresì una procedura di controllo da parte dei parlamenti nazionali.

1089 Si v. la precisazione in tal senso dell'avv.gen. Léger, in *Racc.*, 1996, p. 5783 (punto 124 delle conclusioni).

A prescindere da qualsiasi ulteriore considerazione in proposito, ad ogni modo, ciò che occorre sottolineare è proprio il merito della soluzione indicata dalla Corte, secondo la quale, "poiché il Consiglio ha constatato la necessità di migliorare il livello esistente di tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori e di armonizzare, in una prospettiva di progresso, le condizioni esistenti in tale settore, la realizzazione di un obiettivo siffatto … presuppone necessariamente un'azione di dimensioni comunitarie"[1090]. La replica alle contestazioni del Regno Unito non avrebbe potuto essere più lapidaria, tanto da poter quasi suscitare la sensazione di trovarsi di fronte ad un'affermazione tautologica, se non proprio ad una mancata risposta. Si tratterebbe però, va subito detto, di un'impressione sbagliata. Dietro tanta nettezza di argomentazione, invero, non è difficile scorgere una valutazione di fondo sulla portata del principio di sussidiarietà, che la Corte mostra di intendere assai più come un criterio *politico*, che non un principio giuridico di ripartizione delle competenze fra Comunità e Stati membri: come tale suscettibile di apprezzamento ampiamente discrezionale da parte del Consiglio, e comunque inadatto a condizionare seriamente le decisioni che quest'ultimo intenda assumere[1091].

Non è difficile comprendere l'enorme importanza dell'orientamento espresso dalla Corte sia dal punto di vista del diritto comunitario generale, sia, più specificamente, con riguardo al settore della politica sociale. Basti riflettere sul fatto che il titolo XI, introdotto ad Amsterdam nel Trattato, e in particolare gli artt. 136 e 137, come già il vecchio (ed oggi abrogato) art. 118A, rispetto al quale la Corte ha costruito il suo ragionamento, risultano ampiamente fondati sull'idea di sussidiarietà come criterio regolatore dell'esercizio delle competenze ripartite fra Comunità e Stati membri; un criterio, peraltro, che non potrà più essere brandito come una clava per impedire ogni volontà di approfondimento della dimensione sociale europea, stante il fatto che tutte le volte "in cui esiste un obiettivo di armonizzazione, i provvedimenti adottati dal Consiglio per il conseguimento di detto obiettivo …" saranno "difficilmente censurabili come configuranti una violazione del principio di sussidiarietà"[1092].

[1090] Corte di giustizia 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito v. Consiglio*, in *Racc.*, 1996, p. 5809 (punto 47 della motivazione).

[1091] La pronuncia nel caso *Regno Unito v. Consiglio* è stata ampiamente commentata. Per gli aspetti richiamati nel testo (anche *infra*, § 3) v., per tutti, C. Alessi, *Orario di lavoro*, cit. in nota 26, p. 128 s.; L. Waddington, *Towards a Healthier and More Secure European Social Policy?*, *MJECL*, 1997, p. 83 ss., spec. p. 97. La concezione del principio di sussidiarietà che traspare dalla giurisprudenza della Corte ha trovato eco nel corso dei lavori della Convenzione incaricata di elaborare il progetto di Trattato costituzionale, essendosi sostenuto in quella sede che tale principio è "di natura essenzialmente politica": I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Jovene, Napoli, 2003, p. 167.

[1092] Sono ancora parole dell'avv. gen. Léger, in *Racc.*, 1996, p. 5784 (punto 129 delle conclusioni); ivi anche la realistica osservazione che "sarebbe illusorio attendere dai soli Stati membri la realizzazione dell'armonizzazione auspicata". È del tutto improbabile che il "Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità", ampiamente riformulato ed allegato al nuovo Trattato costituzionale, possa indurre la Corte a mutare giurisprudenza. Nel perseguimento di un obiettivo di armonizzazione, in particolare, si potrà sempre continuare a ravvisare quell'indicatore qualitativo, la cui sussistenza è richiesta dal Protocollo per poter giustificare una normativa comunitaria in forza del principio di sussidiarietà (cfr. in proposito anche il punto 81 della sentenza citata in nota 62). Nell'area del diritto del lavoro, del resto, si può osservare che, già prima della pronuncia della Corte e a più forte ragione dopo, il rispetto del principio di sussidiarietà è evocato in maniera del tutto rituale nel preambolo delle direttive: si v., ad esempio, il punto 12 del preambolo della direttiva 3 giugno 1996, n. 96/34 (in materia di congedi parentali); il punto 20 della direttiva 15 dicembre 1997, n. 97/80 (riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso); il punto 15 della direttiva 15 dicembre 1997, n. 97/81 (in materia di lavoro a tempo parziale); nonché il punto 37 della direttiva 2000/78/CE.
Nella letteratura sul principio di sussidiarietà, oltre al saggio di I. Massa Pinto cit. in nota 63, v., per tutti, K. Lenaerts e P. van Ypersele, *Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3B du Traité CE*, in *CDE*, 1994, p. 3 ss.; G. Strozzi, *Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne: une énigme et beaucoup d'attentes*, in *RTDE*, 1994, p. 373 ss. Per un approccio dal punto di vista lavoristico v. A. Ojeda Avilés, *Subsidiariedad y competencias concurrentes en el derecho social comunitario*, in *RL*, 1994,

3. Il rapporto fra le fonti del diritto del lavoro nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il principio della prevalenza della norma più favorevole

Alla giurisprudenza della Corte si devono anche indicazioni essenziali sul rapporto fra le fonti (internazionali, comunitarie, nazionali) del diritto del lavoro. Nel contesto di un parere relativo alla competenza della Comunità a concludere convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, la Corte ha mostrato abbastanza chiaramente di voler prendere partito in favore della tesi della c.d. "interdipendenza 'progressista' delle norme internazionali ed europee"[1093] in materia di lavoro, stando alla quale eventuali contrasti fra le prime e le seconde dovrebbero sempre potersi superare facendo ricorso al principio del trattamento più favorevole: cosicché uno standard normativo comunitario, più elevato di quello previsto dalla corrispondente convenzione Oil, potrebbe senz'altro essere rispettato dagli Stati membri, senza timore di incorrere in una violazione dei propri obblighi internazionali, stante l'esplicita previsione della prevalenza della norma più favorevole, consacrata nell'art. 19, n. 8, della costituzione dell'Oil; allo stesso modo, a fronte di disposizioni comunitarie meno rigorose di quelle adottate a livello internazionale nella stessa materia, neppure l'obbligo di rispettare il diritto comunitario potrà impedire agli Stati membri di "adottare misure per una maggiore protezione nelle condizioni di lavoro", eventualmente applicando "a tale scopo le disposizioni della convenzione dell'Oil"[1094].

Né può valere l'obiezione che, stante l'oggetto del parere, riguardante la conclusione di una convenzione relativa all'impiego di sostanze chimiche nei luoghi di lavoro, alle affermazioni della Corte si dovrebbe attribuire portata circoscritta alla materia della tutela della salute dei lavoratori. È vero, piuttosto, il contrario: a quelle affermazioni, alla luce delle innovazioni introdotte nel Trattato ad Amsterdam, va ormai riconosciuto rilievo generale, stante il fatto che il principio di salvaguardia della norma più favorevole previsto dall'art. 118A n. 3, su cui risulta fondato il parere della Corte, è stato ripreso con formulazione pressoché identica, ed esteso all'insieme delle competenze comunitarie in materia di lavoro, dal nuovo art. 137 n. 5 del Trattato[1095].

La stessa ispirazione è riconoscibile nella giurisprudenza della Corte sui rapporti fra diritto comunitario e diritti nazionali, arricchita da precisazioni di primaria importanza sui caratteri che può legittimamente assumere la regolazione comunitaria nell'area dei rapporti di lavoro. La pronuncia con la quale la Corte ha respinto il ricorso britannico nei confronti della direttiva sull'orario di lavoro, in effetti, è di fondamentale rilievo non solo per aver rinsaldato le possibilità di azione comunitaria, liberandola dagli intralci legati ad una concezione restrittiva del principio di sussidiarietà; ma anche per le indicazioni fornite in ordine al *quomodo* dell'intervento comunitario.

I, p. 1377 ss.; G. Lyon-Caen, *Subsidiarity*, in Aa.Vv., *European Community Labour Law*, cit. in nota 1, p. 49 ss., spec. p. 57 ss.; G. Arrigo, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 88 ss., spec. p. 171 ss.

[1093] M. Bonnechère, *Ratification des conventions de l'OIT et droit communautaire: observations sur l'avis de la C.J.C.E. du 19 mars 1993*, in *DO*, 1993, p. 275.

[1094] Corte di giustizia 19 marzo 1993, parere 2/91, in *Racc.*, 1993, p. 1062 (punto 18 della motivazione).

[1095] In proposito v. già M. Roccella, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, cit., p. 69 s., anche per ulteriori riferimenti di dottrina sul parere della Corte. Sul parere 2/91 si v. anche A. Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam, Padova, 1999, p. 136 ss. L'art. 137 TCE, com'è noto, è stato riformulato dal Trattato di Nizza (con qualche innovazione che non tocca il principio discusso nel testo, ripreso dal nuovo art. 137, n. 4); ed è ora destinato a rifluire nell'art. III-210 del Trattato costituzionale, il cui § 5 lett. b) stabilisce che "le leggi e leggi quadro europee adottate a norma del presente articolo: … non ostano a che uno Stato membro mantenga o stabilisca misure, compatibili con la Costituzione, che prevedano una maggiore protezione".

A fronte della posizione ancora una volta di segno riduttivo del Regno Unito, secondo la quale le direttive in materia di protezione della salute dei lavoratori avrebbero dovuto limitarsi a rappresentare una sorta di minimo denominatore comune "accettabile per tutti gli Stati membri", la Corte non ha avuto esitazioni a chiarire che la nozione di "prescrizioni minime" accolta dal Trattato "non pregiudica l'intensità dell'azione …" che il Consiglio "può ritenere necessaria" ed implica soltanto il riconoscimento della possibilità per gli Stati membri di "adottare norme più rigorose di quelle che sono oggetto dell'intervento comunitario"[1096].

Anche in questo caso le indicazioni della Corte non si prestano a valutazioni minimizzanti. Tenuto conto che la nozione di prescrizioni minime è stata ripresa, negli stessi termini, dal nuovo art. 137 del Trattato[1097], si può concludere che la misura dell'intervento regolativo comunitario, quale che sia l'oggetto interessato, non potrà risultarne condizionata. La Corte, in definitiva, si è guardata bene dall'accreditare l'esistenza nel sistema del Trattato di impedimenti significativi allo sviluppo della dimensione sociale dell'Unione: evitando di sostenere una lettura del principio di sussidiarietà atta a conferire carattere residuale all'intervento comunitario nell'area in questione; interpretando la nozione di "prescrizioni minime" in maniera tale da non pregiudicare la qualità di quell'intervento[1098]. Con l'assestamento di snodi problematici tanto cruciali, quanto suscettibili di creare "confusione e disordine"[1099] nei rapporti fra Comunità e Stati membri, si è così sgombrato il campo da pretesi ostacoli normativi, restituendo ogni scelta in proposito alla dimensione più appropriata: quella della discrezionalità politica.

3.1. Diritto comunitario (del lavoro) e diritti nazionali: il c.d. principio di 'non regresso'

Se la discrezionalità del legislatore comunitario, alla luce della giurisprudenza della Corte, può dispiegarsi con ampiezza, resta da verificare se lo stesso possa dirsi dei legislatori nazionali allorché sono chiamati a confrontarsi con l'obbligo di trasposizione nell'ordinamento interno (oggi) di una direttiva o (domani) della futura legge quadro europea. È vero infatti che le direttive comportano, in linea di massima, un'obbligazione di risultato per gli Stati membri, da adempiersi "salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi" (art. 249 TCE; I-33 del Trattato costituzionale); va tuttavia tenuto conto che le normative nazionali di trasposizione devono misurarsi, nell'area del diritto del lavoro, con le implicazioni del c.d. principio di 'non regresso'.

[1096] Entrambe le citazioni da Corte di giustizia 12 novembre 1996, *Regno Unito v. Consiglio*, cit. in nota 62 (punti 16 e 17 della motivazione; la medesima idea è ribadita, in termini non meno netti, nel successivo punto 56). L'interpretazione della nozione di "prescrizioni minime" è abbastanza strettamente intrecciata con la questione del rispetto del principio di proporzionalità da parte delle autorità comunitarie: non a caso nella stessa sentenza la Corte ha significativamente puntualizzato che, a fronte di scelte di politica sociale, si deve riconoscere che "il Consiglio dispone di un ampio potere discrezionale" (punto 58 della motivazione) anche con riguardo all'osservanza di tale principio (oggi ritrascritto nell'art. I-11 § 4 del Trattato costituzionale).

[1097] Rimasto immutato sul punto nella riformulazione di Nizza, come pure in quella oggi risultante dall'art. III-210 § 2 lett. b) del Trattato costituzionale.

[1098] Per una conferma dell'interpretazione della nozione di "prescrizioni minime" si v. Corte di giustizia 17 dicembre 1998, *Borsana*, cit. in nota 8 (punto 35 della motivazione). Nella giurisprudenza comunitaria sui rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale del lavoro, per una recente riaffermazione specifica del principio di salvaguardia della norma più favorevole, v. Corte di giustizia 15 maggio 2003, *Karen Mau*, cit. in nota 30 (punto 32 della motivazione).

[1099] G. Lyon-Caen, *Subsidiarity*, cit., p. 61.

Inserite nel corpo delle direttive a partire dai primi anni '90, con formule più o meno stringenti[1100], le clausole di non regresso pongono comunque un problema comune: trattandosi di accertare, fondamentalmente, se esse possano essere intese come una mera indicazione politica, oppure se se ne possa fare discendere un vincolo giuridico vero e proprio. Il dibattito in proposito, in realtà, non si esaurisce nell'alternativa secca appena richiamata, essendo state formulate anche opinioni più sfumate. Da noi esso è stato originato soprattutto dai contenuti delle normative di trasposizione della direttiva in materia di contratti a termine e di quella sull'orario di lavoro[1101]; ma la discussione ferve anche altrove[1102].

La Corte di giustizia non si è mai cimentata sinora con l'interpretazione del principio di non regresso, ma dovrà farlo a breve, nel caso *Mangold v. Helm*, su sollecitazione di un giudice tedesco, che le ha chiesto di interpretare la clausola all'uopo inserita nell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato[1103]. Nella dottrina d'oltralpe si è sostenuto che la clausola di non regresso "ha tanto valore normativo quanto il resto della direttiva", facendosene coerentemente derivare la conseguenza che "il legislatore vede i propri poteri limitati da un nuovo principio che gli impedisce di utilizzare il diritto sociale comunitario come uno strumento d'abbassamento del livello di protezione nazionale dei lavoratori"[1104]. Seppure questa opinione possa apparire troppo categorica, sembra ragionevole supporre almeno che la Corte sarà portata a distinguere fra i contenuti, non uniformi, delle clausole di non regresso inserite nelle diverse direttive, proponendone in ogni caso un'interpretazione di tipo funzionale: riconoscendone, in altre parole, l'obiettivo minimo comune di impedire arretramenti rispetto ai livelli nazionali di tutela previgenti all'adozione della direttiva con riguardo alle finalità della normativa comunitaria di volta in volta rilevante[1105].

[1100] Basti porre a raffronto la clausola di cui all'art. 18.3 della direttiva n. 93/104 sull'orario di lavoro, riprodotta inalterata nell'art. 23 della direttiva di codificazione 2003/88/CE, del 4 novembre 2003 ("Fatto salvo il diritto degli Stati membri di fissare, alla luce dell'evoluzione della situazione, disposizioni legislative, regolamentari, amministrative e convenzionali diverse nel campo dell'orario di lavoro, a condizione che i requisiti minimi previsti dalla presente direttiva siano rispettati, *l'attuazione di quest'ultima non costituisce una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori*"), con la clausola 8.3 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva 1999/70/CE ("L'applicazione del presente accordo *non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori* nell'ambito coperto dall'accordo stesso"), o ancora con quella contenuta nell'art. 8.2 della direttiva 2000/78/CE ("L'attuazione della presente direttiva *non può in alcun caso costituire motivo di riduzione del livello di protezione contro la discriminazione* già predisposto dagli Stati membri nei settori di applicazione della presente direttiva").

[1101] Per riferimenti si v., per tutti, A. Bellavista, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in Aa. Vv., *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 28 ss. e, rispettivamente, P. Pelissero, *Allargamento europeo e regole comunitarie in materia di orario di lavoro: tenuta delle tutele o* race to the bottom*?*, di prossima pubblicazione in *LD*. Sulle clausole di non regresso in generale si v. M. Delfino, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *DLRI*, 2002, p. 487 ss.; L. Garofalo, *Le clausole di "non regresso" nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, in *RGL*, 2004, I, p. 39 ss.

[1102] V., per riferimenti, N. Moizard, *Droit communautaire. Son usage régressif dans la réforme de la charge de la preuve d'un harcèlement*, in *SsL*, 2003, n° 1113, p. 6 ss.

[1103] Causa C-144/04, in *GUUE*, C 146/1, del 29 maggio 2004. Per riferimenti alla legislazione tedesca v. M. Corti, *L'esperienza tedesca: la persistente centralità del lavoro a tempo indeterminato*, in Aa. Vv., *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, cit., p. 190, sp. p. 242 s. (con riguardo al profilo di disciplina all'origine della questione pregiudiziale sollevata innanzi alla Corte di giustizia).

[1104] N. Moizard, *op. cit*., pp. 8, 9. Il giudizio è riferito alla clausola di non regresso contenuta nell'art. 6.2 della direttiva 2000/43/CE (sulla parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica), clausola di tenore assolutamente identico a quello della direttiva 2000/78.

[1105] Per uno sviluppo applicativo del criterio con riferimento alla normativa italiana di trasposizione della direttiva sull'orario di lavoro v. M. Roccella, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali nella XIV legislatura*, in *LD*, 2004, p. 54.

Si può anche immaginare, in definitiva, che la Corte non vorrà interpretare il principio di 'non regresso' come vincolo di immodificabilità assoluta (*in pejus*) delle normative nazionali preesistenti; senza per questo spingersi a negare qualsiasi rilievo giuridico al principio in parola. Si comprende agevolmente, in ogni caso, l'importanza della pronuncia che si attende in relazione al caso *Mangold*. Sin d'ora, peraltro, si può rilevare che l'eventuale considerazione del principio di 'non regresso' come criterio di valore meramente politico non potrebbe essere considerata simmetrica all'interpretazione a suo tempo offerta dalla Corte del principio di sussidiarietà (v. *supra*): in questo caso, invero, un'interpretazione del genere risulterebbe ben poco funzionale alla promozione (dell'effettività) del diritto comunitario. Né ne guadagnerebbe la dimensione sociale dell'Unione: al contrario, si rischierebbe di lasciare campo aperto alle politiche di deregolazione competitiva e di ridare fiato ai fautori di un'Europa sociale 'minima'[1106].

4. Vincoli di carattere generale alle normative e alle prassi nazionali derivanti dal diritto comunitario: a) la questione della cittadinanza europea

È indubbio che l'attività interpretativa della Corte di giustizia comporti vincoli penetranti per tutti i soggetti (legislatore, giudici, pubblica amministrazione) investiti negli ordinamenti nazionali del compito di dare applicazione al diritto comunitario: tenuti ciascuno a tenere conto delle indicazioni di Lussemburgo nella rispettiva area di competenze. L'affermazione che "nell'ambito del diritto comunitario a tutti i livelli…è rinvenibile una larga parte di diritto a formazione giurisprudenziale"[1107], in effetti, può considerarsi scontata, ma comunque assolutamente vera.

L'influenza della Corte, naturalmente, è destinata a dispiegarsi in qualsiasi area del diritto comunitario, ivi compresa, ovviamente, l'ormai copiosa produzione normativa della Comunità in materia di lavoro. Nel contesto di una disamina di carattere generale sui rapporti fra diritto comunitario ed ordinamenti nazionali vale comunque la pena di soffermarsi su un paio di problematiche di fondo, che trovano sempre più spazio nella giurisprudenza della Corte.

Un vincolo di rilievo crescente alle normative e/o alle prassi nazionali è oggi riconoscibile nelle disposizioni del Trattato sulla cittadinanza europea[1108], in virtù dell'interpretazione sempre più stringente offertane dai giudici di Lussemburgo. L'affermazione che "lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri"[1109],

---

[1106] Un profilo particolare della problematica delle clausole di 'non regresso' attiene alla definizione del loro campo di applicazione temporale: potendosi sostenere che la loro efficacia giuridica sia destinata ad esaurirsi al momento della trasposizione della direttiva nell'ordinamento interno, oppure, secondo l'opinione più convincente, che essa perduri nel tempo con riguardo a qualsiasi disposizione nazionale adottata nella materia disciplinata dalla direttiva (v. ancora N. Moizard, *op.loc.cit*.). Si tratta di questione che potrebbe venire in rilievo anche da noi: accogliendosi la seconda delle alternative indicate, infatti, la più recente normativa italiana in materia di ferie (v. *supra*, in nota 33) potrebbe essere contestata anche per violazione della clausola di 'non regresso' inserita nella pertinente direttiva comunitaria.

[1107] R. Calvano*, La Corte di giustizia e la costituzione europea*, cit., p. 101.

[1108] Artt. 17 e 18 TCE, destinati a confluire nell'art. I-10 del Trattato costituzionale.

