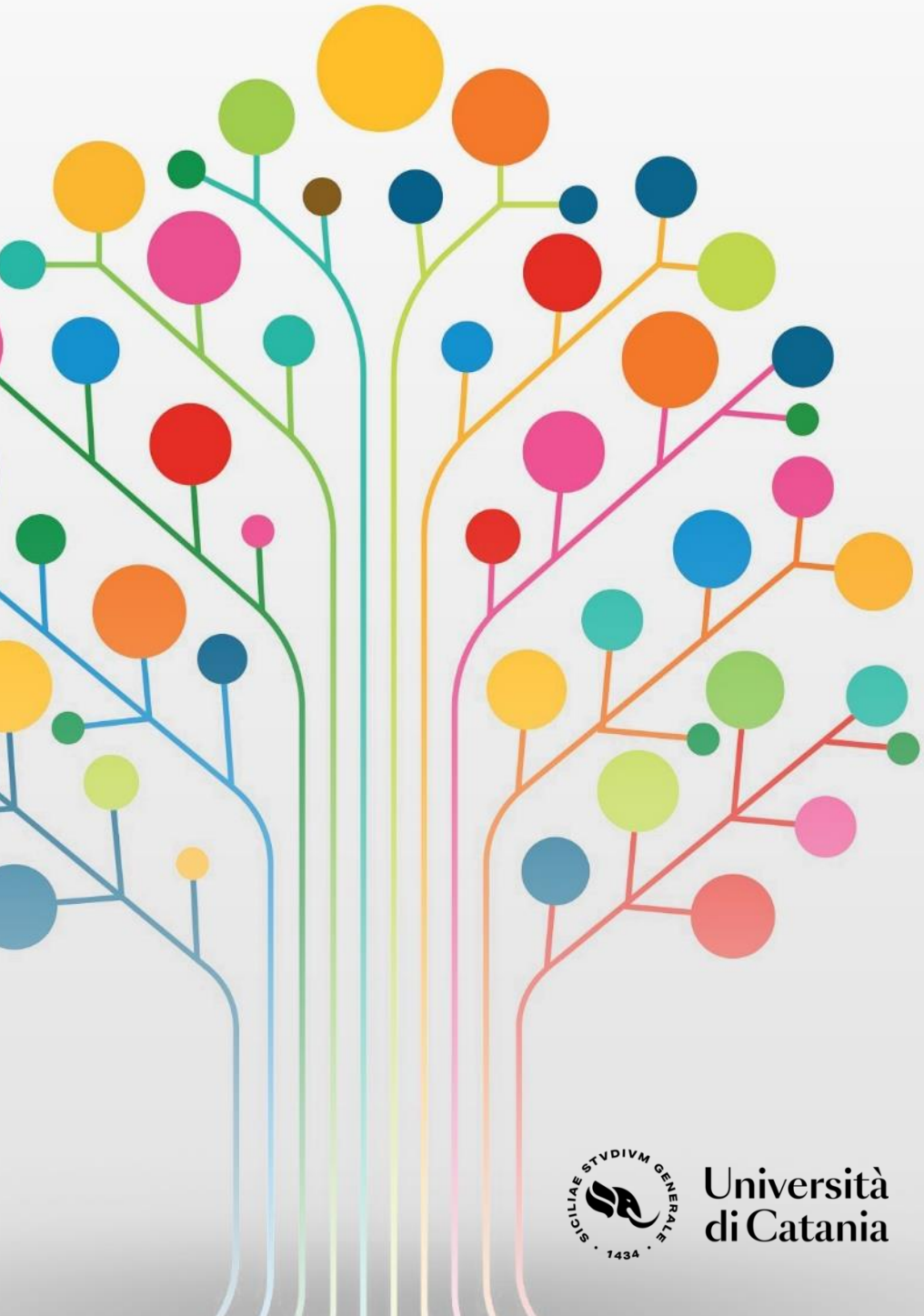
1/2008

# 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*

MASSIMO ROCCELLA, Università di Torino

LUCA CALCATERRA, Università di Napoli "Suor Orsola Benincasa"

BRUNO CARUSO, Università di Catania

CLEMENTE MASSIMIANI, Università di Catania

ANTONELLO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

STEFANO GIUBBONI, Università di Perugia

CRISTINA ALESSI, Università di Brescia

MARIA TERESA CARINCI, Università di Milano

MARIOROSARIO LAMBERTI, Università di Napoli

ROSA CASILLO, Università di Napoli "Federico II"