[1109] Corte di giustizia 20 settembre 2001, causa C-184/99*, Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale*, in *Racc.*, 2001, p. 6193 (punto 31 della motivazione).

ormai consolidata nella giurisprudenza della Corte[1110], non è rimasta una mera enunciazione priva di ricadute pratiche. Le disposizioni in materia del Trattato, innanzi tutto, sono state valorizzate in relazione a situazioni che si presentavano con i tratti tipici della discriminazione alla rovescia: vicende, in altre parole, in cui un determinato trattamento discriminatorio colpisce il cittadino di uno Stato membro in dipendenza del modo di operare di una normativa propria del sistema giuridico di tale Stato. In passato la Corte di giustizia aveva sostenuto che alla cittadinanza dell'Unione (di cui all'art. 17 del Trattato) non è possibile attribuire "lo scopo di ampliare la sfera di applicazione *ratione materiae* del Trattato anche a situazioni nazionali che non abbiano alcun collegamento con il diritto comunitario"[1111]. Più recentemente, pur senza contraddire davvero il precedente, la Corte si è mostrata pronta a cogliere il minimo appiglio per individuare un fattore di collegamento con il diritto comunitario ed escludere che una determinata situazione potesse essere considerata puramente interna ad uno Stato membro. Una normativa belga relativa alla concessione di un'indennità di disoccupazione giovanile, che introduceva "una differenza di trattamento tra i cittadini belgi che hanno compiuto interamente gli studi secondari in Belgio e quelli che, avendo fatto uso della libertà di circolazione, hanno ottenuto il diploma di maturità in un altro Stato membro", è stata così ritenuta incompatibile con il diritto comunitario. Sebbene la pretesa all'origine della controversia sia fatta valere dall'interessato nei confronti dello Stato di cui ha la cittadinanza, infatti, normative del genere svantaggiano "determinati cittadini nazionali per il solo fatto che essi hanno esercitato la loro libertà di circolazione al fine di seguire un insegnamento in un altro Stato membro" e producono "una disparità di trattamento…*contraria ai principi che sono alla base dello status di cittadino dell'Unione*, cioè la garanzia di un medesimo trattamento giuridico nell'esercizio della propria libertà di circolazione" (c.m.)[1112].

Quanto alla libertà di circolazione e di soggiorno, che costituisce il primo corollario dello status di cittadino europeo, un passo decisivo è stato compiuto dalla Corte riconoscendo efficacia diretta alla disposizione del Trattato (l'art. 18.1 TCE) che tale libertà attribuisce. La circostanza che il diritto (di circolazione e) di soggiorno risulti assoggettato ai limiti e condizioni previsti dal Trattato e dal diritto derivato non è apparsa sufficiente alla Corte per negare che l'art. 18.1 del Trattato attribuisca "ai singoli diritti soggettivi che essi possono far valere in giudizio e che i giudici nazionali devono tutelare", dal momento che l'applicazione di tali limiti e condizioni deve pur sempre

---

1110 V., ad es., Corte di giustizia 11 luglio 2002, causa C-224/98, *D'Hoop v. Office national de l'emploi*, in *Racc.*, 2002, p. 6191 (punto 28 della motivazione); da ultimo Corte di giustizia 29 aprile 2004, causa C-224/02, *Heikki Antero Pusa*, non ancora pubblicata in *Racc.* (punto 16 della motivazione).

1111 Corte di giustizia 5 giugno 1997, cause riunite C-64/96 e C-65/96, *Uecker e Jacquet*, in *Racc.*, 1997, p. 3171 (punto 23 della motivazione).

1112 Tutte le citazioni da Corte di giustizia 11 luglio 2002, *D'Hoop*, cit. (punti 33-34-35 della motivazione). A seguito di una precedente sentenza della Corte la normativa belga aveva già subito una modifica per includere nel proprio campo d'applicazione i figli dei lavoratori migranti: donde il profilo di discriminazione alla rovescia emergente nel caso *D'Hoop*. La logica alla base della sentenza *D'Hoop*, pur non potendo considerarsi una novità assoluta nella giurisprudenza della Corte (v. infatti nel punto 31 della motivazione il riferimento a Corte di giustizia 7 luglio 1992, causa C-370/90, *Surinder Singh*, in *Racc.*, 1992, p. 4265 in materia di libera circolazione dei lavoratori), rappresenta comunque uno sforzo evidente di trarre implicazioni concrete dalle disposizioni del Trattato sulla cittadinanza europea. Si v. infatti il più recente caso *Antero Pusa*, cit. in nota 82, di per sé analogo a *D'Hoop*, ma comunque significativo per la precisazione che le disposizioni sulla cittadinanza europea rappresentano un limite alla discrezionalità dei legislatori nazionali anche in settori, come quello dell'esecuzione forzata, di per sé rientranti nella competenza degli Stati membri (punto 22 della motivazione).

ritenersi soggetta a sindacato giurisdizionale e "dev'essere operata …in conformità ai principi generali del diritto comunitario, in particolare del principio di proporzionalità"[1113].

Da ultimo la Corte si è avvalsa delle disposizioni sulla cittadinanza europea per modificare la propria giurisprudenza in ordine alla portata del principio di parità di trattamento di cui godono i lavoratori migranti con riguardo all'accesso all'occupazione. In passato si era negato che il principio di parità fissato dall'art. 39 (già art. 48) TCE riguardasse anche prestazioni di carattere economico. Adesso la Corte è giunta alla conclusione che, "tenuto conto dell'istituzione della cittadinanza dell'Unione e dell'interpretazione giurisprudenziale del diritto alla parità di trattamento di cui godono i cittadini dell'Unione, non si può più escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 48, n. 2, del Trattato…una prestazione di natura finanziaria destinata a facilitare l'accesso all'occupazione sul mercato del lavoro di uno Stato membro"[1114].

4.1 b) La tutela dei diritti fondamentali: in particolare il caso K.B.

Nel rapporto fra diritto comunitario e diritti nazionali un rilievo sempre più significativo appare destinata a rivestire la questione dei diritti fondamentali. Il rispetto di tali diritti, com'è noto, costituisce in primo luogo un criterio di giudizio ai fini del sindacato giurisdizionale sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni della Comunità. Non v'è dubbio, d'altra parte, che esso s'imponga anche come un limite alla discrezionalità dei legislatori nazionali almeno in relazione alle aree d'intervento coperte da regole di diritto comunitario.

La giurisprudenza in materia della Corte di giustizia, pur risalente nel tempo, sembra dare spazio in maniera sempre più diffusa alla tematica dei diritti fondamentali, con richiami, impliciti o espliciti, particolarmente densi di implicazioni anche (o forse soprattutto) su questioni di diritto del lavoro. Si è esattamente rilevato che al fondo del caso *Kreil* (v. *supra*) si poteva scorgere una pesante censura da parte della Corte nei confronti della costituzione tedesca, accusata di non tutelare "adeguatamente i diritti fondamentali"[1115], nella specie quello all'eguaglianza fra lavoratori e lavoratrici. Più recentemente, ancora una questione di disparità di trattamento (in ordine all'applicazione ricevuta in Spagna dalla direttiva n. 80/987/CEE sulla tutela dei lavoratori subordinati nelle situazioni d'insolvenza del datore di lavoro) ha dato alla Corte l'occasione di ricordare che "nel novero dei diritti fondamentali figura in particolare il principio generale di uguaglianza e di non discriminazione": aggiungendo non solo che "secondo una costante giurisprudenza i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza", ma anche che "gli obblighi inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario vincolano parimenti gli Stati membri quando essi danno esecuzione

---

[1113] Entrambe le citazioni da Corte di giustizia 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*, in *Racc*., 2002, p. 7091 (punti 86 e 91 della motivazione). Anche in questo caso dall'affermazione di principio la Corte ha tratto conseguenze di rilievo pratico: il diniego dell'esercizio del diritto di soggiorno riconosciuto dall'art. 18.1 TCE in applicazione dei limiti previsti dalla direttiva 90/364, in particolare in ragione del fatto che l'interessato disponga di un'assicurazione contro le malattie che non copre le cure di pronto soccorso prestate nello Stato membro ospitante, "costituirebbe un'ingerenza sproporzionata nell'esercizio di tale diritto" (punto 93 della motivazione). Sull'efficacia diretta dell'art. 18.1 TCE v., da ultimo, Corte di giustizia 7 settemre 2004, causa C-456/02, *Trojani v. CPAS*, non ancora pubblicata in *Racc.* (punto 31 della motivazione).

[1114] Corte di giustizia 23 marzo 2004, causa C-138/02, *Collins v. Secretary of State for Work and Pensions*, non ancora pubblicata in *Racc*. (punto 63 della motivazione).

[1115] R. Calvano, *La Corte di giustizia e la costituzione europea*, cit., p. 265.

alle discipline comunitarie"[1116] e traendo coerenti implicazioni sanzionatorie dal rilevato contrasto fra il diritto interno e il diritto fondamentale all'uguaglianza[1117].

Nell'ultima giurisprudenza della Corte, sotto altro aspetto, l'esigenza del rispetto dei diritti fondamentali appare diffusamente sottolineata in materia di libera circolazione dei lavoratori. In particolare si è fatto riferimento all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) per interpretare in maniera estensiva i diritti originati dal regolamento 1612/68: ad esempio per negare che "il diritto comunitario non riconoscerebbe al coniuge cittadino di un paese terzo un diritto di soggiorno derivante dal diritto all'educazione dei propri figli", sostenendo invece che l'esigenza del rispetto della vita familiare, di cui all'art. 8 della CEDU, impone che, "qualora i figli godano del diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante al fine di ivi seguire corsi di insegnamento generale conformemente all'art. 12 del regolamento n. 1612/68, tale disposizione dev'essere interpretata nel senso che consente al genitore effettivamente affidatario di tali figli, indipendentemente dalla sua nazionalità, di soggiornare con i medesimi in modo da agevolare l'esercizio di tale diritto"[1118].

È ancora una recentissima vicenda legata all'applicazione del principio di non discriminazione (per ragioni di sesso), ad ogni modo, a testimoniare in maniera esemplare la crescente rilevanza dei diritti fondamentali nel rapporto fra diritto comunitario e diritti nazionali. Nel caso *K.B.* la Corte è tornata ad occuparsi di una discriminazione nei confronti di un transessuale significativamente diversa da quella che, nel notissimo caso *P*, le aveva permesso di affermare che il licenziamento di un transessuale per motivi connessi al suo mutamento di sesso va considerato alla stessa stregua di una discriminazione di sesso[1119]. La signora K.B. infatti avrebbe voluto che, alla sua morte, il proprio convivente transessuale beneficiasse di una pensione di reversibilità, ma questa possibilità risultava negata nell'ordinamento britannico che, da una parte, riservava il diritto in questione al coniuge superstite, dall'altra non consentiva ai transessuali di modificare il proprio atto di nascita a seguito dell'operazione di cambiamento di sesso e, conseguentemente, di contrarre matrimonio. Nel caso *K.B.*, dunque, la discriminazione, a ben vedere, non riguardava

---

[1116] Tutte le citazioni da Corte di giustizia 12 dicembre 2002, causa C-442/00, *Caballero v. Fondo de Garantia Salarial*, in *Racc.*, 2002, p. 11915 (punti 32 e 30 della motivazione).

[1117] Utilizzando criteri elaborati con riferimento alle discriminazioni retributive fra lavoratori e lavoratrici, la Corte ha ricordato che "quando venga accertata una discriminazione, incompatibile col diritto comunitario, e finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, l'osservanza del principio di uguaglianza può essere garantita solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata". In ipotesi del genere, dunque, spetta al "giudice nazionale…disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria" (punti 42 e 43 della motivazione).

[1118] E ciò "indipendentemente dal fatto che il matrimonio tra i genitori sia stato *medio tempore* sciolto o che il genitore cittadino dell'Unione europea non sia più lavoratore migrante nello Stato membro ospitante": Corte di giustizia 17 settembre 2002, *Baumbast*, cit. (in particolare punti 66,72,73 della motivazione). Sull'impiego dell'art. 8 della CEDU v. altresì Corte di giustizia 23 settembre 2003, causa C-109/01, *Secretary of State for the Home Department v. Akrich*, non ancora pubblicata in *Racc.*; cfr. anche Corte di giustizia 25 luglio 2002, causa C-459/99, *MRAX v. Stato belga*, in *Racc.*, 2002, p. 6591e per un precedente nella giurisprudenza meno recente Corte di giustizia 18 maggio 1989, causa 249/86, *Commissione v. Repubblica Federale di Germania*, in *Racc.*, 1989, p. 1263; da ultimo Corte di giustizia 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos e Oliveri*, non ancora pubblicata in *Racc.* (punto 98 della motivazione). L'art. 8.1 della CEDU è stato quasi testualmente ripreso dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (ora dall'art. II-67 del Trattato costituzionale): in proposito v. T. Groppi, *Rispetto della vita privata e familiare*, in Aa. Vv., *L'Europa dei diritti*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 76 ss.

[1119] Corte di giustizia 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. v. S. e Cornwall County Council*, in *Racc.*, 1996, p. 2143.

"direttamente il godimento di un diritto tutelato dal Trattato, bensì uno dei suoi presupposti"; la disparità di trattamento, in altre parole, incideva "non sul riconoscimento di una pensione di reversibilità per vedovi, ma soltanto su quello di una condizione previa necessaria: la capacità di contrarre matrimonio"[1120]. Si aggiunga che la Commissione aveva negato la rilevanza nella controversia del diritto comunitario dal momento che "la definizione della nozione di matrimonio è questione di diritto di famiglia, che rientrerebbe nella competenza degli Stati membri"[1121].

Con un ragionamento ancorato all'esigenza di tutela dei diritti umani in maniera ancora più accentuata di quanto non avesse fatto nel caso *P*, la Corte si è però sbarazzata di qualsiasi obiezione, rilevando che già la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva ritenuto che la legislazione britannica fosse in contrasto con il diritto fondamentale di contrarre matrimonio sancito dall'art. 12 della CEDU, e che tanto doveva ritenersi sufficiente per giudicare incompatibile con il diritto comunitario (nella specie con l'art. 141 TCE) una normativa nazionale, ancorché incidente negativamente soltanto in via riflessa sul godimento di un diritto riconosciuto dal Trattato[1122].

Nella sentenza *K.B*. la Corte ha certamente dato una risposta positiva alla sollecitazione dell'avvocato generale, che l'aveva invitata ad operare affinché "il diritto comunitario non sia soltanto una meccanica disciplina dell'economia, ma costituisca invece un ordinamento a misura della società che deve reggere"[1123]. Più in generale, pur a prezzo forse di qualche salto logico nell'argomentazione, la Corte di giustizia ha dimostrato di voler prendere sul serio i diritti fondamentali ed il proprio compito di assicurarne il rispetto nell'ordinamento comunitario.

Dall'inserimento nella parte II del Trattato costituzionale della Carta dei diritti fondamentali adottata a Nizza nel 2000, nonché dall'esplicita adesione dell'Unione alla CEDU (v. l'art. I-9 § 2), la giurisprudenza della Corte in materia di diritti fondamentali, ivi compresi ovviamente quelli sociali, sembra destinata a trarre nuova linfa. Non v'è in questo nulla di particolarmente nuovo? E' troppo poco? Può darsi. Certo è che, in un momento in cui il diritto del lavoro è messo in questione da più parti, si tratta almeno di un solido ancoraggio, da cui è lecito attendersi che la Corte di giustizia saprà spremere tutto il succo (giuridico) possibile.

5. Legenda

CDE = Cahiers de droit européen

DLRI = Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali

DO = Droit ouvrier

DRI = Diritto delle relazioni industriali

DUE = Il Diritto dell'Unione Europea

[1120] Così nel punto 74 delle conclusioni dell'avv.gen. Ruiz-Jarabo Colomer, non ancora pubblicate in *Racc*.

[1121] Corte di giustizia 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *K.B. v. National Health Service Pensions Agency*, non ancora pubblicata in *Racc.* (punto 24 della motivazione).

[1122] Si v. in particolare i punti 33 e 34 della sentenza *K.B*. Il rilievo riconosciuto dalla Corte alla tutela dei diritti dell'uomo traspare anche dall'esplicito riferimento alla CEDU nel dispositivo di *K.B.*: "L'art. 141 CE osta, in linea di principio, ad una legislazione che, in violazione della CEDU…impedisca ad una coppia, quale K.B. e R., di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro".

[1123] Punto 80 delle conclusioni, cit.

ELR	= European Law Review
GUUE	= Gazzetta ufficiale dell'Unione europea
ILJ	= Industrial Law Journal
LD	= Lavoro e diritto
MJECL	= Maastricht Journal of European and Comparative Law
QL	= Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
Racc	= Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia
RGL	= Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
RIDL	=Rivista italiana di diritto del lavoro
RL	= Relaciones laborales
RDE	= Rivista di diritto europeo
RTDE	= Revue trimestrielle de droit européen
SsL	= Semaine sociale Lamy
YEL	= Yearbook of Euroepean Law

La tutela del lavoratore ceduto*

Luigi de Angelis

1. La posizione del lavoratore ceduto tra mantenimento dei diritti e tutela dal trasferimento d'azienda. 323

2. La tematica del diritto di opposizione del lavoratore alla cessione del contratto di lavoro. 325

3. Le tecniche di tutela generali. 330

4. Il controllo sulla fattispecie. Rinvio. 331

5. Informazione e consultazione sindacale e tutela individuale del lavoratore. 332

6. Informazione e consultazione sindacale e tutela collettiva. Azione ex art. 28 l. n. 300/70 e giudizio di cognizione ordinaria promosso dai sindacati. 334

7. Contenuto ed effetti del provvedimento reso ai sensi dell' art. 28 l. n. 300/70; in particolare, con riguardo all' operazione traslativa ed ai rapporti individuali di lavoro. 335

7.1. Segue. Violazioni attuate mediante atti contrattuali o unilaterali e conseguenze giuridiche sulle misure a latere al trasferimento. 341

7.2 Segue. Violazione degli obblighi di informazione e consultazione sindacali e conseguenze sugli accordi di cui all' art. 47. 343

8. Cenni sulle condotte represse ex art. 28. 344

9. Il mantenimento dei diritti del lavoratore ceduto. 345

9.1 Segue. L' irrilevanza del trasferimento d' azienda al fine del licenziamento. 348

9.2 Segue. Dimissioni e successiva assunzione. 350

10. La responsabilità solidale di acquirente ed alienante ex art. 2112, secondo comma, c.c., e la liberazione dell' alienante. 350

11. La nuova responsabilità solidale nell' *internalizzazione di ritorno* (art. 2112, sesto comma, c.c.). 352

12. Cenni alla tutela processuale del dipendente ceduto di pubblica amministrazione. 355

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 24/2004

1. La posizione del lavoratore ceduto tra mantenimento dei diritti e tutela dal trasferimento d'azienda.

Per rendersi conto della centralità del profilo della tutela del lavoratore ceduto nell'ambito del più vasto tema dei trasferimenti d' azienda, è utile considerare come larga parte delle regole in materia, introdotte progressivamente nel tempo a partire dal 1990, si inserisca nella disposizione originaria, l' art. 2112 c.c., sotto la nuova rubrica, propria dell' art. 1 d.lgs. n. 18/2001 e conforme del resto all' intitolazione del decreto medesimo, "*mantenimento dei diritti* dei lavoratori in caso di trasferimento d' azienda" (il corsivo è nostro); disposizione caratterizzata, rispetto al più generale art 2558 c.c., dall' inderogabilità delle sue norme,[1124] tipico carattere delle regole di garanzia a favore dei lavoratori.

Tale prospettiva, che è in sintonìa con la normativa comunitaria in materia volta a garantire la salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento di datore di lavoro,[1125] è diversa da quella originaria, essenzialmente orientata verso l' interesse di cedente e cessionario di conseguire il massimo utile dalla cessione della sua attività economica trasferendola nella sua integrità, e, rispettivamente, di acquisire un' impresa in grado di operare nel mercato nel pieno delle sue potenzialità, e già messa in crisi dalla disciplina vincolistica sui licenziamenti del 1966 e, ancor più, successiva.[1126]

È una prospettiva che si è fortificata con le svariate modifiche normative sollecitate appunto dal diritto comunitario[1127] e risoltesi essenzialmente nel riconoscimento di un ruolo sindacale nell' operazione traslativa, sempre orientato verso l' ampliamento dello spettro di tutela del lavoratore, appunto nel rafforzamento di alcune garanzie del dipendente, e nella puntualizzazione della nozione di trasferimento; quest' ultima, però, anche con riguardo al trasferimento parziale, cui è dedicata soprattutto dal d.lgs. n. 18/2001, ma anche dal d.lgs. n. 276/03,[1128] un' attenzione che, eccettuato l' aspetto della procedura di informazione e consultazione sindacale (art. 47, primo comma, l. n. 428/1990, era stata propria della sola elaborazione giurisprudenziale e dottrinale.

[1124] Cfr. per tutti R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda Art. 2112*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993, 74 ss., 78 ss., anche nota n. 14.

[1125] Cfr., per l'inderogabilità in senso sfavorevole ai lavoratori della tutela comunitaria cfr., da ult., Cgce, 6 novembre 2003, C-4/01, Serene, in *LG*, 2004, 865, con nota di L.C. NATALI, *Trasferimento d' azienda: la Corte Ce ribadisce il proprio favore verso la garanzia dei diritti previdenziali dei lavoratori.*

[1126] Cfr. per tutti M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro,* Torino, 2004, 354 ss.; V. LUCIANI, *Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori: il bilanciamento di interessi nell'evoluzione dell'art. 2112 c.c.,* in AA. VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema,* a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli, Napoli, 2004, 562 ss.

[1127] Sull' evoluzione del diritto comunitario in argomento anche alla luce della giurisprudenza della corte di giustizia cfr., tra gli altri,oltre al contributo di R. FOGLIA in questo volume, A. LEPORE, *Il trasferimento d'azienda tra diritto interno e disciplina comunitaria,* in *MGL,* 2001, 186 ss.; S. GIUBBONI, *L'*outsourcing *alla luce della direttiva 98/50 Ce,* in *DLRI,* 1999, 424 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Il riflessi della direttiva 98/50(Ce sull' ordinamento italiano, ibid.*, 463 ss.; da ult., R. FOGLIA, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale comunitaria in materia di trasferimento d'azienda,* in *QDLRI,* 2004, n. 28, 189 ss.; R. SANTAGATA, *Trasferimento del ramo d'azienda tra disciplina comunitaria e diritto interno,* in AA. VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema, cit*., 608 ss.; v. altresì, la ricostruzione della giurisprudenza comunitaria in Cass., 10 gennaio 2004, n. 206, in *RIDL,* 2004, II, 653, con nota di A. SITZIA, *Trasferimento di parte d' azienda, smaterializzazione dell'impresa e esternalizzazioni: il caso Ansaldo e l'art. 32, d.lgs. n. 276/2003*, in *OGL*, 2004, I, 95, e in *NGL*, 2004, 496.

[1128] Sull'*iter* legislativo e concertativo che ha preceduto la modifica dell'art. 2112 c.c. cfr. A. MARESCA, *Modifica all'articolo 2112 comma quinto, del codice civile,* in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro,* coordinato da M. Pedrazzoli, Bologna, 2004, 373.

Si è trattato di un'elaborazione anch'essa sensibilmente mutata nel corso degli anni per effetto del profondo cambiamento delle forme organizzative e produttive delle imprese e della loro *smaterializzazione*, e, in particolare, per effetto dell' affermarsi del fenomeno che è ormai noto come quello delle esternalizzazioni delle attività produttive e, soprattutto, dei servizi.[1129] Se per decenni la questione, risolta positivamente,[1130] ha avuto ad oggetto l'applicazione al trasferimento parziale di una disciplina di garanzia (appunto, di mantenimento dei diritti), negli ultimi anni l'asse si è di frequente spostato verso la tutela del lavoratore *dal* trasferimento, dal momento che l'affermazione del principio d'insensibilità del rapporto di lavoro alle vicende circolatorie dell'impresa si è trasformata in strumento volto anche e soprattutto ad agevolare i predetti processi di esternalizzazione.[1131] Tanto che si è parlato, a riguardo, di crisi d' identità dell' art. 2112 c.c.,[1132] e si è evidenziato il venir meno della corrispondenza tra forma giuridica e realtà economica sottostante.[1133]

Di qui, sull'onda di alcune importanti vicende giudiziarie, in particolare - ma non solo -[1134] dei notissimi *casi Ansaldo* ed *Alcatel*,[1135] e sulle sollecitazioni imposte dal diritto comunitario, una nuova riflessione sulla stessa nozione di trasferimento d'azienda, ed il sorgere della tematica della necessità o meno del consenso del lavoratore ceduto, la cui soluzione negativa era data assolutamente per scontata in passato: una normativa avente la indicata finalità di garanzia, si è rilevato, non può esser letta stravolgendola e svalutando altresì la dimensione contrattuale e dell'autonomia delle parti nel rapporto di lavoro, tanto più se si considera che la finalità stessa è sancita dalla disciplina europea in vista di consentire ai lavoratori di restare alle dipendenze del cessionario nella stessa situazione convenuta con il cedente. Onde la necessità, nel caso di trasferimento parziale d'azienda, di non applicare in blocco la normativa prevista per il trasferimento totale, ma di distinguere all'interno di essa tenendo conto della *ratio* delle varie regole.[1136]

1129 In proposito cfr., tra gli altri, R. ROMEI, *Il campo di applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda,* in AA. VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema,* cit., 580; ID., *Cessione di ramo di azienda e appalto,* in *DLRI,* 2003, 325 ss.; A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione,* in *ADL*, 2003, 473 ss.

1130 Ad es., Cass., 17 marzo 1993, n. 3148, in *RIDL,* 1993, II, 413.

1131 Cfr., tra i tanti, R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003,* in AA. VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema, cit*., 570.

1132 Cfr. A. MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL,* 2001, 588; anche in AA. VV., *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa,* a cura di G. SANTORO PASSARELLI e R. FOGLIA, Milano, 2002, 16 (da ora le citazioni saranno fatte dalla rivista).

1133 Cfr. S. MAINARDI, *"Azienda" e "ramo d'azienda": il trasferimento nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276,* in *DLM*, 2003, 685.

1134 V. la sintesi della casistica in F. SCARPELLI, *"Esternalizzazioni" e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce,* in AA. VV., *Scritti in memoria di Massimo D' ANTONA,* v. I, t. II, Milano, 2004, 1469 ss. (lo scritto, lievemente modificato dal più recente, è anche in *DRI*, 1999, 362: le citazioni verranno da ora fatte dal volume).

1135 Sul primo caso cfr. gli approdi di Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207, 25 ottobre 2002, n. 15105, in *FI,* 2003, I, 103, con nota di A.M. PERRINO, anche, s.m., *ibid.*, 458, con nota di R. COSIO, *La cessione del ramo d'azienda: un cantiere aperto*, ed *ivi* riferimenti pure alle decisioni da cui la vicenda è partita; v. altresì sul secondo, strettamente inerente la tematica del consenso (affrontata anche da Cass. 15105/02, cit.), Cass. 23 luglio 2002, n. 10761 e 22 luglio 2002, n. 10701, in *RIDL*, 2003, II, 148, con nota critica di F. SCARPELLI, *Nozione di trasferimento di ramo di azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*.

1136 Cfr. F. SCARPELLI, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di* M. MAGNANI e F. SCARPELLI, in *DLRL*, 1999, 501; v. altresì ID., *"Esternalizzazioni" e diritto del lavoro, cit.,* 1487 ss.; M. AIMO, *Le garanzie individuali dei lavoratori,* in P. PELISSERO, M. AIMO, D. IZZI, *Il trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno,* in *RGL*, 1999, 858 ss.

2. La tematica del diritto di opposizione del lavoratore alla cessione del contratto di lavoro.

Tale rilievo è stato disatteso dalla giurisprudenza di legittimità, che, a conclusione dei casi segnalati nel precedente §, ha escluso l'esistenza del c.d. diritto di opposizione del lavoratore alla cessione del contratto di lavoro.[1137] Nè deve trarre in inganno circa un mutamento di rotta la recentissima Cass. 28 settembre 2004, n. 1939, la quale si è limitata a ritenere fondate le critiche mosse alla decisione d'appello da una lavoratrice, ricorrente in cassazione, per avere ritenuto provata dalla richiesta al cedente del saldo di spettanze retributive l'esistenza della volontà di opposizione della lavoratrice stessa al trasferimento, e a ritenere invece logica ed adeguatamente motivata la decisione per avere tratto la volontà abdicativa al trasferimento dalla richiesta sempre al cedente di ripresa dell'attività lavorativa. Ciò, si badi bene, in un caso in cui la ricorrente ha negato l'operatività del trasferimento automatico dei lavoratori in caso di cessione d'azienda sulla base del diritto comunitario, e in cui di questo non si è discusso avanti la corte di cassazione.

Né, del resto, la tesi che riconosce il diritto d'opposizione ha convinto la dottrina prevalente.[1138]

Ciò nonostante il rilievo riportato in conclusione del precedente § è di quelli che fanno seriamente pensare, e se ne dovrà tener conto tra breve, dovendo anche l'esame dei successivi interventi normativi confrontarsi con la disciplina comunitaria.

Appunto tra questi interventi, l'art. 1 d.lgs. n. 18/2001 cit. ha notevolmente rafforzato la tesi dell'esclusione del diritto di opposizione del lavoratore,[1139] inteso come modo di impedire l'efficacia della sostituzione del datore di lavoro nel singolo rapporto. Per un verso, infatti, ha contemplato espressamente la nozione di trasferimento di parte dell'azienda (poi ridefinita nell'art. 32 d.lgs. n. 276/2003);[1140] per un altro verso ha stabilito che anche a tale trasferimento si applicano le disposizioni dell'art. 2112 c.c. *Le disposizioni*, appunto, senza distinzioni.

[1137] Cfr. Cass. 15105, 10761, 10701/02, citt., nonché, più di recente, Cass. 206/04, cit.; nella giurisprudenza di merito, tra le più recenti, App. Catania, 13 marzo 2004, in *FI*, 2004, I, 2034, con nota di richiami e nota di A.M. PERRINO, *Ancora sul trasferimento d' azienda: le presunte novità*; Trib. Padova, 25 maggio 2002, in *LG,* 2003, 361, con nota di E. BARRACO, *Cessione di ramo d'azienda, irrilevanza del consenso dei lavoratori ceduti e frode alla legge sui licenziamenti collettivi*; Trib. Milano, 30 marzo 2002, in *OGL,* 2002, I, 308; App. Milano, 12 aprile 2001, in *OGL,* 2001, I, 90; App. Milano 12 aprile 2001, in *OGL,* 2001, I, 86; v. altresì Trib. Treviso, 26 giugno 2001, in *RFI,* 2002, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1158, e Pret. Bergamo, 24 giugno 1999, in *LPA*, 2000, 1999, 1292, entrambe relative a trasferimento d' attività di pubbliche amministrazioni, *ex* art. 31 d.lgs. n. 165/2001 (v. *infra*, § 12); *contra,* Pret. Milano, 14 maggio 1999, in *D&L,* 1999, 561, con nota di S. CHIUSOLO, *Trasferimento di ramo d'azienda, art. 2112 c.c. e normativa comunitaria: la cessione del rapporto di lavoro è subordinata al consenso del lavoratore ceduto*; Trib. Siena, ord. 21 maggio 2003, in *LPA,* 2003, 938, attinente a trasferimento d' attività *ex* art. 31 d.lgs. n. 165/2003, cit.; v. altresì Cass., 18 agosto 2000, n. 10963, in *FI,* 2001, I, 1259, con nota di R. COSIO, *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa: l'ambito di applicazione*, anche in *RIDL*, 2001, II, 743, con nota di M. CARO, *Attualità e rinunciabilità del diritto individuale alla conservazione del posto in caso di trasferimento d' azienda,* ha ritenuto che il lavoratore possa rinunciare al suo diritto di passare all' impresa cessionaria; per altri riferimenti, in un senso e nell' altro, cfr. la richiamata nota di richiami a Cass. 17207 e 15105/02, citate.

[1138] Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura,* in AA. VV., *I processi di esternalizzazione Opportunità e vincoli giuridici,* Napoli, 2002, 22, ed *ivi*, alla nota n. 28, ulteriori riferimenti, cui adde, G. QUADRI, *I limiti di applicabilità dell'art. 2112 c.c. ai processi di "esternalizzazione",* in *DML,* 2003, 331 ss., S. PICCININNO, *Trasferimento d'azienda, rapporti di lavoro ed autonomia privata,* in *ADL,* 2000, 673 ss., e, da ult., e dopo il d.lgs. n. 276/2003, G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d' azienda e rapporto di lavoro,* Torino, 2004, 28.

[1139] Per la non coincidenza delle nozioni di trasferimento parziale d' azienda e trasferimento di ramo d' azienda, cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d' azienda e rapporto di lavoro, cit.*, 23; G. VIDIRI, *Il d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18: trasferimento d'azienda tra "flessibilità" e "garantismo"*, in *MGL,* 2003, 6.

[1140] In precedenza, si riferiva alla cessione e all' affitto parziale dell'azienda, nella legislazione lavoristica, l'art. 3, comma 3 e 4 l. n. 223/1991.

Non appare quindi giuridicamente corretto selezionare ancora, in ragione della *ratio*, la disciplina applicabile al trasferimento parziale all'interno di quella generale dettata dall'art. 2112: a fronte della totalizzante ampiezza dell'enunciato legislativo e della sua formulazione nel pieno di un vivace dibattito anche giurisprudenziale orientato in direzione opposta, ogni riduttivo distinguo in via interpretativa è davvero poco convincente. In proposito si sottolinea che con ciò non si è inteso valorizzare a fini ermeneutici la volontà del legislatore concreto,[1141] bensì (un profilo de)[1142] il contesto (oggettivo) nel quale un enunciato già di per sé *onnicomprensivo*, si è calato.[1143] Il contesto, utilizzato nella teoria dell'interpretazione per andare oltre il testo, qui addirittura gli dà conforto e lo asseconda.[1144]

La lettura che riconosce il diritto di opposizione del lavoratore alla cessione del contratto di lavoro dovrebbe allora investire il trasferimento d'azienda *tout court*, e quindi anche quello totale, in tal modo arrivandosi a conseguenza cui non si era approdati neppure con la precedente normativa.[1145] Pur non prendendosi espressamente posizione sulla questione, si è detto infatti, per giustificare la distinzione, che nel trasferimento globale dell'azienda l'invarianza dell'organizzazione, come termine di riferimento di ogni posizione contrattuale, può giustificare la regola di necessaria continuità del rapporto (alla quale l'alternativa è la sicura impossibilità di prosecuzione del contratto), e sposa virtuosamente l'interesse commerciale dei soggetti cedente e cessionario con quello dei lavoratori alla continuità dell'occupazione. Tale equilibrio, invece, viene alterato radicalmente nell'ipotesi del trasferimento solo parziale dell'azienda.[1146]

Ed appunto con riguardo al trasferimento totale d'azienda è opinione scontata che configuri un caso di continuazione legale del contratto di lavoro non soggetto al disposto dell'art 1406 c.c., e quindi non abbisognevole del consenso del dipendente. Ciò sul presupposto che nessun lavoratore possa avere interesse a negare il proprio consenso alla cessione poiché si esporrebbe al sicuro licenziamento da parte del datore di lavoro ormai spogliato dell'azienda ceduta. Onde una norma ispirata all'idea della privazione della facoltà del dipendente di rifiuto della cessione del

---

[1141] Al riguardo cfr. per tutti G. TARELLO, *L' interpretazione della legge,* Milano, 1980, 364 ss.

[1142] Sulla dimensione multicontestuale del processo interpretativo cfr. B. PASTORE, *Identità del testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica,* in AA. VV., *Significato letterale e interpretazione del diritto,* a cura di V. VELLUZZI, Torino, 2000, 143 ss.

[1143] Sulla c.d. interpretazione contestuale cfr. la nota precedente, nonchè, da ult., R. GUASTINI, *L' interpretazione dei documenti normativi,* in *Trattato di diritto civile e commerciale,* già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2004, 145.

[1144] Cfr. Aut. *op.loc.ult.cit.*

[1145] G. PERA, *Movimenti del capitale e libertà dei lavoratori,* in *RIDL,* 2000, I, 462, rileva che il problema si pone appunto anche per il trasferimento globale dell'azienda, aggiungendo, di fronte alla comprensibile lettura che nega il diritto di opposizione, che ha sempre avvertito come ripugnante che il lavoratore non avesse parola, quale "sacco di carbone liberamente commerciabile".

[1146] Così, pressocchè testualmente, F. SCARPELLI, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni,* cit., 501-503; altresì ID. *"Esternalizzazioni" e diritto del lavoro, cit.,* 1487 ss.; F. MAZZIOTTI, *Trasferimento d' azienda e tutele dei lavoratori,* in AA. VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema, cit*., 622 ss.; M. FREDIANI, *Ancora sul consenso del lavoratore nel trasferimento d'azienda,* in *LG,* 2002, 317; C. FRANCIOSO, L. DE ANDREIS, *Nelle cessioni parziali d'azienda è sempre rilevante il consenso dei singoli lavoratori addetti ai «rami» oggetto di cessione*, in *D&L* 2001, S. CASCIOLI, *Il trasferimento d' azienda e la rilevanza del consenso del lavoratore alla cessione del contratto,* in *D&L,* 2001, 577 ss.; M. AIMO, *Le garanzie individuali dei lavoratori,* cit., 858 ss.; A. PORCHIA, *L'incidenza del diritto comunitario nell'interpretazione dell'art. 2112 del Codice Civile: la rilevanza della manifestazione di volontà del lavoratore*, in *D&L,* 1999, 34 ss.

proprio contratto, ricambiata dalla garanzia di continuità del rapporto nonostante il mutamento soggettivo del titolare dell'azienda.[1147]

Ma nel d.lgs. n. 18/2001 sono rinvenibili ulteriori elementi di conforto della tesi che si sta esponendo.

L'introduzione da parte dell'art. 1 d.lgs n. 18 del quarto comma dell'art. 2112 c.c., e, in particolare, dell'assimilazione al recesso per giusta causa delle dimissioni del lavoratore le cui condizioni abbiano subito una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, se *non* è logicamente *incompatibile* con la tesi che riconosce il diritto del lavoratore ceduto di opporsi al mutamento di titolarità del rapporto,[1148] è certo più *congeniale* alla tesi opposta.[1149] Pur se, infatti, la tutela copre un evento successivo al trasferimento e quindi alla dazione del consenso,[1150] non ha molto senso riconoscerla in capo ad un soggetto che con la sua volontà ha dato un contributo decisivo alla modificazione soggettiva del rapporto di lavoro che lo riguarda; quando, cioè, per stare alla terminologia richiamata al § 1, la dimensione contrattuale e l'autonomia delle parti nel rapporto di lavoro sia stata salvaguardata. Che poi la forma di tutela in questione si ricolleghi all'art. 4.2 della direttiva, mentre il diritto di opposizione nell'esperienza giurisprudenziale comunitaria attiene all'interpretazione dell'art. 3.1 della stessa, è considerazione decisiva ad evidenziare la diversità di piani solo laddove si dia valore ad una lettura della disciplina comunitaria riconoscitiva del diritto stesso.[1151] Non toglie invece la scarsa congenialità di un' interpretazione di norme di diritto interno che presupponga considerazioni ben differenti in ordine ai limiti ad esso posti dalle predette regole comunitarie (v. appresso).

Non va poi sottaciuto, sul piano sistematico, come l'art. 47, quinto comma, l. n. 428 cit. attribuisca al lavoratore il diritto di proseguire il rapporto con il cedente nel caso del trasferimento di imprese in crisi o sottoposte a procedure concorsuali e solo in seguito ad accordo sindacale, facendo

---

[1147] Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e* commerciale, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, III, Milano, 2003, 579; v. altresì U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma,* Libreria Bonomo, Bologna, 1993, 32, riprodotto in *LD,* 2004, 19 ss. (per quel che interessa, 38).

[1148] In proposito v. i puntuali rilievi di A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione, cit*., 486 ss., per il quale la questione del consenso rimane aperta (487); v. altresì F. MAZZIOTTI, *op. loc. ult. cit.*; M.V. BALLESTRERO, *Il trattamento economico e normativo dei lavoratori nella nuova disciplina del trasferimento d' azienda,* in *LD,* 2002, 208 ss.; da ult. F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d' azienda: problemi vecchi e nuovi,* in *QDLRI,* 2004, n. 28, 96 ss.

[1149] Conf. App. Milano, 12 aprile 2001, in *OGL*, 2001, I, 90, con nota di richiami; in dottrina, G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro, cit.*, 28; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d' azienda e rapporti di fornitura,* in AA. VV., *I processi di esternalizzazione Opportunità e vincoli giuridici,* Napoli, 2002, 22; S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d.lgs. 18/2001,* in AA. VV., *I processi di esternalizzazione, cit.*, 114 ss.; A. MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale*, *cit*., 591, per il quale tale disposizione consente, almeno indirettamente, di escludere che la cessione del contratto di lavoro necessiti del consenso; C. CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro,* in *LG,* 2001, 512, che sostiene l'impraticabilità dell'opposta tesi; M.L. VALLAURI, *Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.*, in LD, 2002, 642 ss., secondo cui la regola del 2001 implica la risoluzione generalizzata della questione; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, *cit*., 581, nota 20, definisce particolarmente convincente l' argomentazione di quest' ultima autrice.

[1150] V. i rilievi di F. SCARPELLI, *Nuova disciplina del trasferimento d'azienda,* in *DPL,* 2001, 783, condivisi da A. PERULLI, *Tecniche di tutela, cit.*, 486.

[1151] L'argomento è utilizzato da C. DE MARCHIS, *Aspetti vecchi e nuovi del trasferimento d'azienda alla luce del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18,* in *RGL,* 2001, I, 133, e ripreso da A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, *cit*., 487.

ricavare, *a contrariis*, che ciò non è al di fuori di tale ipotesi.[1152]

La tesi che sostiene l'esistenza del diritto d'opposizione è stata in effetti costruita facendo leva essenzialmente sulle regole comunitarie, quali derivate dall'interpretazione dell'art. 3.1 della direttiva Ce n. 77/187[1153] fornita dalla corte di giustizia. Sennonché il diritto giurisprudenziale della corte del Lussemburgo, elaborato, si badi bene, su di un testo che si limita a stabilire, per quel che qui interessa, che i diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale operazione, trasferiti al cessionario, sembra atteggiarsi in termini diversi. La corte di giustizia, infatti, si pronunciata nel senso che la direttiva "non può essere interpretata nel senso che essa obbliga il lavoratore a proseguire il rapporto con il cessionario", e che "un obbligo del genere comprometterebbe i diritti fondamentali del lavoratore, il quale dev'essere libero di scegliere il suo datore di lavoro e non può essere obbligato a lavorare per un datore che non ha liberamento scelto". Ma ha altresì precisato che sono gli stati membri a dover individuare le conseguenze della decisione di non proseguire il rapporto, dal momento che il diritto comunitario non impone né esclude il mantenimento del rapporto con l'alienante. Ciò che il diritto comunitario invece impone è che l' eventuale risoluzione del rapporto conseguente ad una modifica sostanziale delle condizioni di lavoro debba essere considerata come dovuta a responsabilità del datore di lavoro.[1154] Più di recente, i giudici del Lussemburgo, sottolineando, con riguardo ad una fattispecie di affidamento all'esterno di lavori di pulizia, l'inderogabilità della regola imperativa di cui all'art. 3 n. 1 cit. inerente il principio del trasferimento automatico al cessionario dei diritti ed obblighi che risultano per il cedente dai contratti di lavoro esistenti alla data del trasferimento dell' impresa, hanno affermato che, conseguentemente, l'attuazione dei diritti conferiti ai lavoratori dalla direttiva non può venir subordinata al consenso né del cedente o del cessionario, né dei rappresentanti dei lavoratori, né dei *lavoratori stessi*.[1155] "Tuttavia", hanno aggiunto rifacendosi alla sentenza *Katsikas*, "benché il trasferimento del contratto di lavoro s'imponga sia per il datore di lavoro sia per il lavoratore, la corte ha ammesso la facoltà per quest'ultimo di rifiutare che il suo contratto sia trasferito al cessionario… In questo caso, la situazione del lavoratore dipende dalla normativa di ogni Stato membro: o il contratto può essere considerato risolto, nell'impresa cedente, su domanda del datore di lavoro o su domanda del dipendente, o il contratto può continuare con tale impresa".[1156]

Il diritto interno del nostro Paese, allora, non obbligando il dipendente a lavorare per un datore

---

[1152] Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d' azienda, cit.,* 23; C. CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro, cit*., 512; E. MENEGATTI, *I riflessi del d.leg. 2 febbraio 2001 n. 18 sulla nozione di trasferimento d'azienda*, in *LG*, 2001, 821.

[1153] Tale direttiva è stata modificata dalla direttiva n. 98/50, e poi abrogata e sostituita dalla n. 2001/23.

[1154] Cfr. le sentenze Cgce, 16 dicembre 1992, C-132/91, 138/91, 139/91, Katsikas ed altri, in *Racc.*, 1992, I, 6577; 7 marzo 1996, C-171/94, 172/94, Mercks, in *LG*, 1996, 717, con nota di L. CORAZZA, *Il trasferimento di attività costituisce trasferimento d'impresa ai sensi della direttiva 77/187*; 12 novembre 1998, C-399/96, Europièces, in *NGL*, 1998, 799; sulla giurisprudenza comunitaria cfr., in particolare, U. RUNGGALDIER, *Trasferimento d' azienda e consenso del lavoratore alla cessione del contratto,* in *DLRI,* 1999, 525 ss., e, più di recente, S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento, cit.,* 115 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni, cit.,* 22 ss.