LUCIO IMBERTI, Università di Milano

PAOLO PASCUCCI, Università di Urbino "Carlo Bo"

LAURALBA BELLARDI, Università di Bari

ROBERTO ROMEI, Università Roma Tre

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it
© 2008 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it
ISBN 9791280569264

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

n. 1/2008

## SOMMARIO

Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi
Massimo Roccella 1

Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e costituzione italiana a confronto
Luca Calcaterra 35

Prove di democrazia in Europa: la Flessicurezza nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione europea
Bruno Caruso - Clemente Massimiani 82

I *fondamenti* del licenziamento del dirigente pubblico: nell'attesa di *Godot* …
Antonello Zoppoli 98

Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria
Stefano Giubboni 119

La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni
Cristina Alessi 138

Attività professionali, rappresentanza collettiva, strumenti di autotutela
Maria Teresa Carinci 163

Somministrazione di manodopera e lavoro a chiamata: simbologia, prassi e tecnica nelle recenti novità normative
Mariorosario Lamberti 190

La dignità nel rapporto di lavoro
Rosa Casillo 219

La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento (aggiornato al decreto legge 97/2008)
Lucio Imberti 257

Dopo la Legge n. 123 del 2007 Prime osservazioni sul Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro
Paolo Pascucci 280

Sul metodo e sui contenuti del negoziato per la revisione della struttura contrattuale
Lauralba Bellardi 400

# Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*

Massimo Roccella

1. Premessa: statistiche del lavoro, problemi di linguaggio e dialogo interdisciplinare. 2

1.1. Gli andamenti del lavoro autonomo in Italia e in Europa. 2

1.2. Il mercato del lavoro (autonomo) in Italia: in particolare le collaborazioni coordinate e continuative. 4

1.3. Le difficoltà del dialogo interdisciplinare. 6

2. Subordinazione, autonomia e 'zona grigia'. 8

2. 1. La discussione degli anni novanta. La prospettiva del *tertium genus*. 8

2.2. Gli sviluppi successivi. La comparsa del fantasma del lavoro economicamente dipendente. 11

2.3. Ciò che l'Europa (non) ci dice. 14

2.4. La proposta di riunificazione del lavoro alle dipendenze altrui. 16

3. Una vicenda esemplare: la circolare sul lavoro a progetto nei call center. 19

4. Subordinazione e autonomia nei rapporti di lavoro, oggi. 24

4.1. L'interpretazione 'costituzionalmente orientata' della nozione di lavoro subordinato e le sue ricadute nella giurisprudenza più recente. 24

4.2 Una nuova disciplina legale per il lavoro autonomo 'debole'. 28

Riferimenti bibliografici. 32

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 65/2008

## 1. Premessa: statistiche del lavoro, problemi di linguaggio e dialogo interdisciplinare.

### 1.1. Gli andamenti del lavoro autonomo in Italia e in Europa.

In una delle sue *Lezioni americane* Italo Calvino tesse l'elogio dell'esattezza nella scrittura, intesa, fra l'altro, come ricerca di ‹‹un linguaggio il più preciso possibile come lessico e come resa delle sfumature del pensiero›› (Calvino, 1988, 57). Avvertita in letteratura, un'esigenza del genere dovrebbe, a più forte ragione, essere condivisa nell'analisi giuridica e nelle scienze sociali: eppure non sembra che le cose stiano propriamente in questi termini. Almeno non lo sono sempre. Per limitarsi all'oggetto di queste note, non si può non constatare come, fra coloro che si occupano della questione della qualificazione dei rapporti di lavoro, quale che sia lo specifico disciplinare da cui si affronti il problema, si indulga un po' troppo all'impiego di formule verbali allusive, vagamente evocative; né l'indeterminatezza si può dire confinata al piano del linguaggio: potendo ravvisarsi un ulteriore fattore di inquinamento della discussione, in effetti, nell'approssimazione con cui vengono utilizzati gli stessi dati statistici.