[1155] Cgce, 24 gennaio 2002, C-51/00, Temco service industries, in *FI*, 2001, IV, 142, § 35, che richiama Cgce, 25 luglio 1991, C-362/89, D'Urso, in *NGL,* 1991, 653, § 11 (cenno alla sentenza del 2002 in R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni, cit.*, 23, nota n. 32; per riferimenti alla sentenza del 1991 e ad altre, Aut. *op. loc. ult. cit.*, nota n. 33).

[1156] Cgce, 24 gennaio 2002, C-51/00, *cit.*, paragrafo 36.

che non ha liberamente scelto, e prevedendo solo che le dimissioni del lavoratore le cui condizioni abbiano subito una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento come ipotesi di giusta integrante recesso per giusta causa, appare rispettoso del diritto comunitario, il quale d'altronde, si è visto, non fornisce argomenti interpretativi utili alla tesi favorevole all' esistenza del diritto di opposizione nel nostro ordinamento.[1157]

Al riguardo il d.lgs. n. 276/2003 non parrebbe dire nulla di nuovo. Non può però ignorarsi, sul piano sistematico, un silenzio che, all'interno di un enunciato che ribadisce che al trasferimento di parte dell'azienda si applicano *le disposizioni* dell' art. 2112 c.c., si contrappone ad una clamorosa esternazione sul piano dell'autonomia dei privati.[1158] La quale si preoccupa, con riguardo al profilo importantissimo dell'identificazione della fattispecie, solo del cedente e del cessionario ("Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento").

Si potrebbe obiettare che il disinteresse per il ceduto è dovuto alla presupposta (dall' ordinamento) necessità del suo consenso.

La replica è nel sottolineare nuovamente come la previsione non sia isolata ma si collochi nel corpo di un testo che perentoriamente prevede l'applicazione al trasferimento d'azienda delle disposizioni dell'art. 2112, e ciò nel contesto dialettico che si è evidenziato al § 2.

Un'ultima considerazione in argomento: il riconoscimento del diritto di opposizione potrebbe incidere sullo stesso *sè* dell'operazione traslativa parziale, toccando, in tal modo, non solo il potere d'iniziativa dei potenziali protagonisti, ma anche, eventualmente, gli interessi della collettività dei lavoratori e di parte di essi: si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il cedente sia consapevole di non potere utilizzare altrimenti uno o più lavoratori opponenti, e per questo rinunci al trasferimento e ricorra ad operazioni ben più dolorose per l' occupazione aziendale.

Si spiega, allora, come, in operazioni ed in vicende collettive di tal genere si sia piuttosto pensato di rafforzare il ruolo sindacale (v. *infra*, §§ 5-8), e, limitata la tutela individuale *dal* trasferimento al controllo sulla fattispecie ed alle tecniche generali (§§ 4, 3), di allocare in altri piani le garanzie dei singoli (§§ 9 ss.).

[1157] Conf. è la dottrina e la giurisprudenza dominante, anche con riguardo alle conclusioni di diritto interno sopra raggiunte: cfr. S. MAINARDI, *"Azienda" e "ramo d'azienda", cit.*., 695 e R. ROMEI, *Cessione di ramo di azienda e appalto, cit*., 364, pur se utilizzando un argomento – l' inesistenza del diritto ad opporsi al trasferimento del lavoratore da un' unità produttiva ad un'altra – a mio avviso non pertimente; G. VILLANI, *Trasferimento d'azienda Profili di diritto del lavoro e della previdenza sociale,* Torino, 2000, 26 ss.; M. MAGNANI, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di* M. MAGNANI e F. SCARPELLI, *cit*., 488 ss.; U. RUNGGALDIER, *Trasferimento d'azienda, cit*., 525 ss.; v. altresì, con motivazioni analoghe a quelle da me svolte relativamente alle modifiche introdotte dal legislatore del 2001, V. PINTO, *Lavoro e nuove regole Dal libro bianco al decreto legislativo 276/2003,* Ediesse, Roma, 2004, 126.

[1158] G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro,* Torino, *cit.*, 28 ss., nota, su di un piano differente, che il mancato riconoscimento del diritto d' opposizione poteva comprendersi sotto il precedente regime d' inderogabilità dell'art. 2112, attenuato dal d.lgs. n. 276, e comunque dalla presenza di requisiti oggettivi per l'individuazione della parte di azienda trasferita, ma si comprende meno con il nuovo regime, contrassegnato da un elevato tasso di autonomia riconosciuto alle parti cedente e cessionario nella determinazione del trasferimento parziale, soprattutto alla luce della ampia discrezionalità lasciata agli stati membri dalla normativa comunitaria. Per la permanenza del carattere dell'inderogabilità cfr., invece, A. MARESCA, *Modifica all'articolo 2112 comma quinto, del codice civile, cit.,* 393 ss.

3. Le tecniche di tutela generali.

L'approdo cui si è qui pervenuti accresce a dismisura l'importanza, al fine della presente indagine, del tema della generale tutela antifraudolenta (art. 1344 c.c.),[1159] i cui termini vanno però subito precisati.

Essa, innanzitutto, non attiene, teoricamente, alla sola operazione di trasferimento parziale dell'azienda, anche se nella prassi non può che ricorrere molto più di frequente in tale ipotesi, come del resto dimostra la casistica edita.[1160]

Per quanto potesse interessare al riguardo, poi, il comma sesto dell'art. 2112, introdotto dall' art. 32 d.lgs. n. 276 (su cui v. *infra,* § 11),[1161] ha reso di prima evidenza priva di valore sintomatico, *di per sé*, l'operazione consistente nel trasferimento del ramo d' azienda ad un terzo e la stipulazione con lui di un contratto d'appalto la cui esecuzione avvenga attraverso l'utilizzazione del ramo medesimo. L'art. 2112, sesto comma, infatti, contempla espressamente il momento, proprio dei processi di esternalizzazione, dell'*internalizzazione di ritorno*, per ricollegargli la conseguenza dell'obbligo di solidarietà di cui all' art. 29, secondo comma, d.lgs. stesso, a favore del lavoratore trasferito. Tale operazione, dunque, isolatamente considerata, non solo è lecita, come è per definizione nell' ipotesi della frode alla legge, ma non presenta i tratti dell'artifizio. Il che è del resto in sintonìa con la logica di favore verso i processi di esternalizzazione sottesa alla legge.

La frode, in questo come in differenti casi, può però derivare da altri elementi, anche se a volte può essere davvero sottile, con riguardo al trasferimento parziale di azienda, il confine con la fattispecie della simulazione, in particolare con la simulazione assoluta. La distinzione ha comunque scarso valore pratico nei confronti dei lavoratori, posto che entrambe incidono sull'efficacia degli atti e posto che per loro, in quanto creditori o terzi, non operano i limiti probatori previsti per la simulazione (v. art. 1417 c.c.).

Questo non significa, non si è mancato di evidenziarlo,[1162] che non ci si debba misurare con le difficoltà connesse all'onere della prova in materia.

[1159] Cfr. F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore, cit.,* 99; R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003, cit*., 577; P. LAMBERTUCCI, *Modifica all' articolo 2112, comma 5, del Codice civile,* in AA. VV., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali,* a cura di E. Gragnoli e G. Ghezzi, Padova, 2004, 468; A. ANDREONI, *Impresa modulare, trasferimenti d' azienda, appalti interni: la* soft law *sul ciclo di produzione,* in AA. VV., *Il lavoro tra progresso e mercificazione Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, a cura di G. Ghezzi, Ediesse, Roma, 2004, 210 ss.; V. NUZZO, *L' oggetto del trasferimento: entità materiale, organizzazione o mera attività?,* in AA. VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema, cit.*, 598; A. PERULLI, *Tecniche di tutela, cit.*, 487 ss.; S. MAINARDI, *"Azienda" e "ramo d' azienda", cit.* ,699; G. QUADRI, *I limiti di applicabilità dell'art. 2112 c.c., cit.,* 337 ss.

[1160] Cfr., ad es., Trib. Padova, 25 maggio 2002, cit.; Trib. Nocera inferiore, 29 maggio 2001, *id.*, 2001, 1166, con nota di E. MENEGATTI, *La frode alla legge nella cessione di ramo d'azienda*; App. Napoli, 23 marzo 2001, *ibid.*, 948, con nota di L. VENDITTI, *Cessione d'azienda e frode alla legge*; v. altresì A. PERULLI, *op. loc. ult. cit.*

[1161] Si richiamano, però, sin da ora, in particolare, gli scritti, tutti però antecedenti alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 251/2004, di F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti, cit.,*119 ss.; C. CESTER, *Il trasferimento d' azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?,* in AA. VV., *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276,* coordinato da F. Carinci, Il *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d' azienda,* a cura di M.T. Carinci e C. Cester, Milano, 2004, 267 ss.; A. MARESCA, *Modifica all' articolo 2112 comma quinto, del codice civile,* in AA. VV., *cit.,* 385 ss.; S. MAINARDI, *"Azienda" e "ramo d'azienda", cit.*, 702 ss.; G. ZILIO GRANDI, *Trasferimento d'azienda,* outsourcing *e successione di appalti,* in AA. VV., *Impiego flessibile e mercato del lavoro,* a cura di A. Perulli, Torino, 2004, 71; G. PELLACANI, *Il trasferimento d'azienda Commento all'art. 32*, in AA. VV., *La riforma del mercato del lavoro,* a cura di L. GALANTINO, Torino, 2004, 395 ss.; C. CHISARI, *Cessione di ramo d'azienda, appalto e solidarietà,* in AA. VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema,* 589 ss.

[1162] A. PERULLI, *op. loc. ult. cit.*

Ed altre difficoltà ci si ritrova laddove sia fatta valere la tutela antiscriminatoria, la quale, in quanto tutela generale, opera anche con riguardo alla tematica del trasferimento d'azienda: si pensi al caso in cui sia stato ceduto un esercizio, parte di un'azienda, cui siano adibiti solo lavoratori di razza diversa.

4. Il controllo sulla fattispecie. Rinvio.

Il profilo del controllo sulla fattispecie del trasferimento d'azienda, totale e parziale, che, pure, rappresenta un momento centrale della tutela individuale del lavoratore, si risolve nella verifica di conformità della fattispecie concreta a quella astratta e nella verifica dei poteri e limiti riconosciuti agli attori della vicenda traslativa, i cui termini, da varie angolazioni, sono trattati in sedi differenti di questo volume. Il controllo, in particolare quello giudiziario, sulla fattispecie è comunque pacificamente riconosciuto, prima come ora, e si traduce, se negativo per l'operazione traslativa – anche questo è pacifico - nella permanenza in capo al cedente del rapporto di lavoro.

Rinvio, quindi, ad altri scritti, e, in particolare, alle pagine di Perulli sul ruolo dell'autonomia privata, individuale e collettiva, nella determinazione dell'articolazione funzionalmente autonoma; di Perrino sul titolo giuridico del trasferimento; soprattutto, di Maresca sull'oggetto del trasferimento. E rimetto sempre a differenti sedi del volume l'esame delle questioni di diritto comunitario poste dalle varie interpretazioni del quinto comma dell'art. 2112 c.c., quale introdotto dall' art. 32 d.lgs. n. 276.

Qui mi limito a ribadire come la tecnica adottata dalla legge con riguardo al trasferimento di parte dell'azienda, appunto l'estensione dell'applicazione della disciplina, implichi la soggezione del trasferimento parziale a tutte le regole, salve quelle dettate *ad hoc*. Che, però, non esistono se non per individuare come debba essere intesa la parte dell'azienda trasferita.

Di qui, la conseguenza che, quanto al *trasferimento*, si tratta in un caso e nell'altro di "qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economico organizzata".

Non è detto, relativamente al trasferimento parziale, che l'attività trasferita possa avere o meno scopo di lucro, né che sia compresa (è però usata la forma retorica dell' "a prescindere…") qualsiasi tipologia negoziale o provvedimento attuativo dell'operazione.

Questo, però, non ce ne fa trarre conclusione in termini di distinguo. Circa la precisazione inerente lo scopo, perché è appunto solo tale, e, pertanto, nulla aggiunge, con la sua onnicomprensività, al testo già onnicomprensivo del decreto legislativo ("qualsiasi operazione"). Circa il mancato richiamo all' *a prescindere*, perché anche questa volta il richiamo è solo la forse diffidente (verso l'interprete) chiarificazione del concetto di cessione contrattuale pure contenuto nel testo, a sua volta comprensivo atecnicamente anche del "provvedimento", come dimostra l'utilizzazione appunto della formula "a prescindere", del tutto inadeguata se ciò da cui si prescinde è estraneo a ciò che è incluso (nella nozione).

Per l'aspetto cruciale della differenza dell'attività oggetto del trasferimento, rinvio, invece, ripeto, ad altre trattazioni presenti in questo volume.

5. Informazione e consultazione sindacale e tutela individuale del lavoratore.

In aderenza alla direttiva 77/187 Ce, modificata dalla direttiva 98/50[1163] (la disciplina è poi stata codificata senza apportarvi innovazioni nella direttiva 2001/23 Ce, che ha formalmente abrogato la direttiva n. 77/187),[1164] appunto la legge comunitaria n. 428/1990 prevede all'art. 47, per i trasferimenti in cui siano complessivamente occupati più di quindici dipendenti,[1165] obblighi di informazione e consultazione sindacale il cui adempimento deve precedere l'operazione traslativa, totale e – è riconosciuto espressamente: v. art. 47, primo comma – parziale.[1166]

Il *jus receptum* della corte di cassazione è nel senso di escludere il carattere procedimentale di tali obblighi sul piano del rapporto individuale, e di affermare la loro sola valenza sul piano delle relazioni collettive.[1167]

Rimando ad una precedente sede per uno sviluppo argomentativo della mia condivisione di tale tesi.[1168] Qui mi limito a rilevare in estrema sintesi come l'indirizzarsi esclusivamente ai sindacati e l'ignorare, il testo della legge, sia i singoli lavoratori sia organi pubblici di qualsiasi tipo e il mancare di una disciplina sanzionatoria individuale, per entrambi gli aspetti a differenza di quel che accade in materia di mobilità, inducono ad escludere la tutela individuale in caso di violazione della procedura in questione. Questo tanto più se si considera che l'attenzione del legislatore al rapporto individuale è, sempre per quel che riguarda l'art. 47, nei commi successivi al primo che contengono una disciplina a forte contenuto di garanzia. E che anche il diritto comunitario di cui, lo si ripete, l'art. 47 è attuazione, ignora conseguenze sanzionatorie al riguardo, e che riconosce agli stati membri la possibilità (non l'obbligo, come invece fa con riguardo ai rappresentanti dei lavoratori interessati) di fissare doveri di (sola) informazione aventi come destinatari i singoli, e solo in via sussidiaria.

C'è però a questo punto da porsi un interrogativo.

[1163] Cfr. M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea,* III ed., Padova, 2002, 287; M. V. BALLESTRERO, *Il trattamento economico dei lavoratori, cit.,* 202; G. VILLANI, *Trasferimento d'azienda Profili*, *cit.,* 118 ss.; D. IZZI, *La dimensione collettiva della tutela,* in P. PELISSERO, M. AIMO, D. IZZI, *Il trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno, cit.,* 869 ss.; D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali,* Padova, 1993, 45 ss.; L. GUAGLIANONE, *Le procedure di informazione e consultazione sindacale*, in AA.VV., *Disposizioni in tema di trasferimento di azienda*, Commento sistematico a cura di M. Magnani, in *NLCC*, 1992, *Le procedure di informazione e consultazione sindacale*, in AA.VV., *Disposizioni in tema di trasferimento di azienda*, Commento sistematico a cura di M. Magnani, in *NLCC*, 1992, 45 ss.

[1164] Cfr. M. ROCCELLA, T. TREU, e M. V. BALLESTRERO, *opp. locc. ultt. citt.*

[1165] Sui problemi in proposito cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro, cit.*, 40 ss.; ID., *Il trasferimento d'azienda,* in AA. VV., *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale Il lavoro pubblico e privato,* a cura di G. Santoro Passarelli, III ed., Milano, 2000, 888 ss. Cfr., comunque, in questo volume, il contributo di Zoli.

[1166] Cfr., da ult., L. VALLAURI, *Trasferimento d'azienda e garanzie collettive,* in *QDLRI,* 2004, n. 28, 127. Per problemi vari connessi ai destinatari sindacali dell' obbligo d' informazione cfr. per tutti P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, 212 ss., ed *ivi*, 215, anche riferimento al problema dei riflessi in punto dell'esito referendario sull'art. 19 l. 300 del 1970; R. COSIO, *Discipline del trasferimento d'azienda*, Milano, 1995, 68 ss.; R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell' azienda, cit.*, 111 ss.; da ult., L. VALLAURI, *Trasferimento d' azienda e garanzie collettive, cit.,* 129 ss.

[1167] Tra le più recenti, Cass. 6 ottobre 2003, n. 9130, in *RFI,* 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1410; Cass. 4 gennaio 2000, n. 23, *FI,* 2001, I, 1260, con nota di R. COSIO, *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa: l'ambito di applicazione*, e in *MGL,* 2000, 605, con nota di A. MARESCA, *"Fruibilità" della tutela sindacale nel trasferimento d'azienda*; *contra*, nella giurisprudenza di merito, da ult., Trib. Milano 3 gennaio 2004, in *D & L*, 2004, 363.

[1168] L. de ANGELIS, *Informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda: regime sanzionatorio e tutela processuale,* in *FI*, 1999, V, 289 ss.

Il d.lgs. n. 276 ha inciso sulla configurazione della fattispecie del trasferimento di parte dell'azienda, stabilendo che questa debba essere "intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economia organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento".

Ho già rinviato per l'esame di tale aspetto ad altri scritti presenti in questo volume.

In questa sede non posso però non segnalare una questione che non è sfuggita ad una parte della dottrina, che l'ha però esaminata, alla stregua dell'orientamento sopra riportato, nella prospettiva della tutela collettiva.[1169]

La legge pone l'obbligo di comunicazione sindacale per iscritto stabilendo che debba essere adempiuto almeno venticinque giorni prima del perfezionamento dell'atto da cui deriva il trasferimento o del raggiungimento di un'intesa vincolante tra le parti (art. 47, primo comma, l. n. 428/90, quale sostituito dall' art. 2 d.lgs. n. 18/01). D'altra parte, però, il potere di identificazione dell'articolazione funzionalmente autonoma è riconosciuto a cedente e cessionario *al momento del trasferimento*. Costoro, dunque, potrebbero procedere all'identificazione, come il decreto legislativo parrebbe concedere, in un momento successivo alla data di comunicazione, in cui potevano ignorare la tappa successiva.

Credo, innanzitutto, che per risolvere la contraddizione sia essenziale tener conto della funzione dell'obbligo d'informazione, di sviluppo consapevole da parte dei sindacati di attività di qualsiasi tipo a favore dei lavoratori, e, in particolare, di pervenire tramite la consapevole pure prevista consultazione agli accordi di cui all' art. 47.[1170]

È evidente che funzione siffatta sarebbe frustrata laddove un aspetto cruciale dell'operazione traslativa parziale, in particolare un aspetto cruciale con riguardo alle conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori dell'operazione stessa (art. 47, primo comma, lett. C] l. n. 428/1990 novellata), fosse tenuto fuori dalla informazione. Sicché, pena l'arbitrario svilimento di una regola a favore di un'altra, non può che procedersi al coordinamento delle due norme, e ritenere che a larghe linee l'informazione debba comprendere l'identificazione della parte d'azienda, i cui dettagli possono essere rimessi *al momento* del trasferimento.

Del resto, ciò è proprio di un qualsiasi obbligo informativo destinato ad avviare un dialogo e ad assicurare lo svolgersi di opportune attività di tutela dei lavoratori: non si tratta, in ipotesi siffatte, di doveri di garanzia *statici*, del tipo di quelli inerenti il procedimento disciplinare. Né, viceversa, di doveri che tali non sono con riguardo ad una fattispecie, il trasferimento parziale, per la quale pure sono espressamente previsti (v. *antea*).

Fatte queste considerazioni, ritorno all' interrogativo posto all'inizio del paragrafo ponendone un altro.

[1169] Cfr. A. MARESCA, *Modifica all' articolo 2112 comma quinto, del codice civile,* in AA. VV.., *cit.,* 398 ss.

[1170] È in questa logica che gli obblighi in questione possono essere considerati strumento di sostegno dell'azione sindacale, come sostenuto in dottrina: cfr. R. SANTAGATA, *Informazione sindacale e trasferimento d' azienda,* in *ADL,* 1999, 520 ss.; S. LIEBMAN, *Obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda e condotta antisindacale: gli effetti concreti di un'eventuale condanna ex art. 28 dello statuto dei lavoratori*, nota a Pret. Lodi, 30 novembre 1995, in *OGL*, 1996, I, 331.

Se si ribalta, alla luce della conclusione sopra raggiunta, la prospettiva aperta dalla segnalata contraddizione, non è che un decreto legislativo che vada a disciplinare un aspetto oggetto di obblighi sindacali e riguardante l'identificazione di una fattispecie (la parte d'azienda trasferita) abbia voluto comprendere nella identificazione medesima quanto comunicato ai sindacati?[1171] Questo, naturalmente, nei termini ampi di cui si è prima detto?

Lancio l'idea in termini fortemente problematici, limitandomi però a sottolineare come essa coinvolga l'interpretazione del d.lgs. n. 276, non dell'art. 47 cit.

6. Informazione e consultazione sindacale e tutela collettiva. Azione ex art. 28 l. n. 300/70 e giudizio di cognizione ordinaria promosso dai sindacati.

In forza dell'art. 47, quarto comma, l. n. 428/90 e successive modificazioni, il mancato rispetto degli obblighi previsti dal primo e secondo comma dell'articolo stesso costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 l. n. 300/70.

È stata la modifica del 2001 (art. 2 d.lgs. n. 18) ad estendere l'ambito di previsione della norma, originariamente limitato alla violazione dell'obbligo di esame congiunto.

Si tratta di fattispecie legalmente tipizzata di condotta antisindacale. In tal senso depongono la costruzione testuale della disposizione e la perentorietà testuale ("Il mancato rispetto, da parte dell'acquirente o dell'alienante, costituisce..."), cui si aggiunge il rilievo dell'altrimenti inutilità della medesima, dal momento che la violazione di un obbligo legale verso le organizzazioni sindacali, previsto alla luce del loro ruolo di tutela collettiva dei lavoratori, sicuramente rientra nell'ambito di operatività del citato art. 28.

L'indicata estensione supera i problemi vari che si erano posti con riguardo alle conseguenze del mancato rispetto degli altri obblighi contemplati dall'art. 47,[1172] *ivi* compreso quello inerente l'insufficienza dell'informativa *sub specie* delle lettere a), b) e c) di cui al primo comma dell'art. 47: anche tale insufficienza, per rientrare nel mancato rispetto degli obblighi previsti dal primo comma dell'art. 1, integra ipotesi tipizzata di comportamento antisindacale.

Si deve ritornare, invece, all'applicazione delle regole generali in tema di tutela *ex* art. 28 con riguardo all' inottemperanza agli obblighi scaturenti dagli accordi, ritualmente stipulati (altrimenti, v. *infra*), sempre previsti dall' art. 47, i quali, oltre ad avere una portata individuale, sono significativa espressione di credibilità a negoziare per le organizzazioni, la quale può essere

---

[1171] Il dubbio è anche posto, ma in una logica di controllo della genuinità dell'operazione, da S. LIEBMAN, *Considerazioni introduttive sulla nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, introduzione al convegno "Trasferimenti d'azienda ed esternalizzazioni nel diritto del lavoro" (Milano, Università Bocconi, 8 giugno 2004), testo letto in bozza per cortesia dell'autore, che ringrazio. Egli infatti scrive: "Pienamente consapevole del consolidato – e tutto sommato condivisibile -orientamento interpretativo circa l'inidoneità di un'eventuale violazione della procedura a ripercuotersi sulla validità della transazione commerciale avvenuta fra cedente e cessionario, mi chiedo però se oggi, a fronte della nuova formulazione della norma destinata all'identificazione della fattispecie, questa stessa procedura non finisca con l'assumere una rinnovata – e specifica - funzione di verifica della genuinità del trasferimento stesso, garantita appunto dall'effettiva sussistenza di un'autonomia funzionale dell'entità organizzativa oggetto di cessione, la cui assenza finirebbe con il far venire meno i presupposti per l'applicabilità della particolare disciplina prevista dall'art. 2112 c.c. ed il conseguente pieno dispiegarsi, anche ai rapporti di lavoro subordinato, delle regole comunemente destinate a regolare la materia della cessione del contratto *ex* art. 1406 e seg. c. c."

[1172] Circa il configurare, l'allora sola ipotesi della violazione dell'obbligo di esame congiunto, fattispecie tipizzata di condotta antisindacale, e sui problemi postisi con riguardo al mancato rispetto degli altri obblighi di cui all' art. 47, mi permetto di rinviare a L. de ANGELIS, *Informazione e consultazione sindacale, cit.*, 292 ss., ed *ivi* riferimenti, cui *adde,* da ult., L. VALLAURI, *Trasferimento d'azienda e garanzie collettive, cit.*, 140 ss.

oggettivamente lesa, con i conseguenti tratti della condotta antisindacale - tanto per riportare un esempio - in caso di reiterata violazione delle clausole.

In via di principio, proprio perché resta ferma la tutela generale, non può altresì negarsi alle organizzazioni sindacali il ricorso alla tutela giurisdizionale di cognizione ordinaria, pur di scarso valore pratico nel confronto con la tutela *ex* art. 28, per quel che concerne sia l'azione di nullità collegata a discriminazione nell'adempimento degli obblighi legali di informazione e consultazione, sia l'azione di adempimento contrattuale scaturente dall'inadempimento degli obblighi legali medesimi. Forse di maggiore, se pur sempre ridotta, utilità appare l'azione di risarcimento del danno, riconoscibile naturalmente ove ricorrano i presupposti. Si pensi, ad esempio, ad un'organizzazione che abbia subito un immediato calo di tessere a seguito di mancato avvio dell'esame congiunto, magari accompagnato dall' avvio del medesimo con le altre organizzazioni di cui all'art. 47.

7. Contenuto ed effetti del provvedimento reso ai sensi dell'art. 28 l. n. 300/70; in particolare, con riguardo all'operazione traslativa ed ai rapporti individuali di lavoro.

Il problema di maggiore delicatezza, anche per i risvolti di notevole valore pratico, riguarda il contenuto e gli effetti del provvedimento reso ai sensi dell'art. 28 cit.; se, in particolare, il provvedimento possa spingersi, attraverso l'ordine di "cessazione del comportamento illegittimo" e di "rimozione degli effetti" (art. 28, primo comma), ad incidere sul trasferimento d'azienda e sulle singole vicende individuali.[1173]

In proposito vanno considerati due aspetti. Il primo è dato dall'ampiezza della formula legislativa, da sempre interpretata nell'accezione più lata, del resto corrispondente all'atipicità della condotta sanzionata.[1174] Il secondo aspetto sta nell' indicato scopo dei doveri in questione, di consentire ai sindacati di sviluppare consapevolmente ogni attività a favore dei lavoratori, e di contare, magari attraverso un potenziale accordo, nella vicenda d'interesse collettivo del trasferimento d'azienda.

Entrambi i profili contrastano con un'impostazione che riduca tale ampiezza e frusti lo scopo predetto. Sostenere, infatti, che l'ordine ai sensi dell'art. 28 non possa essere volto a paralizzare il trasferimento d'azienda o i suoi effetti, e non possa influire sul passaggio dei dipendenti coinvolti all' azienda cessionaria, implica la restrizione dell'ambito, letteralmente illimitato, della rimozione degli effetti e il ridimensionamento del ruolo sindacale nella vicenda. E questo, pure, quando il legislatore ha ritenuto di intervenire tipizzando il carattere antisindacale della condotta così rafforzando ulteriormente la tutela *ex* art. 28.

D'altro canto, la maggiore congenialità dell'ordine di cessazione e di rimozione degli effetti ad un comportamento meramente unilaterale (del datore di lavoro) non si traduce in questo caso in

---

[1173] Queste pagine sono tributarie del precedente scritto *Informazione e consultazione, cit.*, 294 ss., che ho qui largamente riprodotto pur integrandolo ed aggiornandolo.

[1174] Cfr. per tutti M. TARUFFO, *Condotta antisindacale - II - Procedimento di repressione*, voce dell'*Enc. Treccani*, 1997, 9, ed *ivi* richiami; A. PROTO PISANI, I*l procedimento di repressione dell'attività antisindacale*, in *FI*, 1973, 57 ss., ora in ID., *Studi di diritto processuale del lavoro*, Milano, 1976, 43, ed *ivi* riferimenti alla nota n. 84.

incompatibilità. Infatti, la bilateralità[1175] della operazione traslativa in violazione dei doveri in questione e su cui il provvedimento dovrebbe incidere, vede comunque in questo caso come protagonista, oltre al datore di lavoro – anche se la decisione è assunta da una controllante, in aderenza del quarto comma dell' art. 47 al dettato comunitario -[1176] un altro soggetto che ad essa ha partecipato, non quindi un *terzo*.[1177] E, si badi bene, l'antigiuridicità del comportamento posto in essere dal cedente o dal cessionario era conosciuta rispettivamente dal cessionario e dal cedente, o comunque poteva esserlo attraverso una diligente verifica anteriore all'operazione traslativa.[1178]

Né è sufficiente obiettare che il ruolo sindacale, quale emergente dagli obblighi in questione, investe le sole conseguenze del trasferimento, ed è pertanto collocato all'esterno della fattispecie traslativa[1179], così non potendo, la violazione degli obblighi medesimi, influire sulla stessa. Resta, infatti, che le predette conseguenze si produrrebbero con il sacrificio del ruolo dei sindacati, il quale nel sistema legislativo precede l'operazione, non la segue. Come è stato efficacemente scritto con riguardo ad altro profilo del tema, una volta che cedente e cessionario si siano comunque vincolati, "qualsiasi intervento sindacale successivo risulterebbe, infatti, inidoneo a spiegare 'influenza' - sul 'trasferimento d'azienda - ed a ridimensionarne, quantomeno, il pregiudizio - sia pure meramente potenziale - per i lavoratori".[1180] Senza dire, poi, che il provvedimento giudiziale, piuttosto che incidere sulla validità dell'atto di trasferimento, potrebbe incidere sulla sua efficacia o sulla sua opponibilità nei confronti dei singoli rapporti, secondo le indicazioni di una proposta di direttiva comunitaria.[1181]

Con ciò si scontrano anche le impostazioni per le quali l'adempimento successivo degli obblighi soddisferebbe il disposto di legge, ora contraddette anche dalla puntualizzazione testuale del

---

[1175] Le regole sugli obblighi d'informazione non sembrano applicabili in caso di trasferimento d'azienda realizzato senza la volontà del cedente e del cessionario, razionalmente considerati assieme dall'art. 47. Ciò è, ad esempio, nel caso di successione in contratto d'appalto, laddove realizzi trasferimento d'azienda, come è invece escluso per la fattispecie prevista dall' art. 29, terzo comma, d.lgs. n. 276/03, e come può invece essere anche se la successione si ricolleghi a provvedimento autoritativo (v. il *revirément* di Cass., 20 settembre 2003, n. 13949, in *Mass. giur. lav*., 2003, 914, con nota di F. BINOCOLI, *Il trasferimento d'azienda per atto autoritativo della pubblica amministrazione: applicabilità dell'art. 2112 c.c.*, sulla scia della giurisprudenza comunitaria: da ult. Cgce 4 giugno 2002, C-164/00, in *FI*, 2002, IV, 373).

[1176] Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, *cit.*, 589.

[1177] Per l'utilizzazione della stessa logica - ma in materia completamente diversa - nel negare pronuncia caducatoria coinvolgente soggetti terzi e nell'emettere invece in tal caso decisione *in futuro*, cfr. Pret. Roma decr. 15 giugno 1983, *FI*, 1983, I, 2883, con nota di G. PRESTIPINO; anche in *RGL*, 1986, II, 146, con nota di C. FERRO, *Note in margine al caso Maccarese: obbligo di correttezza e condotta antisindacale*. Il decreto è poi stato revocato in punto da Pret. Roma 17 gennaio 1985, *ibid.*, 147 (solo il lunghissimo dispositivo).

[1178] Per qualche spunto in proposito cfr. D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, *cit*., 58-59; più diffusamente A. DI STASI, *Obblighi di informazione, condotta antisindacale e rimozione degli effetti. Il caso del trasferimento d'azienda*, *RGL*, 1992, I, 710 ss.; soprattutto L. GUAGLIANONE, *Le procedure di informazione e consultazione sindacale*, *cit.*, 645 ss., che richiama Pret. Roma decr. 15 giugno 1983, cit.; E. BALLETTI, *La legittimazione passiva nel procedimento di repressione della condotta antisindacale*, in *DL*, 1991, I, 430.

[1179] Cfr. specialmente LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, *cit.*, 236 ss. ROMEI, *Il rapporto di lavoro*, cit., 115 ss.; P. TOSI, *Il dovere di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d' azienda*, in AA. VV., *Le trasformazioni aziendali in vista del Mercato europeo: legge e contratto collettivo*, supp. *Notiz. giur. lav*., Roma, 1992, 285; ID., in *La nuova disciplina del trasferimento di azienda. Le opinioni di:* M. De Luca, G. Santoro Passarelli, P. Tosi, in *DLRI*, 1991, 790 ss.

[1180] M. DE LUCA, in *La nuova disciplina*, cit., 767; cfr. altresì A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, *DLRI*, 1992, 549 ss.

[1181] V. D. IZZI, *La dimensione collettiva, cit.*, 900, ed *ivi* riferimenti.

2001.[1182]

Queste considerazioni devono però fare i conti con la struttura del provvedimento di repressione della condotta antisindacale in riferimento alla peculiarità della predetta operazione.

Tale provvedimento è concepito dalla legge come *ordine* giudiziale al datore di lavoro, immediatamente esecutivo e rafforzato da sanzione penale, non invece come provvedimento costitutivo, idoneo, cioè, *senza cooperazione dell'autore del comportamento*, a realizzare direttamente la modificazione della realtà giuridica. Sia nel capo che riguardo la cessazione della condotta, sia nell' altro che attiene alla rimozione degli effetti - sulla cui necessaria concorrenza o meno si discute -[1183] il profilo non accertativo del deciso si atteggia come *condanna*: in questo, appunto, si risolve un ordine dato ad una delle parti. Il carattere "aperto" della condotta trova quindi risposta nella legge nella massima ampiezza dell'oggetto della condanna, non invece nel riconoscimento in capo al giudice del potere di emettere qualsiasi tipo di provvedimento.

Ciò non a caso. In materia "la sanzione è la costituzione di un autonomo obbligo giuridico, in testa al titolare della posizione di potere prevaricatrice, di restaurare l'interesse leso.

Quest'ordine appare uno strumento idoneo a realizzare l'obiettivo della norma legale: non essendo l'equilibrio politico che sta a monte di quest'ultima favorevole ad una radicale soppressione della posizione di potere privato, si obbliga il suo titolare ad utilizzarla in senso uguale e contrario al suo uso abusivo.....; quindi, la puntuale restaurazione dell'ordine giuridico violato non può provenire se non dal titolare stesso della posizione di potere, la cui attività è, *in re ipsa*, socialmente e politicamente infungibile".[1184]

Conferma di ciò è nell'immediata esecutività del decreto, che è propria delle statuizioni di condanna, come è anzi più in generale propria di siffatte statuizioni la stessa esecutività *tout court*. Ed apparirebbe fuori luogo ravvisare nell'art. 28 una norma che intenda diversamente l'esecutività, posto che la previsione *ad hoc* si riferisce inequivocamente al decreto contenente l' ordine, quello previsto nel modello procedimentale, e quindi, lo si ripete, si riferisce appunto ad un provvedimento condannatorio.

Appare quindi estranea allo schema del procedimento *ex* art. 28 una decisione giudiziale che elimini il trasferimento d'azienda, tanto più che la stessa non potrebbe essere immediatamente esecutiva né sulla base della disposizione *ad hoc* presente nell' art. 28, primo comma, né sulla base delle regole generali.

Per mettere in discussione tale conclusione bisognerebbe rivedere lo stesso senso dell'immediata esecutività ed anzi dell'esecutività *tout court* delle pronunzie costitutive. Vale a dire, intenderla non come capacità di dar luogo all' esecuzione forzata, ma come (anticipata) produzione dell'effetto della decisione.[1185]

[1182] Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro, cit.,* 47.

[1183] Al riguardo cfr. la sintesi di TARUFFO, *Condotta antisindacale*, cit., 8, con i relativi richiami.

[1184] Cfr. M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979, 210 ss.

[1185] Ciò è stato anche sostenuto da una parte della dottrina (cfr., ad es., G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecutorietà delle sentenze costitutive*, in *RTDPC*, 1992, 47 ss., in specie 85 ss., ed *ivi*, in nota, richiami), e la stessa materia della provvisoria esecutività delle

Né siffatti rilievi vengono a mio avviso scalfiti sostenendosi che il provvedimento *ex* art. 28 non possa incidere sulla validità dell'atto di trasferimento,[1186] ma possa eliminare o sospendere gli effetti del medesimo con riguardo ai rapporti di lavoro.[1187]

Anche in tal caso, infatti, si viene a scavalcare la indispensabile collaborazione del soggetto inciso dal provvedimento: la sanzione, cioè, per stare alla terminologia su riferita, non sarebbe rappresentata dalla creazione di un nuovo obbligo. È evidente, in proposito, che l'eventuale ordine di non dar corso al trasferimento, non crea l'obbligo, ma è conseguenziale alla diretta trasformazione giuridica disposta con il provvedimento, l'inefficacia o la sospensione del trasferimento.

Ma non appare consentita neppure l'emissione dell'ordine di ritrasferire l'azienda, pure teoricamente compatibile con la vicenda, come si è prima accennato, nonostante la bilateralità della operazione di trasferimento.

Questo non certo per la giuridicamente irrilevante gravità delle conseguenze per le due aziende, tanto più avvertibile laddove l'inadempimento derivi dall'imprecisione e non dall'omissione della condotta, quanto per la estraneità di un ordine siffatto alle esigenze *astratte* (nel senso di esigenze prese in considerazione dalla legge) dei singoli lavoratori, ai quali è riconosciuta in altri commi del medesimo art. 47 tutela di differente tipo, mossa piuttosto dalla logica di agevolare la circolazione dei rapporti di lavoro. Del resto, in concreto, tali esigenze possono addirittura essere opposte rispetto a quelle delle organizzazioni sindacali ricorrenti, traducendosi nell'interesse dei singoli lavoratori dell'azienda trasferita al mutamento del titolare del rapporto, in alcuni casi anche ad evitare provvedimenti di carattere espulsivo.

---

sentenze è stata rimeditata a seguito della novellazione degli artt. 282 e 283 c.p.c., ma con argomenti tuttora non recepiti, a mio avviso giustamente, dall'indirizzo dominante: v., in proposito, la sintesi in E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di F. Carpi e M. Taruffo, IV ed., Padova, 2002, 888 ss.; con riguardo alle sentenze in materia di lavoro, L. de ANGELIS, *ibid*., 1346 ss.

[1186] Così, invece, L. VALLAURI, *Trasferimento d'azienda, cit.,* 142 ss.; M. ROCCELLA, *Manuale, cit.,* 360; A.M. MINERVINI, *Imprese cooperative e trasferimento d'azienda*, Milano, 1994, 37-38; G. PERA, *Trasformazioni, fusioni e incorporazioni nel settore creditizio; profili di diritto del lavoro*, in *RIDL,* 1993, I, 439 ss., 442 ss.; L. GUAGLIANONE, *Le procedure di informazione*, cit., 645 ss., con riferimento alla violazione degli obblighi di informazione; A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva*, cit., 551; E. BALLETTI, *La legittimazione passiva*, cit., 431 ss.; in giurisprudenza, Pret. Lecce 27 luglio 1998, in *FI,* 1999, I, 3313, con nota di richiami; Pret. Milano decr. 2 aprile 1996, in *D&L,* 1997, 75, con nota di F. QUADRIO, *Interesse collettivo e comportamento antisindacale nell'ambito del trasferimento d'azienda*; Pret. Lodi decr. 28 luglio 1995, cit.; Pret. Pistoia, sez. distaccata Pescia, decr. 14 aprile 1994, in *FI,* 1995, I, 407, con nota di R. COSIO, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda: i primi interventi della giurisprudenza*. Per una rassegna della giurisprudenza di merito in tema di obblighi d'informazione *ex* art. 47, cfr. R. SANTAGATA, *Gli obblighi di informazione nel trasferimento d'azienda: la giurisprudenza di merito*, in *MGL,* 2000, 2 ss., 16 ss. con riguardo al profilo in questione.
Le considerazioni contenute nel testo rendono irrilevante ai fini che qui interessano il rafforzamento del carattere preventivo della procedura sindacale attuato dal d.lgs. n. 18/2001, che pure potrebbe far pensare anche ad un potenziamento della tutela *ex* art. 28, appunto nel senso del potere, il provvedimento giudiziale, incidere sulla validità dell'atto di trasferimento. Ma lo stesso autore che ha prospettato l'ipotesi, ha rilevato che si tratterebbe di interpretazione forzata: cfr. C. CESTER, *Trasferimento d'azienda, cit.,* 514-515.

[1187] Cfr. Pret. Udine, 9 agosto 1995, in *LG*, 1996, 291, con nota di E. BRIDA, *Trasferimento di azienda: la sanzione per omessa informazione-consultazione*; G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d' azienda e rapporto di lavoro, cit.*, 51; ID., *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda: evoluzioni e prospettive,* in *QDLRI,* 2004, n. 28, 10 ss.; ID., in *La nuova disciplina, cit.*, 782 ss.; L. MONTUSCHI, *Procedure e forme: comunicare è bello?,* in *ADL,* 2000, 658; U. CARABELLI, B. VENEZIANI, *Il trasferimento d' azienda in Italia,* in AA. VV., *La transmisiòn de empresas en Europa,* Bari, 1999, 125 ss.; D. IZZI, *La dimensione collettiva, cit.*, 900 ss.; L. PELAGGI, *Le procedure sindacali per il trasferimento d' azienda. A cinque anni dall' entrata in vigore dell'art. 47 l. 29 dicembre 1990, n. 428,* in *MGL,* 1995, 789 ss., per il quale una portata sinanche invalidante non potrà essere esclusa in caso di reiterata condotta dell'imprenditore; P. LAMBERTUCCI, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina in materia di trasferimento d'azienda*, in *RIDL,* 1992, 174 e 171; R. COSIO, *Discipline del trasferimento d'azienda, cit.*, 88.

Al riguardo è il caso di sottolineare come sia diverso per quel che concerne materie di altro tipo, come il licenziamento, in cui con riguardo ai singoli dipendenti l'esigenza astratta prevista dal legislatore si muove nella medesima direzione, vale a dire una direzione caducatoria dell'atto (si pensi al licenziamento discriminatorio sul piano sindacale), tanto è vero che è stato possibile prospettare, sul piano processuale, il coordinamento tra azione individuale ed azione collettiva attraverso l'utilizzo (nella fase dell'opposizione al provvedimento ai sensi dell'art. 28), almeno in via analogica, dell'istituto della continenza, ovvero, se il coordinamento non è stato realizzato, dello schema delle obbligazioni solidali di cui all'art. 1306 c.c.: la pronuncia di rigetto dell'azione del sindacato non può pregiudicare il singolo dipendente, mentre quella d' accoglimento può da lui essere fatta valere.[1188]

Lo ribadisco precisandolo, non si tratta qui di tener conto dell'estraneità dei lavoratori al procedimento giurisdizionale - cui peraltro è discusso possa ovviarsi in via d'intervento (anche coatto)[1189] - ma ancor prima di riconoscere il modo e la sede differente in cui le medesime sono garantite.

Piuttosto, si potrebbe sostenere che gli obblighi in questione, che, si badi bene, incombono anche all'acquirente nei confronti delle "rispettive" organizzazioni sindacali (naturalmente se sia già titolare d'azienda) e che sono ugualmente sanzionati con l'ipotesi tipizzata di condotta antisindacale, sono finalizzati a tener conto delle esigenze dei dipendenti di quest'ultimo, che non hanno tutela né nell'art. 2112, né altrove.

Sotto questo profilo, allora, si giustificherebbe l'ordine di cui si è detto.

Sennonché, se è vera la premessa, la conseguenza appare invece distonica rispetto alla complessiva normativa, attribuendo valore eccessivo ad interessi che nel complesso della medesima sono sicuramente in secondo piano rispetto a quelli dei lavoratori dell'azienda trasferita, e che potrebbero in tal modo essere sacrificati.