Vero è che le statistiche in materia di lavoro (da quelle sugli scioperi a quelle sugli andamenti dell'occupazione)[1] non hanno mai goduto, non solo da noi, di buona reputazione (per qualche riferimento al riguardo v. Roccella, 2006a, 61) e che la loro incerta attendibilità, probabilmente, fa ‹‹comodo a molti››, consentendo di ‹‹dire di tutto e il contrario di tutto›› (Bologna, 2006, 561). Certo è che non bisogna esagerare: come sembra, invece, essere accaduto a chi, pur avendo espresso la condivisibile affermazione che si è appena ricordata, non è poi riuscito a trattenersi dall'argomentare sulle tendenze del nostro mercato del lavoro, fondando il proprio ragionamento sul presupposto che in Italia vi sarebbero ‹‹circa 6 milioni 297 mila … lavoratori autonomi privi di alcune delle tutele fondamentali dello stato sociale›› (Bologna, 2006, 560-561).

Di fronte ad un assunto così generico, che trascura l'estrema eterogeneità sociale del lavoro autonomo e, senza andare tanto per il sottile, tende ad accomunare nel medesimo calderone le figure più disparate, dal libero professionista di più elevato livello (e reddito corrispondente) al più marginale lavoratore a progetto, verrebbe quasi voglia di concludere che la discussione può considerarsi esaurita prima ancora di essere iniziata, non essendovi spazio per sviluppare proficuamente un dialogo, tanto più in chiave interdisciplinare. Ci si potrebbe limitare, al più, a condividere le repliche, prontamente seguite, sullo stesso piano dell'analisi sociologica del mercato del lavoro (Reyneri, 2006a; Accornero e Anastasia, 2006): non casualmente improntate ad un'asprezza di toni inconsueta nel dibattito fra studiosi della medesima materia.

Può darsi, ad ogni modo, che quella cifra ad effetto, lasciata scivolare con noncuranza fra le pieghe del discorso, volesse attirare l'attenzione non solo sulle condizioni di (supposta) sottoprotezione sociale del lavoro autonomo, quanto sulle dimensioni dello stesso. Quando si parla di ‹‹lavoro autonomo di seconda generazione››, in effetti, sembra supporsi che il fenomeno vada inquadrato nell'ambito di una più generale tendenza alla crescita del lavoro autonomo *tout court.* C'è sempre qualche ambiguità nelle affermazioni in proposito, cifre precise non si riesce ad esibirne, ma, infine, non si rinuncia a sostenere con enfasi che ‹‹non solo il lavoro autonomo non

[1] Di recente, ad esempio, è stato ancora una volta ricordato il caso del Regno Unito, ‹‹massimo incubatore di lavoro flessibile sin dai tempi dei governi Thatcher››, sottolineando che ‹‹l'occupazione è risultata sì in aumento, ma soprattutto perché i criteri di definizione della condizione di occupato, disoccupato, persona non attiva ecc. sono stati manipolati decine di volte finché le cifre non hanno dimostrato quel che si voleva: l'aumento degli occupati registrati sul totale (manipolato) delle forze di lavoro››: Gallino 2007a.

diminuisce, ma cresce impetuosamente, in particolare nelle "nuove professioni", quelle che spesso vengono definite le professioni dei "lavoratori della conoscenza"›› (Bologna, 2006, 560). E qui va subito detto, ad onor del vero, che il dialogo interdisciplinare ha prodotto i suoi frutti: dal momento che anche i giuristi più sensibili al tema giustificavano, qualche anno fa, la loro attenzione in proposito anche in base al rilievo che ‹‹il *trend* di crescita del lavoro autonomo interessa molti sistemi economici avanzati›› (Perulli, 2003, 224); e, ancora oggi, continuano a credere che si stia registrando ‹‹ in Italia e in tutta Europa un significativo incremento del lavoro autonomo in generale ›› (Carinci M.T., 2007, 926).

Fatto è che nessuna di queste affermazioni è vera o, almeno, nessuna può essere accolta prescindendo da una serie di puntualizzazioni che ne mutano il senso. Nessuna, soprattutto, può essere accolta trascurando i dati reali: perché si può nutrire tutta la diffidenza che si vuole nei confronti delle statistiche, ma non si può ignorare che, almeno per quanto riguarda i grandi aggregati, ovvero le tendenze di fondo sul rapporto fra dinamica di incremento del lavoro autonomo e, rispettivamente, di quello subordinato, siamo letteralmente subissati di dati, i quali univocamente attestano che, negli odierni mercati del lavoro, non è il lavoro autonomo, ma quello subordinato che ‹‹registra in Italia e nel mondo la massima espansione storica›› (Gallino 2007a).