L'interpretazione delle norme condotta tenendo insieme le varie esigenze, di quelle delle organizzazioni come di quelle dei lavoratori (di azienda *a qua* e di azienda *ad quem*), conduce allora a ritenere che la autonomia dell'azione *ex* art. 28,[1190] espressione della ormai pacifica plurioffensività di condotta antisindacale che incida sui singoli rapporti di lavoro, si debba fermare di fronte all'avvenuto trasferimento d'azienda. Questo significa che se il provvedimento giudiziale intervenga prima del trasferimento medesimo (si pensi d un invito per un esame congiunto in vista del trasferimento d'azienda, non preceduto dalle informazioni o preceduto da informazioni insufficienti), possa contenere l'ordine di cessazione del comportamento e di rimozione degli effetti con riguardo alla comunicazione e all'avvio dell'esame congiunto (quanto meno con le organizzazioni

---

1188 Cfr. PROTO PISANI, da ult. *Lezioni di diritto processuale*, III ed., Jovene, Napoli, 1999, 614-615.

1189 Per una panoramica delle varie posizioni in punto cfr. M. FRANCO, in AA. VV., *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, a cura di M. Grandi e Pera, Padova, 1998, 608 ss.; *adde*, per l'ammissibilità, Pret. Roma, decr. 19 dicembre 1997, in *FI*, 1999, I, 2406, con nota di richiami.

1190 V., per un attento riepilogo della tematica, G. VILLANI, *La condotta antisindacale. Aspetti processuali*, in AA. VV., *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, I *Le fonti Il diritto sindacale,* a cura di C. Zoli, Torino, 1998, 433 ss.

ricorrenti, ove le altre non aderiscano).[1191] E l'ordine è immediatamente esecutivo e penalmente sanzionato, ma è inidoneo, se violato, ad impedire il successivo trasferimento.

Altrimenti, il provvedimento non potrà che avere mero contenuto di accertamento dell'antisindacalità per violazione dell'obbligo. Accertamento dell'antisindacalità che, lo si è altrove sostenuto utilizzando anche l'argomento nascente dal vecchio testo dell'art. 6 l. 146 del 1990,[1192] può essere oggetto dell'azione e della decisione ai sensi dell'art. 28. Ciò del resto è stato ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità[1193] proprio con riguardo alla lesione di diritti sindacali di informazione e consultazione di origine legale, così contraddicendo il suo precedente, costante indirizzo.[1194] È vero, in proposito, che il *dictum* riguarda una fattispecie di lavoro pubblico per il quale opera - anzi operava alla stregua delle nuove regole sulla giurisdizione in materia - l'art. 6 cit., ma è pur vero che nella sentenza è presente il significativo passaggio per cui, in contrapposizione a quanto è detto per la c.d. condanna in futuro, " va.... positivamente valutata la possibilità di una sentenza di mero accertamento della condotta antisindacale (*anche* e soprattutto) nel settore del pubblico impiego" (il corsivo è mio). E che tale norma mantiene la sua valenza chiarificatrice pur essendo ora stata superata dalla unificazione delle giurisdizioni di cui ai d.lgs. 80 e 387 del 1998 (ora trasfusi nel d.lgs. n. 165/01).

Sul punto vanno aggiunti i seguenti rilievi:

a) in base alla conclusione da ultimo raggiunta non possono porsi problemi di partecipazione necessaria di entrambi i datori di lavoro, cedente e cessionario, al procedimento, che si porrebbero, invece, ove il provvedimento incidesse sul trasferimento d'azienda.

b) A maggior ragione, la conclusione predetta evita qualsiasi questione in ordine alla partecipazione in giudizio dei singoli lavoratori coinvolti nella vicenda traslativa.

c) La ritenuta ammissibilità dell'azione d'accertamento *ex* art. 28 non è naturalmente in contraddizione con quanto prima sostenuto a proposito della presenza, nella struttura del procedimento, dell'ordine. L'accertamento dell'antisindacalità è infatti la base dell'ordine nel quale è contenuto o dal quale è presupposto, mentre l'annullamento diretto dell'atto o del suo effetto è profilo ulteriore e qualitativamente diverso dall'ordine stesso. Piuttosto, l'inammissibilità dell'azione d'accertamento potrebbe essere meglio argomentata - ma a mio avviso con pari infondatezza - con riguardo alla natura urgente del procedimento *ex* art. 28, non congeniale all'effetto scaturente dalla pronuncia dichiarativa.

L'accertamento, come prima accennato, ha ad oggetto la antisindacalità della condotta, non la nullità (o l'inefficacia, eventualmente temporanea) dell'operazione traslativa.

[1191] Cfr. Pret. Napoli, sez. distaccata Pomigliano d' Arco, decr. 7 dicembre 1993, in *FI*, 1995, I, 407, con la citata nota di R. COSIO.

[1192] Cfr. de ANGELIS, *Su recenti modifiche del procedimento di repressione del comportamento antisindacale e dei procedimenti cautelari*, in *RTDPC*, 1992, 1010 ss. Cfr., inoltre, sulla questione, la sintesi, con i relativi richiami bibliografici e giurisprudenziali, di G. VILLANI, *La condotta antisindacale*, *cit*., 427 ss.

[1193] Cfr. Cass. 8 ottobre 1998, n. 9991, in *MGL*, 1999, 34, con nota di N. DE MARINIS, *I diritti di informazione sindacale nel pubblico impiego. Ammissibilità e limiti della tutela ex art. 28 stat. lav.*; anche *RIDL*, 1999, II, 697, con nota di P. ALBI, *Condotta antisindacale, pronuncia di mero accertamento e tutela dei c.d. diritti di informazione e consultazione sindacale nel settore pubblico*.

[1194] Cfr. Cass. 2 giugno 1998, n. 5422, in *RFI*, 1998, voce *Sindacati*, n. 135; Cass. 2 settembre 1996, n. 8032, in *MGL*, 1996, 521.

Appare allora più lineare una tesi che pur riducendo il contenuto del provvedimento e quindi l'effettività della repressione del comportamento antisindacale, lasci fermo il carattere antigiuridico del comportamento medesimo, al cui significato di principio, come tale però non trascurabile, aggiunga la possibilità di far valere una successiva azione risarcitoria delle organizzazioni sindacali fondata su tale antigiuridicità, e quindi sull'illecito (contrattuale). A quest'ultimo proposito l'esperimento dell'azione da parte dei singoli dipendenti[1195] dovrebbe invece collegarsi alle regole della responsabilità aquiliana - si è detto, i dipendenti non sono titolari di una loro situazione di vantaggio - l' "ingiustizia" del danno di cui all'art. 2043 c.c. dovendo essere ravvisata nel disvalore per l' ordinamento dato appunto dall'antisindacalità della condotta. A quest'ultimo proposito si sottolinea, al fine di superare l'ostacolo rappresentato dal fatto che ad essere violate non sarebbero norme a tutela della sfera giuridica soggettiva dei lavoratori, la tendenza giurisprudenziale e dottrinale a riempire di contenuto la formula del danno ingiusto attingendo appunto alle valutazioni dell'ordinamento, considerato nella totalità e globalità dei suoi valori e dei suoi principi, delle sue valutazioni, delle sue regole e norme generali.[1196]

7.1. Segue. Violazioni attuate mediante atti contrattuali o unilaterali e conseguenze giuridiche sulle misure a latere al trasferimento.

Contrattualmente (tra di loro), o unilateralmente per quanto possibile, cedente e cessionario possono avere particolarmente regolamentato le conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori derivanti dal trasferimento d'azienda, naturalmente nell'area di disponibilità delle medesime, e possono avere adottato "misure nei confronti dei rispettivi lavoratori", in tal modo sicuramente trasgredendo il disposto dell' art. 47 cit. Ciò, secondo alcuni, potrebbe essere oggetto d' invalidazione *ex* art. 28.[1197]

Per le ragioni prima espresse, che escludono l'ammissibilità di pronunzia costitutiva, esaminerò tale impostazione adattandola, e cioè intendendola come ammissibilità dell'ordine di rimozione di conseguenze e misure.

Questa volta ritengo debba giungersi alla soluzione positiva, con la precisazione, mutuata dalla su citata dottrina, che dovrebbe applicarsi in via analogica lo schema dell'art. 1306 c.c., nel senso che la pronuncia di rigetto non avrebbe riflessi nei confronti dei singoli lavoratori non partecipanti al giudizio, potendo giocare invece a loro favore la pronuncia d'accoglimento, se di quest' ultima gli stessi intendano avvalersi.

[1195] Sostenuta, insieme a quella svolta dalle organizzazioni sindacali, da R. FOGLIA, *Trasferimenti di azienda ed effetti sui rapporti di lavoro*, in *MGL*, 1991, 336; V. BELLINI, *Trasferimento di azienda nella fusione di società: comunicazione e consultazione sindacale, Dir. lav.*, 1997, I, 202; v. altresì P. MAGNO, *La nuova disciplina del trasferimento di azienda*, *Dir. lav.*, 1991, 150. Più di recente, F. ROTONDI, V. RUZZENENTI, *Trasferimento di ramo d'azienda e informazione sindacale*, in *DLP*, 1999, 1374.

[1196] Cfr., da ult. V. SCALISI, *Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile,* in *RTDPC,* 2004, 808 ss.

[1197] Cfr., tra gli altri, S. MARETTI, *L'incorporazione, cit.*, 278 ss.; D. GOTTARDI, *Legge e sindacato*, cit., 56 ss.; G. MASCARELLO, *La nuova disciplina dei trasferimenti di azienda: procedura sindacale e deroghe*, *Quaderni Csm*, 1995, n. 77, 167; R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro*, 138 ss., ed *ivi*, alla nota n. 101, riferimenti; G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro* Aggiornamenti 1992-1993, Bologna 1993, 41; P. TOSI, *Il dovere di informazione sindacale*, cit., 285; ID., in *La nuova disciplina*, cit., 791; in giurisprudenza, Pret. Benevento, 29 aprile 1999, in RIDL, 2000, II, 337, con nota di P. LAMBERTUCCI, *Sulle conseguenze della violazione dell'art. 47, l. n. 428/1990 nel trasferimento di ramo di azienda*; anche *GC,* 2000, I, 2147, con nota di M. MARANDO, *La violazione degli obblighi di informazione ed il comportamento antisindacale nel trasferimento d'azienda*; cfr. altresì il problematico *obiter dictum* in Cass. 23/2000, cit.

Naturalmente, intese consensuali o opzioni unilaterali, entrambe estranee alla disciplina speciale prevista dall' art. 47, saranno soggette alle azioni individuali con riguardo ad eventuali vizi che possano presentare.

Esemplificando, cedente e cessionario potranno concordare, non ottemperando agli obblighi previsti dall'art. 47, che il trasferimento abbia luogo con la concomitante sospensione delle maestranze, o di parte di esse, delle due aziende per un certo periodo. Siffatta misura, però, potrà essere impugnata *ex* art. 28, con le conseguenze teste enunciate. Ma potrà anche essere impugnata dai singoli lavoratori, ad esempio facendo valere la necessità del loro consenso ai fini della sospensione del rapporto di lavoro, e quindi l'inefficacia dell'intesa nei loro confronti.

Si potrà pure verificare che le misure siano adottate ancora contrattualmente, ma con i singoli lavoratori, scavalcando le organizzazioni sindacali.[1198]

Pure in questo caso l'antisindacalità naturalmente sussiste, e ciò perfino se abbiano partecipato alla condotta tutti i dipendenti interessati all' operazione. Anzi un'ipotesi del genere arrecherebbe un *vulnus* ancora più pesante a quelle organizzazioni che la legge riconosce come destinatarie di diritti.

Non ritengo, però che il provvedimento *ex* art. 28 possa andare oltre l'accertamento della antisindacalità del comportamento (e la su indicata, separata azione risarcitoria), ed anche se al giudizio si ritenesse possibile la partecipazione dei singoli. Per un verso, infatti, il provvedimento non può contenere l'eliminazione dell'accordo o il blocco degli effetti per le ragioni di principio sopra enunciate[1199]. Per un altro verso, non può comprendere l'ordine di eliminazione o di blocco, dal momento che sarebbe necessaria la cooperazione di un terzo (l'ordine va dato al solo datore di lavoro), vale a dire dei singoli lavoratori. Il che, lo si sottolinea, è cosa diversa appunto dalla partecipazione al giudizio.

Si verifica ora, cioè, quell'incompatibilità strutturale tra ordine ed oggetto del medesimo prima negata a proposito dell'ordine dato ad alienante ed acquirente dell'azienda.

L'inibitoria al datore di lavoro di dare esecuzione all' accordo o agli accordi individuali, pure adottata in un provvedimento giudiziale, [1200] potrebbe apparentemente essere soluzione appagante, tanto più se si tiene a mente che anche i lavoratori conoscevano che erano state violate le regole procedimentali a favore dei sindacati, o comunque dovevano verificare il rispetto delle regole stesse prima di procedere ad intese individuali.

Ma fa pensare diversamente già la considerazione che l'avvenuto adempimento di quest'ultime impedirebbe l'ordine, e che quindi si verificherebbe una specie di corsa all'esecuzione che non ha molto da spartire con una ricostruzione del sistema equilibrata e credibile.

Un approfondimento ulteriore della questione induce poi ad escludere la fondatezza della tesi che porti alla paralisi di effetti che, per non potere essere la validità dell'accordo intaccata dal provvedimento, trovano la loro fonte in un esistente ed efficace atto di autonomia privata, come

---

[1198] Per un'ipotesi di quest' ultimo tipo cfr. Pret. Milano decr. 27 ottobre 1994, in *D&L*, 1995, 85, con nota di F. SCARPELLI, *Procedure di consultazione sindacale nel trasferimento d' azienda e trattative dirette (con transazioni in giudizio) fra impresa e lavoratori: problemi e contenuto dell'intervento giudiziale ex art. 28 SL.*

[1199] *Contra*, F. SCARPELLI, *Procedure di consultazione*, *cit.*, 90-91.

[1200] Pret. Milano decr. 27 ottobre 1994, cit.

tale suscettibile di richiesta di adempimento in via individuale.

7.2 Segue. Violazione degli obblighi di informazione e consultazione sindacali e conseguenze sugli accordi di cui all' art. 47.

Neppure credo che il provvedimento *ex* art. 28, conseguente alle predette trasgressioni, possa toccare gli accordi sindacali di cui al secondo e quinto comma dell'art. 47, con i loro riflessi, pure così diversi nelle due ipotesi, sui singoli rapporti di lavoro.

Ciò non perché il raggiungimento dell'accordo sani, per realizzazione dello scopo, le pregresse violazioni. Per pervenire a questa conclusione, infatti, sarebbe necessaria almeno un'indagine puntuale in ordine alla sufficienza delle informazioni e dell'esame alla base dell'accordo medesimo. Ma perché addivenendo all' accordo i sindacati stipulanti hanno dimostrato comunque di abdicare alla tutela connessa alle violazioni.

Nel dire questo, però, è necessario anche aggiungere che la soluzione è così lineare ove gli accordi in questione siano stati sottoscritti da tutte le organizzazioni richiedenti l'esame congiunto, se richiesta vi è stata, o in mancanza di richiesta, da tutte quelle indicate nel primo comma dell'articolo citato.

Il problema è più complicato qualora invece l'accordo non sia stato raggiunto con tutte le organizzazioni, e la denuncia di comportamento antisindacale provenga da una di quelle che non lo ha sottoscritto.

Alla soluzione di tale questione deve pervenirsi avvalendosi del medesimo schema di ragionamento utilizzato in precedenza. Come nel caso in cui si siano adottate misure individualmente contrattate con i dipendenti, il provvedimento *ex* art. 28, che anche questa volta non potrà avere diretta portata sull'atto o sugli effetti, non potrà nemmeno risolversi nell'ordine di eliminazione o di blocco degli effetti, l'ordine stesso abbisognando della cooperazione dell'organizzazione stipulante.

Questo con riguardo alla tutela giurisdizionale dei rapporti sindacali.

Circa la tutela inerente i singoli rapporti individuali di lavoro, è necessario tenere distinta l'ipotesi in cui l'accordo attenga al trasferimento di azienda in crisi o all'equiparato trasferimento dell'azienda nell'ambito di una procedura concorsuale, esso soltanto avendo la particolare forza di escludere l'applicazione dell'art. 2112 c.c., ai sensi e ricorrendo i presupposti di cui all'art. 47, quinto comma, l. 428.[1201]

Bene, in tal caso le formalità previste dall'art. 47, primo e secondo comma sembrano infatti avere valenza procedimentale rilevante sui rapporti individuali, come la hanno le formalità precedenti la messa in mobilità e il licenziamento collettivo per riduzione di personale, per i quali in ragione di ciò secondo parte della giurisprudenza neppure il raggiungimento dell'accordo è idoneo a sanare i vizi pregressi.

[1201] Per i vari, complessi problemi al riguardo cfr. per tutti R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro*, cit., 209 ss., ed *ivi* ampi riferimenti; G. VILLANI, *Il trasferimento delle aziende nell'impresa in crisi e nelle procedure concorsuali*, in AA. VV., *Disposizioni in tema di trasferimento*, cit., 663 ss.; *adde*, in particolare, U. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, in *RIDL*, 1995, I, 64 ss. Si consideri, altresì, la modifica della preesistente normativa comunitaria attuata con l'art. 4 *bis* della direttiva 98/50.

Come per questi ultimi istituti, però, la perentorietà del *dictum* deve essere stemperata, proprio in ragione del raggiungimento dello scopo, laddove all'accordo le organizzazioni siano pervenute dopo la resa di sufficienti, pur se irrituali, informazioni ed esame della situazione. Il che in sostanza significa dire, valorizzando la forma e non il formalismo delle disposizioni, che ad essere stato procedimentalizzato è piuttosto l'accordo *consapevole*, il quale ha la forza di escludere l'applicazione della normativa di garanzia.

Al di fuori del trasferimento delle imprese in crisi, difetta il valore procedimentale delle formalità e dell'accordo, il quale ha quindi la sua efficacia secondo e nei limiti delle regole del diritto comune.

8. Cenni sulle condotte represse ex art. 28.

Un'indagine sul sistema di tutela in caso di violazione dei doveri di informazione e consultazione sindacale in tema di trasferimenti d'azienda necessita di qualche cenno, sia pure fugacissimo, in ordine all'individuazione dei doveri medesimi, per ogni ulteriore approfondimento rinviandosi allo scritto di Zoli , sede *ad hoc* del presente volume.

Quanto all'informazione, è richiesta innanzitutto la forma scritta della comunicazione alle organizzazioni sindacali indicate nell' art. 47, primo comma, da parte sia dell'alienante che dell'acquirente, dell'intento di effettuare un trasferimento d'azienda - nell'accezione accolta dall' ordinamento - ed un termine (venticinque giorni prima) entro il quale la comunicazione stessa va fatta. Il d.lgs. n. 18/2001, specificando che il termine deve precedere il perfezionamento dell'atto da cui deriva il trasferimento o il raggiungimento di un'intesa vincolante per le parti (si pensi ad un contratto preliminare),[1202] ha in parte risolto i complicati problemi posti dalla originaria formulazione, [1203] e, in particolare, ha escluso che si possa fare riferimento al momento dell'attuazione del trasferimento,[1204] come prima sostenuto dalla dottrina prevalente.[1205]

La perentorietà del disposto di legge ("devono darne comunicazione per iscritto; almeno venticinque giorni prima"), tanto più in un testo che ora richiama il mancato rispetto degli obblighi di cui ai commi primo e secondo, insieme alla *ratio* di forma scritta e termine, che è nell'agevolare le organizzazioni sindacali destinatarie nell' intelligibilità dell'intenzione e nell'assicurare loro un termine per approfondire i problemi, conduce a ritenere che la mancata adozione dello scritto ed il mancato rispetto del termine facciano scattare le conseguenze sopra illustrate.

Per le stesse ragioni deve ugualmente ritenersi *tamquam non esset* l'informazione che non indichi i motivi del programmato trasferimento d'azienda, le sue conseguenze giuridiche, economiche e

---

[1202] Per uguale esempio cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d' azienda e rapporto di lavoro, cit.,* 48; v. altresì S. MARETTI, *L'incorporazione del diritto comunitario del lavoro Le nozioni di datore di lavoro lavoratore e rappresentanze dei lavoratori,* Torino, 2003, 267, per la quale il testo sembra riferirsi "ad un'intesa "esteriorizzata", il che conduce a pensare, ad un contratto preliminare".

[1203] Per i quali sia consentito il rinvio a L. de ANGELIS, *Informazione e consultazione sindacale, cit.*, 302, ed *ivi* richiami; *adde,* S. MARETTI, *L'incorporazione, cit.,* 265 ss., ed *ivi* segnalazione di altre questioni poste dal nuovo testo.

[1204] Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro, cit.,* 47; S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d' azienda dopo il d.lgs. 18/2001, cit.,* 119 ss.

[1205] Tra gli altri, P. LAMBERTUCCI, *Profili ricostruttivi, cit.*, 164; A. MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda,* in *DRI,* 1992, 16; P. TOSI, *Due nodi della legge: informazione e consultazione,* in *LI,*1991, 12; R. FOGLIA, *Trasferimenti di azienda ed effetti sui rapporti di lavoro*, in *MGL*, 1991, 335.

sociali per i lavoratori, le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi (art. 47, secondo comma, ult. periodo), valendo comunque quanto si è già detto, e nei limiti primi sottolineati, con riguardo all' accordo raggiunto.

Circa la specificità dell'oggetto dell'informazione, devo ribadire che quest'ultima è finalizzata non ad esigenze di difesa ma al successivo dialogo da instaurarsi con l'esame congiunto che le organizzazioni possono richiedere, sempre per iscritto, entro sette giorni dalla comunicazione di cui sopra, e che l'alienante e l'acquirente sono tenuti ad avviare nei successivi sette giorni. Appare quindi soddisfare il disposto di legge tutto ciò che, pur non risolvendosi in mero adempimento burocratico[1206], sia idoneo ad avviare il dialogo, il resto appartenendo all'area dell'approfondimento in sede d'esame.[1207]

La nuova formulazione della norma più volte sottolineata fa ritenere che, diversamente da quanto ho sostenuto con il testo precedente,[1208] si realizzi la fattispecie tipizzata di condotta antisindacale anche nel caso di tardività dell'avvio dell'esame congiunto. Rientra ugualmente appieno nella tutela speciale dell'art. 47, secondo comma, il disertare, da parte dell'alienante o dell'acquirente, la seduta fissata per l'esame.

Sul punto, mi sembra poi il caso di aggiungere che il difetto di forma scritta della richiesta sindacale, ovvero l'intempestività della medesima, faccia venir meno l'obbligo di avvio in questione. E che obbligo di avvio e di consultazione sia naturalmente cosa diversa dall'obbligo a contrarre, come in questo caso è reso, direi anche plasticamente, dalla previsione che limita la durata della consultazione, intendendola esaurita se non sia stato raggiunto l'accordo entro dieci giorni dal suo inizio (art. 47, secondo comma, secondo periodo).[1209]

9. Il mantenimento dei diritti del lavoratore ceduto.

Al mantenimento dei diritti del lavoratore ceduto, lo rilevavo al § 1, è intitolata la rubrica dell'attuale art. 2112 c.c., il cui contenuto di garanzia rispetto a quello del 1942 si è peraltro – anche a questo ho accennato in precedenza – sensibilmente rafforzato.

Per le ragioni illustrate al § 4 non aggiungo nulla a quanto *ivi* detto con riguardo alla fattispecie del trasferimento d'azienda, le cui modifiche da parte della l. n. 428 e dei decreti legislativi nn. 18 e 276, citt., pure, costituiscono l'aspetto di maggiore rilievo: il tema, del resto, interessa le questioni già trattate prima.

Qui, invece, vanno affrontati i problemi che postulano l'avvenuto, legittimo trasferimento d'

[1206] Cfr. Pret. Milano 19 gennaio 1999, in *OGL*, 1999, I, 125; inoltre, Pret. Napoli, sez. distaccata Pomigliano d'Arco, decr. 7 dicembre 1993, cit.

[1207] In proposito cfr. L. GUAGLIANONE, *Le procedure di informazione*, *cit*., 644, che sembra però esprimere una posizione più severa.

[1208] Cfr. L. de ANGELIS, *Informazione e consultazione, cit.*, 302.

[1209] È opinione diffusa che non sussista obbligo a contrarre: cfr. per tutti S. MARETTI, *L'incorporazione, cit.*, 273; R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro*, *cit*., 125. Sulla differente, controversa questione, che però G. PERA, *Trasformazioni*, *cit*., 442, definisce "del tutto oziosa", della riconducibilità o meno dell' obbligo di consultazione all'obbligo a trattare (nella accezione di "impegno alla discussione", quale, cioè, secondo la terminologia di C. ZOLI, *L'obbligo a trattare nel sistema di rapporti collettivi*, Padova, 1992, 249 ss., ed anche 19 ss., "obbligazione di mezzi che impegna le parti ad un *facere* che ha natura meramente procedurale"), cfr. per tutti D. GOTTARDI, *Legge e sindacato*, *cit*., 52 ss., ed *ivi* ampi riferimenti alle note n. 14-16; R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro*, *cit*., 125 ss.

azienda.

Innanzitutto, è prevista la continuità del rapporto con l'acquirente (art. 2112, primo comma); continuità piena, in sintonìa con quanto perentoriamente riconosciuto dall'art. 3.1 della direttiva n. 2001/23 cit.,[1210] e non limitata ai diritti derivanti dall'anzianità raggiunta, come era invece secondo il testo originario dell' art. 2112.[1211] Si tratta di regola inderogabile, con la conseguente nullità *ex* art. 1418 c.c. di pattuizione contraria, individuale o collettiva, salva, per quest'ultima, l'area coperta dall' art. 47, quinto comma, l. n. 428 (per la quale si rinvia allo scritto di Ricci in questo volume). Va però registrata la posizione giurisprudenziale per la quale "all'accordo sindacale di natura transattiva che preveda la risoluzione dei rapporti di lavoro con l'imprenditore cedente e la costituzione di nuovi autonomi rapporti di lavoro con il cessionario, deve riconoscersi per la preminenza della esigenza di salvaguardia del posto di lavoro sull'interesse alla continuità dei singoli rapporti di lavoro, efficacia vincolante nei confronti dei lavoratori iscritti alle associazioni stipulanti o che abbiano successivamente aderito all'accordo, anche nella parte in cui esso libera il nuovo datore di lavoro dall'onere del riconoscimento dell'anzianità pregressa di servizio, contenendo esso una deroga convenzionale, pienamente valida, al principio della continuità di lavoro stabilito dall'art. 2112, primo comma, c.c.".[1212]

La continuità del rapporto e la conservazione dei diritti che ne derivano, secondo il testo dell'art. 2112, primo comma, implicano che tale conservazione non significhi solo l'intangibilità dei diritti già maturati ed entrati nel patrimonio del soggetto prima del trasferimento – riconosciuti e ulteriormente tutelati dall'obbligo di solidarietà di cui al secondo comma dell' articolo stesso – ma il mantenimento anche per il periodo successivo all'operazione traslativa del valore giuridico delle regole contrattuali, individuali o collettive, da cui scaturiscono i diritti stessi.[1213] Con le inerenti, diverse conseguenze sul piano della loro (pur consentita)[1214] modificabilità da atti posteriormente formati.[1215] Da tale angolazione i problemi posti dalle prassi aziendali preesistenti, ed il loro differente modo di risolverli, acquistano peculiare delicatezza.[1216]

[1210] Cfr., con riguardo alla direttiva n. 98/50, P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore, cit.,* 27 ss., ed *ivi*, alla nota n. 73, richiamo a Cgce, 12 novembre 1996, C-305/94, in *NGL,* 1997, 154, in cui si sottolinea il carattere inderogabile delle regole contenute nella direttiva; M. AIMO, *Le garanzie individuali, cit.*, 842.

[1211] Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro, cit.,* 55; P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore, cit.,* 27 ss. Circa le varie posizioni, anche giurisprudenziali, sull'ampiezza della tutela riconosciuta dal vecchio testo cfr. M. AIMO, *Le garanzie individuali, cit.*, 845. Sul processo evolutivo che ha condotto alla consolidazione del principio di continuità cfr. soprattutto M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro* I *Le modificazioni soggettive*, Milano, 1972, 252 ss.

[1212] Cfr. Cass., 13 novembre 2001, n. 14098, in *NGL,* 2002,113; ma v. altresì Cass., 23 giugno 2000, n. 8583, *RFI,* 2000, voce *Lavoro (rapporto),* n. 46.; al riguardo cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro, cit.,* 596.

[1213] Da ult., F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti, cit.*, 105; M.T. SALIMBENI, *Trasferimento d' azienda e conservazione dei diritti dei lavoratori,* in AA.VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema, cit.*, 600.

[1214] Cfr., ad es., P. LAMBERTUCCI, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina in materia di trasferimento d'azienda*, in *RIDL*, 1992, 184.

[1215] In proposito v. la recente sintesi delle varie posizioni di A. TROJSI, *Contratto collettivo e disposizione dei diritti dei lavoratori,* in AA. VV., *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro,* a cura di R. Santucci e L. Zoppoli, Torino, 2002, 81 ss.

[1216] Cfr., da ult., F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti, cit.,*111 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d' azienda e rapporto di lavoro, cit.*, 56 ss.; altresì M. AIMO, *Le garanzie individuali*, *cit.,* 844 ss. Sulle incertezze giurisprudenziali in tema di usi aziendali cfr., tra i più recenti, L. CASTELVETRI, *Ma l'uso aziendale esiste?,* nota a a Cass., 27 novembre 1999, n. 13294, e Cass. 17 febbraio 2000, n. 1773, in *RIDL*, 2000, II, 608, S. GANDI, *Usi aziendali: prime conferme al* revirement *della cassazione*, nota a Cass., 17 febbraio 2000, n. 1773 cit., in *OGL,* 2000, I, 77 ss., e S. LIEBMAN, *Comportamenti unilaterali dell'imprenditore, usi aziendali e teoria delle fonti di*

Deve trattarsi, comunque, di diritti e non di aspettative.[1217] La qualificazione, in un senso o nell'altro, delle situazioni giuridiche soggettive in discussione assume allora notevole rilevanza pratica; questo, soprattutto, in materia di trattamento di fine rapporto (tfr). In proposito, va sottolineato che la più recente giurisprudenza di legittimità – ma la questione è aperta -[1218] è orientata nel senso che il tfr maturi anno per anno attraverso il meccanismo dell'accantonamento e della rivalutazione, essendone rimessa alla cessazione del rapporto la sola esigibilità.[1219] Pertanto, al suo pagamento fino alla data del trasferimento deve essere considerato obbligato anche il cedente, oltre che, in via solidale *ex* art. 2112, secondo comma, il cessionario. Come si è giustamente sostenuto in dottrina, eventuali accordi collettivi stipulati con il cedente prima del trasferimento che azzerino, *al fine del tfr* (non ad altri fini, stante la predetta inderogabilità del principio di continuità), l'anzianità in caso di trasferimento d'azienda o che escludano per il futuro alcuni benefici non collegati a situazioni esaurite, appaiono legittimamente risolversi, data l'attuale struttura del tfr, in obbligatoria anticipazione del medesimo o in deroga all' onnicomprensività, consentita dall' art. 2120, secondo comma, c.c.[1220]

Problema di notevole complessità riguarda la comprensione, nell'ambito disciplinato dall'art. 2112, primo comma, c.c., dei diritti ai trattamenti previdenziali integrativi, posto che per essi la direttiva Ce 2001/23 cit. consente la deroga al principio di continuità (art. 3.4, lett. a), ad un tempo però prevedendo che gli Stati membri adottino i provvedimenti necessari per tutelare gli interessi dei lavoratori e di coloro che abbiano già lasciato lo stabilimento del cedente al momento del trasferimento per quanto riguarda i diritti da essi maturati o in corso di maturazione, a prestazioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti, dei regimi complementari (art. 3.4, lett. b). La disposizione del codice civile nulla dice in proposito.

L'indirizzo dominante è nel senso di riconoscere l'applicabilità dell'art. 2112, primo comma, nel caso di fondi *interni*, per i quali si costituisce un rapporto obbligatorio accessorio a quello di lavoro, e l'applicabilità dell'art. 2558 c.c. nel caso di fondi *esterni*. Non mancano però tesi che risolvono la questione piuttosto alla luce degli artt. 10 e 11 l. n. 124/1993, e tesi che distinguono tra fondi a contribuzione definita e a prestazioni definite, riferendo solo a quest'ultimi la disciplina dell'art. 2112. [1221]

Laddove il trasferimento d'azienda abbia luogo nel corso di un giudizio nei confronti dell'alienante, si configura una ipotesi di successione a titolo particolare nei rapporti preesistenti che

---

regolamentazione del rapporto di lavoro, nota a Cass. 27 novembre 1999, n. 13294 e Cass. 17 febbraio 2000, n. 1773 citt., in *MGL,* 2000, 594 ss., ed ivi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

[1217] Conf., da ult., G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d' azienda e rapporto di lavoro, cit.*, 56, ed *ivi* riferimenti, conformi e contrari.

[1218] Cfr., da ult., Cass. 8 gennaio 2003, n. 96, in *NGL,* 2003, 389; *contra,* di recente, Cass. 16 maggio 2002, n. 7143, in *RFI,* voce *Lavoro (rapporto),* n. 1879.

[1219] Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro, cit.*, 58 ss.

[1220] Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. ult. cit*.

[1221] Sintesi puntuali della questione, con completi riferimenti, in F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore*, *cit.*, 114 ss., in G. ZAMPINI, *Destinatari e sistema delle fonti,* in AA. VV., *Diritto del lavoro Commentario*, diretto da F. Carinci, IV, *La previdenza complementare*, a cura di M. Bessone, F. Carinci, Torino, 2004 254 ss., e in A. TURSI, *La configurazione soggettiva delle forme pensionistiche, ibid.*, 303 ss.

determina la prosecuzione del processo ai sensi dell'art. 111 c.p.c.[1222]

Circa il trattamento collettivo, rimetto, poi, per ulteriore trattazione, in particolare in tema di art. 2112, terzo comma, c.c., alle pagine scritte nel presente volume da Liebman.

9.1 Segue. L' irrilevanza del trasferimento d'azienda al fine del licenziamento.

La continuità del rapporto di cui si è detto trova ulteriore espressione nell'art. 2112, quarto comma, primo periodo, che prevede che il trasferimento non possa costituire di per sé motivo di licenziamento. Il che – lo sottolinea l'inciso di apertura del comma che lascia ferma la facoltà di esercizio del recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, e lo ribadisce appunto la precisazione "di per sé" presente nel testo - non significa che non si possa procedere a licenziamento da parte del cedente o del cessionario (rispettivamente prima e dopo l'operazione traslativa), ma che la causale dovrà essere diversa ed autonoma dal trasferimento dell' azienda.[1223] La causale, cioè, deve essere tale da legittimare il licenziamento da parte del cedente anche non si facesse luogo a trasferimento, e per esso devono valere le regole in materia, tra cui, per il dominante indirizzo che la richiede, l'impossibilità di ripescaggio.[1224] Lo stesso deve poi essere per i licenziamenti collettivi e le procedure di mobilità, che devono riferirsi ad eventi non collegati alla cessione.[1225] Causale diversa, e rilevante, è però la determinazione, a seguito del trasferimento, di un mutamento della struttura organizzativa giustificante il recesso,[1226] individuale o collettivo.

Una volta che la tutela reale ed obbligatoria del posto di lavoro sono state immesse nell'ordinamento, si era del resto provveduto, anche con il testo originario dell'art. 2112, primo comma, per il quale il contratto continuava con l'acquirente se l'alienante non ha dato disdetta in tempo utile, a ridimensionare la portata della norma escludendosi che il trasferimento d'azienda giustificasse il recesso.[1227]

A mio avviso, però, la soppressione del riferimento al tempo utile della disdetta ha reso incontestabile una importante conseguenza: il licenziamento intimato a ragione del trasferimento

---

[1222] Cfr., Cass., 10 gennaio 2003, n. 237, in *RFI,* 2003, voce *Procedimento civile,* n. 99.

[1223] Cfr., tra gli altri, G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda, cit.,* 67; P. ICHINO, *Il contratto, cit.*, 590; G. VILLANI, *Trasferimento d'azienda, cit.,* 45 ss., ed *ivi* rilievi e riferimenti circa il più pregnante significato della regola modificata.

[1224] Cfr. R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro, cit.,* 96 ss.

[1225] Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda, cit.*, 69, che ha precisato che, pur ammettendosi che possa l'alienante esercitare la facoltà di recesso, di fatto sarà 'acquirente a procedere, dovendo pertanto rispettare l'art. 47 l. n. 428/1990 e l'art. 4 l. n. 223/1991; v. altresì U. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda, cit.,* 45 ss., ed *ivi* riferimenti critici a posizioni contrarie, in particolare a quella di S. LIEBMAN.

[1226] G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda, cit.*, 68; G. NICOLINI, *Il trasferimento d'azienda,* in AA. VV., *Come cambia il mercato del lavoro,* Milano, 2004, 227.

[1227] Cfr., ad es., Cass. 14 luglio 1995, n. 7690, in *RFI,*1995, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1212, per cui "a seguito dell'entrata in vigore della l. 15 luglio 1966 n. 604 sui licenziamenti individuali, con la quale è stato ipotizzato e tipizzato il motivo obiettivamente idoneo a giustificare il licenziamento in riferimento a ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa, la disposizione dell'art. 2112 c.c. (nel testo anteriore alle modifiche introdotte dalla l. 29 dicembre 1990 n. 428), secondo cui in caso di trasferimento dell'azienda è consentito all'alienante di dare disdetta in tempo utile, non può più operare come specifica applicazione del recesso *ad nutum*, onde tale recesso, con gli effetti conseguenti, non può esser più giustificato dal mero trasferimento d'azienda, bensì solamente da fatti relativi alla vita della nuova impresa nella sua oggettività, nel senso che vi deve essere un nesso causale fra tali fatti, i quali costituiscono l'indefettibile condizione di legittimità del recesso, e l'impossibilità di mantenere la continuità del rapporto di lavoro, specie quando di questo siano rimasti invariati gli elementi caratterizzanti, quali le mansioni, la qualifica ed il compenso".

d'azienda è nullo per violazione della norma inderogabile sulla continuità, e la statuizione del giudice ha per oggetto l'accertamento del diritto del lavoratore a proseguire il rapporto presso il cedente, e la condanna alla riattivazione dello stesso, se interrotto. [1228]

Ed invece, con il testo precedente si poteva sostenere che lo stesso licenziamento anteriore alla eliminazione del predetto riferimento dovesse piuttosto ritenersi privo di giustificato motivo: il testo, infatti, restava lo stesso, e lo si poteva leggere aggiornandolo alla luce delle modificazioni della disciplina dei licenziamenti, con le diverse conseguenze previste per la tutela reale o, a seconda dei casi, obbligatoria del posto di lavoro.[1229]

Non comparendo, si è detto, nel testo attuale il riferimento predetto, l'avvenuto, legittimo licenziamento per altra (legittima) causale antecedente al trasferimento implica che, se si tratta di giustificato motivo, il rapporto prosegua sino alla scadenza del preavviso. Se la scadenza è successiva al trasferimento, il rapporto continua con il cessionario ma viene a cessare appunto alla scadenza senza che debba essere intimato un nuovo licenziamento.[1230]

La segnalata differenza di oggetto del giudizio si riflette sul piano dell'integrazione del contraddittorio. In un processo con cui sia fatto valere il diritto alla prosecuzione con l'alienante di un rapporto trasferito all'acquirente dell'azienda, la pronuncia è *inutiliter data* se il nuovo titolare del rapporto stesso – cui, si badi bene, sono correlati obblighi, diritti, utilità – non vi partecipi o non sia messo in grado di parteciparvi. In tal caso ricorre, quindi, un'ipotesi di litisconsorzio necessario, come avrebbe potuto forse ricorrere laddove si fosse fatta valere la tutela reale del posto in caso di licenziamento per la causale del trasferimento d' azienda.[1231] Non, invece, in giudizio inerente la stabilità obbligatoria.[1232] Né tanto meno nel caso in cui si sia invocato l'obbligo di solidarietà (su cui v. *infra*, § 10).

[1228] In proposito cfr. Cass. 6 marzo 1998, n. 2521, in *NGL,* 1998, 320, secondo cui "il trasferimento d'azienda…… fa sì che il rapporto di lavoro prosegua con l'acquirente (anche se non imprenditore ma associazione senza scopo di lucro) e che il lavoratore conservi tutti i diritti derivanti; ne consegue che il licenziamento, non fondato su giusti motivi diversi dal trasferimento, è nullo e va disapplicato dal giudice, il quale emette una sentenza di mero accertamento della prosecuzione del rapporto di lavoro ed eventualmente condanna il datore, o i datori succedutisi, a risarcire il danno derivato al prestatore dall'allontanamento dal posto di lavoro secondo le norme codicistiche sull'illecito contrattuale".

[1229] Secondo Cass., 3 febbraio 1994, n. 1091, in *ArchC*, 1994, 391, cui ove nell'ipotesi di trasferimento di azienda l'imprenditore alienante receda dal rapporto di lavoro dando disdetta in tempo utile, l'inapplicabilità al rapporto stesso della disciplina limitativa del licenziamento preclude un controllo della validità dell'atto di recesso *ad nutum* in relazione all'interesse perseguito dal datore di lavoro; l'estinzione dei rapporti di lavoro può essere quindi finalizzata anche a realizzare nel modo più conveniente la cessione del complesso aziendale, senza che ciò comporti la illiceità del recesso ai sensi degli art. 1343 e 1344 c.c. o la configurabilità di un atto discriminatorio; né è prospettabile la violazione dei principi di correttezza e buona fede di cui agli art. 1175 e 1375 c.c., che non creano obbligazioni autonome, ma rilevano soltanto per verificare il puntuale adempimento di obblighi riconducibili a determinati rapporti".

[1230] Così, puntualmente, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro, cit.*, 591; G. VILLANI, *Trasferimento d' azienda, cit.*, 47; R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro, cit.*, 95; S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro,* Milano, 1980, 138; Cass., 27 febbraio 1995, n. 2245, in *NGL*, 1995, 434.

[1231] Esclude l'esistenza del litisconsorzio necessario A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori,* Padova, 2004, 119 ss., ma con riguardo al licenziamento validamente intimato con l'attuale testo di legge (e quindi per altra causale).

[1232] In proposito va rimarcato che, con il testo originario, si è affermato, in giurisprudenza, che "nel giudizio in cui si controverta in ordine alla risoluzione o meno di un rapporto di lavoro del dipendente di un'azienda in relazione al trasferimento di questa ed alla costituzione di un nuovo rapporto di lavoro alle dipendenze dell'acquirente dell'azienda, non sussiste la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di quest'ultimo, restando l'opportunità che il medesimo partecipi al giudizio ai sensi dell'art. 107 c.p.c. riservata alla valutazione discrezionale del giudice del merito, non censurabile in sede di legittimità" (cfr. Cass., 21 novembre 1984, n. 5971, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1798.

9.2 Segue. Dimissioni e successiva assunzione.

Questione di estremo rilievo pratico, involgendo il presupposto della tutela dei lavoratori in materia di trasferimento d'azienda e quindi la concreta operatività della medesima, attiene all'ipotesi di dimissioni dal rapporto di lavoro con l'alienante seguite da immediata assunzione da parte dell'acquirente.

È questa, innanzitutto, un'operazione che non contrasta direttamente con la regola d'inderogabilità della continuità del rapporto, che non incide sul potere di recesso, come del resto è sottolineato dall' inciso di apertura del quarto comma dell'art. 2112 c.c.: è quindi fuori gioco la nullità per violazione di norma inderogabile.

I due negozi, poi, non ricadono nella simulazione: i relativi regolamenti corrispondono, infatti, all'intento delle parti (magari viziato), volto realmente a realizzare l'effetto di porre fine al rapporto con il cedente per instaurarlo con il cessionario.

L'operazione, invece, può integrare frode alla legge, essendo, i due atti, lo strumento *in sé* lecito per eludere la predetta norma imperativa.

Può integrare, a mio avviso, e non *integra*. Si pensi al caso in cui il dipendente, già prima in forza come impiegato, sia inquadrato come dirigente e con superiori responsabilità presso l'impresa cessionaria. In ipotesi siffatta l'elusione della disciplina inderogabile è estranea all'operazione, che si risolve effettivamente nella novazione del contratto.

Certo è, comunque, che dimissioni e contestuale nuova assunzione ad identiche condizioni, in presenza del citato art. 2112, primo comma, danno vita ad una presunzione di frode alla legge, sia pure relativa.

La questione è stata risolta in modo analogo, prima della soppressione dell'inciso inerente disdetta in tempo utile, con riguardo al licenziamento.[1233] Avvenuta tale soppressione, ed essendo consentite, si è visto, le soli causali estranee al trasferimento dell'azienda, la nuova assunzione rileva sul diverso piano dell'esistenza della causale del licenziamento, e, in particolare, costituisce un indice significativo dell'inesistenza della medesima.[1234]

10. La responsabilità solidale di acquirente ed alienante ex art. 2112, secondo comma, c.c., e la liberazione dell'alienante.

"Il cedente e il cessionario" – secondo l'attuale[1235] testo dell'art. 2112, secondo comma, c.c. – sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento".

Il testo originario della disposizione prevedeva, invece, che:

"L'acquirente è obbligato in solido con l'alienante per tutti i crediti che il prestatore di lavoro aveva al tempo del trasferimento in dipendenza del lavoro prestato, compresi quelli che trovano causa nella disdetta data dall' alienante, sempreché l'acquirente ne abbia avuto conoscenza all'atto del trasferimento, o i crediti risultino dai libri dell'azienda trasferita o dal libretto di

---

[1233] Cfr., ad es., Cass., 25 agosto 1987, n. 7020, in *RFI,* 1987, voce *Lavoro (rapporto),* n. 2172.

[1234] Cfr. R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro, cit.*, 100, per il quale, però, si è anche sempre di fronte ad un comportamento da reputarsi in frode alla legge.

[1235] A partire dalla l. n. 428/1990.

lavoro". Gli approdi interpretativi in proposito erano nel senso che tale responsabilità solidale del cessionario dell'azienda, per i crediti dei prestatori di lavoro sussistenti alla data del trasferimento dell'azienda, riguardasse anche i crediti dei dipendenti i cui rapporti fossero cessati prima di tale data, sempreché i crediti stessi fossero menzionati nei libri contabili dell'azienda trasferita ovvero risultasse che il cessionario al momento del trasferimento fosse stato a conoscenza del loro mancato soddisfacimento; tale conoscenza, accertabile anche sulla base di elementi presuntivi, poteva essere desunta da circostanze di fatto giudizialmente acclarate implicanti un'agevole conoscibilità, da parte del cessionario, delle situazioni di fatto e di diritto in cui versava il datore di lavoro cedente.[1236] La limitazione della solidarietà nei suddetti termini non operava, però, se risultasse il fraudolento occultamento del trasferimento al fine di escludere il diritto del dipendente alla continuità del rapporto.[1237]

La riformulazione della norma nella perentoria ed onnicomprensiva asciuttezza del testo attuale dà ragione a chi ha sostenuto che l'operare del vincolo solidale del cessionario non richieda più la conoscenza o la conoscibilità da parte sua del credito, e garantisca anche i crediti relativi a rapporti di lavoro già cessati in epoca anteriore al trasferimento dell'azienda.[1238] E fa comprendere nell' area protetta dalla solidarietà il risarcimento del danno derivato dal licenziamento precedente al trasferimento, e quello scaturente dalla pregressa violazione dell' art. 2087 c.c. o dell'art. 2103 c.c.[1239]

A tale area, però, secondo la giurisprudenza, non appartengono i debiti contratti dall'alienante nei confronti degli istituti previdenziali per l'omesso versamento dei contributi obbligatori, esistenti al momento del trasferimento, i quali costituiscono debiti inerenti all'esercizio dell'azienda e restano soggetti alla disciplina dettata dall'art. 2560 c.c. Ciò perché la solidarietà è limitata ai soli crediti del dipendente e non è estesa ai crediti di terzi, quali devono ritenersi gli enti previdenziali, e perché il lavoratore non ha diritti di credito verso il datore di lavoro per l'omesso versamento dei contributi obbligatori (oltre al diritto al risarcimento dei danni nell'ipotesi prevista dall'art. 2116, secondo comma, c.c.), restando egli estraneo al rapporto contributivo, che

---

[1236] Ad es., Cass., 14 ottobre 2000, n. 14081, in *RFI,* voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1421; Cass., 7 gennaio 1995, n. 209, *id.*, voce *cit.*, n. 1214; Cass., 27 novembre 1992, n. 12665, in *RIDL,* 1993, II, 838, con nota di S. LIEBMAN, *Trasferimento d'azienda e responsabilità dell'acquirente nel passaggio dalla vecchia alla nuova normativa*, che non ricorre però alla nozione di (agevole) conoscibilità del credito.

[1237] Cfr. Cass., 11 dicembre 2003, n. 18987, in *RFI,* 2003, voce *Lavoro (rapporto),* n. 1403.

[1238] Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d' azienda e rapporto di lavoro, cit.*, 63 ss., che pone in rilievo come la nuova norma si adegui al diritto comunitario; R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro, cit.*, 181 ss.; M. GRANDI, *Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro,* in *EGT,* Roma, 1990, vol. XX, n. 4.3; *contra,* P. LAMBERTUCCI, *Le tutele, cit.*, 39 ss., sulla scìa di S. LIEBMAN, *Trasferimento d' azienda*, *cit.*, 840 ss., entrambi leggendo diversamente la disciplina comunitaria; con riguardo al secondo profilo (crediti cessati), conf. da ult., dubitativamente, F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti, cit.,*118 ss., ed ivi puntuale sintesi del dibattito precedente; *contra*, Cass. 19 dicembre 1997, n. 12899, in *MGL,* 1998, 238, con nota di M. DEL CONTE, *Crediti del lavoratore e responsabilità del cessionario e del cedente nel trasferimento d'azienda, ai sensi dell'art. 2112, 2º comma, c.c.*; Trib. Milano, 15 marzo 2000, in *OGL*, 2000, I, 464. Sempre sul secondo aspetto, ancora per le posizioni di dottrina e giurisprudenza, in prevalenza orientate nel senso di comprendere i crediti relativi a rapporti cessati, cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro, cit.,* 592, nota n. 45; P. LAMBERTUCCI, *Le tutele*, *cit.*, 40 ss., in spec. note nn. 114-116.

[1239] Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro, cit.*, 592. Per casistica in argomento cfr. A. PASQUALETTO, *Le modificazioni soggettive. Il trasferimento d' azienda*, in AA. VV., *Diritto del lavoro Commentario*, diretto da F. Carinci, II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, Torino, 1998, 1075 ss.

intercorre fra l'ente previdenziale e il datore di lavoro.[1240]

A differenza di quanto detto con riguardo al giudizio avente ad oggetto l'accertamento del diritto alla prosecuzione del rapporto con il cedente (*supra,* § 9.1), non ricorre litisconsorzio necessario tra cedente e cessionario laddove il lavoratore azioni il suo credito nei confronti di uno solo dei coobbligati solidali.[1241]

L'attuale testo dell'art. 2112, secondo comma, c.c.[1242] permette la liberazione dell'alienante dalle sue obbligazioni in sede di procedura *ex* artt. 410 e 411 c.c. Ciò implica la non applicazione dell'art. 1301 c.c.[1243]

Sembra debba ritenersi che ciò sia consentito anche nelle sedi di certificazione di cui all'art. 82 d.lgs. n. 276/03, laddove si ritenga che la regola *ivi* contemplata abbia esteso l'ambito dei soggetti abilitati a rendere stabili le rinunzie e le transazioni previste dall'art. 2113 c.c.[1244]

11. La nuova responsabilità solidale nell'*internalizzazione di ritorno* (art. 2112, sesto comma, c.c.).

Il su accennato (§ 3), peculiare obbligo di solidarietà previsto dall'art. 2112, sesto comma, c.c., inserito dall'art. 32, secondo comma, d.lgs. n. 276/2003, poi sostituito dall'art. 9 d.lgs. n. 251/2004, in attuazione dell'art. 1, secondo comma, lett. p), della legge di delegazione n. 30/2003, riguarda l'ipotesi di contratto d'appalto, tra acquirente ed alienante, eseguito attraverso l'utilizzazione da parte dell'alienante del ramo d'azienda ceduto. Il regime di solidarietà previsto dal d.lgs. n. 276 era quello di cui all'art. 1676 c.c., e pertanto doveva operare fino alla concorrenza del debito che il committente avesse verso l'appaltatore al tempo della domanda. Ora invece, appunto a seguito dell'art. 9 cit., il regime è quello di cui all'art. 29, secondo comma, del medesimo decreto (come modificato dall'art. 6 d.lgs. n. 251, cit.), per il quale, salvo diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali stipulati da associazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative, vi è obbligo di solidarietà, di durata annuale dalla cessazione dell'appalto, del committente di servizi con l'appaltatore con riguardo ai trattamenti retributivi e ai contributi previdenziali dovuti.

Per quel che attiene la nozione di ramo d'azienda ceduto, si rinvia a quanto detto al § 4, e, soprattutto, alle altre sedi di questo volume in cui se ne tratta.

Qui va invece posto in luce come la integrazione della fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 32 richieda appunto l'avvenuto trasferimento di ramo d'azienda e la stipulazione di un contratto di appalto tra cessionario e cedente, in forza del quale questi utilizza il ramo d'azienda ceduto. Un contratto d'appalto, quindi, e solo esso, e solo se la sua esecuzione avvenga attraverso l'utilizzazione del ramo ceduto.

Le considerazioni che la responsabilità solidale del cedente per i crediti che il lavoratore aveva al

---

[1240] Cfr. Cass., 14 giugno 2001, n. 8179, in *RIDL,* 2002, II, 119, con nota di P. ALBI, *I debiti contributivi nel trasferimento d'azienda.*

[1241] Cfr., Cass., 237/03, cit.; Cass., 2 ottobre 1998, n. 9806, in *RFI,* 1998, voce *Lavoro (rapporto),* n. 1360; Cass., 14 luglio 1984, n. 4132, in *RGL,* 1985, II, 188.

[1242] Sul testo originario e la sua crisi, stante l'interpretazione – Cass., 5 dicembre 1986, n. 7228, in *RFI,* 1986, voce *Lavoro (rapporto),* n. 1937 – per cui l'intervento sindacale *ivi* contemplato riguardava il solo sindacato corporativo, cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro, cit.,* 66.

[1243] A differenza di quanto si è ritenuto con il testo precedente: Cass., 7228/86, cit.

[1244] Su tale questione cfr., se vuoi, L. de ANGELIS, *Le certificazioni all'interno del rapporto di lavoro,* in *RIDL,* 2004, I, 260 ss.

momento del trasferimento è già assicurata dalla regola più generale ed ampia dell'art. 2112, secondo comma, c.c.; che non vi è segno testuale alcuno che il comma sesto deroghi al precedente; che il contenuto dell'obbligo solidale è determinato con riferimento ad un credito dell'appaltatore che non può che essere appunto successivo al contratto d'appalto; che all'origine della storia della regola, il patto tra Governo e parti sociali del 5 luglio 2002 (c.d. Patto per l'Italia), vi è il riconoscimento di una tutela additiva nel caso delle esternalizzazioni; bene tutte queste considerazioni fanno ritenere che appunto la tutela prevista dal sesto comma dell'art. 2112 si aggiunga a quella prevista dal secondo comma, riferendosi, a differenza dell'altra, ai crediti successivi al trasferimento e, anzi, all'appalto.[1245]

La *nuova* solidarietà, poi, opera anche se l'appalto (o anche successivi appalti) non sia contestuale ma distanziato dall' operazione traslativa. Ciò, però, sempre con riferimento al solo personale facente capo al ramo d'azienda ceduto al momento del trasferimento, e purché resti una connessione tecnico-funzionale tra l'operazione traslativa e l'appalto;[1246] o forse meglio, utilizzandosi una terminologia comunitaria e dello stesso art. 2112, purché nell' appalto conservi la propria identità. In tal modo si combinano insieme la mancanza di un riferimento temporale nel testo delle legge e l'uso della preposizione "un" avanti le parole "contratto d'appalto", il fatto che sia richiesta l'utilizzazione del ramo d' azienda, l' indicazione presente nella legge di delega ("per le ipotesi in cui il contratto di appalto sia connesso ad una cessione di ramo d'azienda").[1247] Pervenendosi a tale conclusione si è altresì da altri utilizzato il canone di ragionevolezza, incisivamente precisandosi come la solidarietà in questione non operi laddove l'appalto sia frutto di un nuovo *incontro* tra le imprese,[1248] rispetto al quale, aggiungo, il trasferimento parziale sia solo una pagina della storia precedente di entrambe, ormai superato dal successivo evolversi delle loro organizzazioni.

Come sopra accennato, il d.lgs. n. 251/2004 ha modificato, all'art. 6, il testo dell'art. 29, secondo comma, d.lgs. n. 276/2003, che richiamava il regime di solidarietà di cui all'art. 1676 c.c.

Tale testo, infatti, aveva suscitato complessi problemi interpretativi.

Ad una prima lettura, infatti, poteva sembrare che, irragionevolmente ed irrazionalmente, dall'appalto di servizi connesso ad una esternalizzazione derivasse ai lavoratori interessati una protezione inferiore, con conseguenti tensioni con la carta-base.[1249]

[1245] Cfr. F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti, cit.*, 119; C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa, cit.,* 268; A. RUSSO, *Le modifiche all'articolo 2112 del codice civile in materia di trasferimento di ramo d'azienda,* in AA., *La riforma Biagi del mercato del lavoro,* a cura di M. Tiraboschi, Milano, 2004, 236; C. CHISARI, *Cessione di ramo d'azienda, cit.*, 590; P. LAMBERTUCCI, *Modifica all' articolo 2112, comma 5, cit.,* 469 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda, cit.*, 21 ss.; M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro,* II ed., Milano, 2003, 487; *contra,* M.T. SALIMBENI, *Trasferimento d'azienda, cit*., 605 ss.

[1246] Ancora F. SCARPELLI, *op. loc. ult. cit.*

[1247] Per la difficoltà di individuare la connessione di cui alla legge di delega cfr. C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda, cit.*, 269; L. CALCATERRA, *La tutela del lavoro negli appalti,* in AA. VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema, cit.*, 138; da ult., M. G. GRECO, *L'obbligazione solidale negli appalti dopo la riforma del mercato del lavoro,* in LG, 2004, 930.

[1248] Cfr. F. SCARPELLI, *op. loc. ult. cit.*

[1249] In tal senso, sia pure da un'angolazione critica, F. LISO, *Analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003: spunti di riflessione,* in *www.unict.it/eurolabor/ricerca*, *wp C.s.d.l.e. "M. D' Antona"*, n. 42/2004, § 8, nota 37, in corso di pubblicazione in *EL*; R. DE LUCA TAMAJO, *Dietro le righe del D. lgs. n. 276/2003: tendenze e ideologie*, in corso di pubblicazione in *RIDL*, 2004, § 5; C. CESTER, *Il*

Sennonché, poteva opporsi non essere del tutto vero che l'art. 32, secondo comma, vecchio testo, contenesse una minore carica di tutela: alla limitazione della garanzia della solidarietà fino alla concorrenza con quanto dovuto per l'appalto e con riguardo al momento della domanda, e al difetto di estensione della garanzia stessa alla copertura contributiva, si associava la maggiore ampiezza temporale della solidarietà.

Vi era, soprattutto, che i campi di applicazione delle due regole non apparissero incompatibili, sicché poteva conseguentemente sostenersi che, per i lavoratori soggetti a esternalizzazione, le tutele in esse previste si sommassero. Vale a dire: costoro potevano godere della solidarietà, nel limite previsto dall'art. 1676, anche al di là dell'anno dalla cessazione e, soprattutto, pure per i crediti collegati al rapporto *diversi* da quelli retributivi (si pensi, ad esempio, ad un credito risarcitorio da demansionamento); "quanto è loro dovuto", secondo l'espressione contenuta nell' articolo 1676 stesso.

Questo avrebbe potuto far ritenere superflua la previsione *ad hoc*.[1250] Ma non era così. È vero, in proposito, che non convinceva l'interpretazione per la quale l'32, secondo comma, vecchio testo, doveva intendersi indirizzato a tutti i lavoratori coinvolti nell' operazione traslativa, e quindi, a differenza di quanto prevede l'art. 1676, anche a coloro che non avevano fornito la loro attività per eseguire l'opera o il servizio, magari purché l'appalto riguardasse il settore d'attività trasferita.[1251] Tale tesi, infatti, pur compatibile con l' ambivalente testo del decreto e della legge di delega, contrastava con palesi esigenze di ragionevolezza: che senso aveva riconoscere una garanzia *ulteriore* per i crediti correlati ad attività svolta *successivamente* al trasferimento del ramo d' azienda a lavoratori che tale attività non hanno prestato?

È però pur vero che proprio attraverso la previsione *ad hoc* si era eliminato il dubbio della prevalenza della norma speciale di cui all' art. 29, secondo comma, d.lgs. n. 276, rispetto a quella generale di cui all'art. 1676 c.c.

Tali questioni sono ormai superate dal d.lgs. n. 251/2004, che, si è visto, ha mutato la disciplina richiamando per la fattispecie dell'*appalto di ritorno* la normativa di cui al secondo comma (modificato) dell'art. 29 d.lgs. n. 276. La valenza normativa della regola è allora nell'applicare *in ogni caso* a tali appalti la disciplina prevista per i soli appalti di servizi.

---

trasferimento d'azienda, cit., 270; M.T. SALIMBENI, *Trasferimento d'azienda, cit.,* 270; P. LAMBERTUCCI, *Modifica all' articolo 2112, comma 5, cit.,* 470; I. ALVINO, *Riforma del mercato del lavoro: possibili ripercussioni sui processi di esternalizzazione,* in *ADL,* 2004, 286 ss.; M. ROCCELLA, *Manuale, cit.,* 366; A. ANDREONI, *Impresa modulare, trasferimenti d'azienda, appalti interni, cit.,* 211; A. MARESCA, *Modifica all'articolo, cit.,* 386 ss.; M.G. GRECO, *op. loc. ult. cit.*; per l'opposta interpretazione, per cui, con riguardo all'appalto di servizi, è l'art. 29, secondo comma, a prevalere sull'art. 32, secondo comma, "onde evitare la segnalata illogicità del combinato disposto, che condurrebbe a considerare sottotutelate le ipotesi di esternalizzazione in senso stretto", cfr. L. CALCATERRA, *La tutela del lavoro negli appalti, cit.*, 138.

[1250] In tal senso, infatti, P. LAMBERTUCCI, *Modifica all' art. 2112, comma 5, cit.*, 469; M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni,* in *RGL,* 2003, I, 368, che in tale logica scrive di "vera e propria ipocrisia"; M.G. GRECO, *op. loc. ult. cit.*; indirettamente, R. DEL PUNTA, *Statuto dei lavori ed esternalizzazioni,* in *DRI,* 2004, 222.

[1251] Cfr. F. SCARPELLI e A. RUSSO, *opp. locc. ultt. citt.*; F. SCARPELLI, *Gli appalti successivi alla cessione del ramo d'azienda: il nuovo regime di solidarietà,* in *Note informative Cgil Milano e Lombardia*, 2004, n. 30, 57 ss.; *contra*, C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa, cit.,* 270; A. MARESCA, *Modifica all' articolo, cit.,* 386 ss.

Nel sottolineare come tale rafforzamento della tutela si giustifichi, *sub specie* dell'art. 3 cost., in ragione della particolare situazione di chi ha subito un processo di esternalizzazione che ha comportato il mutamento del datore di lavoro e su cui non ha potuto influire (v. § 2), devo però registrare i dubbi di costituzionalità che sono stati posti, con riguardo all' art. 29, secondo comma, cit. (vecchio testo), in riferimento all'art. 76 cost., per essere, la delega, limitata alla chiarificazione dei criteri distintivi tra appalto e interposizione, e per indicare indirettamente, attraverso il richiamo all'art. 1676 c.c., un tipo di garanzia e un'intensità diversa da quella adottata dal legislatore delegato.[1252] Quest'ultimo profilo fa ora estendere il dubbio con riguardo al testo modificato dell'art. 2112, sesto comma, c.c.

12. Cenni alla tutela processuale del dipendente ceduto di pubblica amministrazione.

A norma dell'art. 31 d.lgs. n. 165/2001, fatte salve le disposizioni speciali, l'art. 2112 c.c. e le procedure di cui all'art. 47 cit. si applicano ai rapporti di lavoro del personale contrattualizzato in caso di trasferimento o conferimento di attività svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati. Vi è però l'art. 1, secondo comma, d.lgs. n. 276/2003, che esclude l'applicazione del decreto stesso, così creando problemi di coordinamento che del resto riguardano anche altri istituti e che già stanno affaticando gli interpreti.[1253]

Qui ci limita a rilevare che la competenza giurisdizionale sulle controversie in materia compete al giudice ordinario (con il rito del lavoro), *ex* art. 63, primo comma, d.lgs. cit., e che dell'operazione traslativa dell' attività, da potersi considerare atto di macroorganizzazione (se non realizzata attraverso atto legislativo) e quindi sottratto alla capacità di diritto privato (art. 5, secondo comma, d.lgs. n. 165 cit.), il giudice ordinario conoscerà in via incidentale quale atto presupposto (art. 63, primo comma).[1254] Il giudice potrà emettere provvedimenti d' accertamento, costitutivi e condannatori (art. 63, secondo comma, anche secondo periodo).[1255] Per l'esecuzione di quest'ultimi, poi, si pongono le varie questioni sollevate più in generale per l'esecuzione delle decisioni giudiziali in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dopo l'avvenuta privatizzazione dei rapporti. [1256]

La giurisdizione del giudice ordinario comprende poi, ai sensi del terzo comma dell'art. 63 stesso, le procedure *ex* art. 28 l. n. 300/1970 per violazione degli obblighi di informazione e consultazione.[1257]

[1252] Cfr. A. MARESCA, *Modifica all'articolo 2112 comma quinto, cit.,* 387; I. ALVINO, *op. loc. ult. cit*.

[1253] Sulle questioni varie in materia cfr., da ult., S. MAINARDI, D. CASALE, *Trasferimento di attività a soggetti pubblici o privati e passaggio di personale,* in AA. VV., *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, V *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni,* a cura di F. Carinci e L. Zoppoli, Torino, 2004, 726 ss.; e ID., *Trasferimento di attività della Pubblica Amministrazione e passaggi di personale,* in *QDLRI,* 2004, n. 28, 165 ss., ed *ivi* riferimenti; *adde* C. ZOLI, *Finalità e campo di applicazione,* in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro, cit.*, 7 ss.; F. BORGOGELLI, *Finalità e campo di applicazione,* in AA. VV., *La riforma del mercato del lavoro, cit.,* 39 ss., 44.

[1254] In materia cfr., da ult., In proposito cfr., da ult., D. BORGHESI, *La giurisdizione del giudice ordinario,* in AA. VV., *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, V *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, cit.,* 1229 ss.

[1255] Da ult., Aut. *op. ult. cit.*, 1233 ss.

[1256] In proposito, da ult., Aut. *op. ult. cit..*, 1249 ss.

[1257]Aut. *op.ult. cit.*, 1237 ss.