È del tutto improprio, in altre parole, cercare di riproporre la discussione in proposito, come se il problema fosse quello di rallegrarsi, o rattristarsi, per gli andamenti del lavoro autonomo (per richiamare l'icastico interrogativo formulato da Bologna, 2006). Il problema, piuttosto, resta quello di mettere a fuoco, per quanto è possibile, entità e qualità del fenomeno osservato: evitando di sopravvalutare gli andamenti (anomali, come si dirà meglio più avanti) del mercato del lavoro italiano o di indulgere a comparazioni fuorvianti.

Il confronto con i paesi dell'Unione europea, ad esempio, è evidentemente di rilievo cruciale: purché si abbia l'accortezza di non sostenere il peso del lavoro autonomo nella creazione di nuova occupazione, adducendo a sostegno l'esempio della Grecia (Perulli, 2003, 225). È vero, in altre parole, che vi sono alcune realtà nazionali nell'Unione europea, come appunto la Grecia e, adesso, qualche paese dell'ex blocco sovietico, caratterizzate da un livello particolarmente elevato di lavoro autonomo sull'occupazione totale. Se la tendenza di fondo fosse nel senso della crescita del lavoro autonomo, d'altra parte, e il suo persistente rilievo non segnalasse piuttosto una caratteristica comune soprattutto a paesi con struttura economico-sociale più arretrata, la tendenza in parola dovrebbe trovare riscontro in quelli più dinamici ed avanzati: in primo luogo in Germania, ove invece è il lavoro subordinato a continuare a farla da padrone, con 34 milioni di lavoratori dipendenti su un totale di 38,5 milioni di occupati (che relegano il lavoro autonomo, secondo dati relativi al 2006, ad una percentuale di poco superiore all'11% della forza lavoro: Fuchs, 2007, 158).

Più in generale, e prescindendo dalle specificità dei singoli mercati nazionali del lavoro, i dati di fonte europea da tempo testimoniano non la crescita, ma semmai una percepibile tendenza al declino del lavoro autonomo. Secondo la Commissione ‹‹i lavoratori autonomi erano più di 31 milioni nell'UE-25 nel 2005, vale a dire il 15% del totale della forza lavoro›› (Commissione europea, 2006, 8): un dato complessivo che, probabilmente, risente dell'incidenza più marcata del lavoro autonomo in alcuni paesi dell'Est. Dati più recenti, reperibili in un rapporto elaborato congiuntamente dalle parti sociali europee in occasione del vertice di Lisbona dell'ottobre 2007, confermano la caduta percentuale del lavoro autonomo sull'occupazione totale, dal 16,6% del 1997 al 15,6% del 2005, con oscillazioni che vanno, stando a quelli più aggiornati, dal massimo della

Romania (circa il 44% dell'occupazione totale) al minimo della Svezia (con il suo 5% circa di lavoratori autonomi) (BusinessEurope, Etuc *et alii*, 2007).

Gli stessi dati attestano che neanche in Italia, il cui mercato del lavoro pure continua a segnalarsi per la persistenza di una quota percentuale di lavoro autonomo significativamente più alta della media europea, esso sfugge alla tendenza al declino: essendosi da noi registrato un calo dell'occupazione autonoma dal 26,4% del 2000 al 24,5% del 2005 (v. la Tab. 10 riportata in Business Europe, Etuc *et alii*, 2007, p. 20). Le opinioni (ma forse, a questo punto, sarebbe più proprio parlare di sensazioni o suggestioni), che muovono dall'assunto della crescita in generale del lavoro autonomo nel nostro paese, vi trovano inequivocabile smentita. Risulta confermata viceversa la tesi che ‹‹l'insieme del lavoro indipendente non sta crescendo a discapito del lavoro dipendente, e dunque non ne sta erodendo l'area›› (Accornero e Anastasia, 2006, 744)[2].

### 1.2. Il mercato del lavoro (autonomo) in Italia: in particolare le collaborazioni coordinate e continuative

Vero è che ‹‹il lavoro indipendente *non cresce, ma cambia*›› (Accornero e Anastasia, 2006, 753), pur se anche questa affermazione andrebbe in qualche misura relativizzata. I soliti, fastidiosi, dati di fonte europea, infatti, confermano che la morfologia del lavoro autonomo è in mutamento, ma forse meno di quanto molti siano propensi a credere, se è vero che ‹‹l'agricoltura e il commercio al dettaglio comprendono sempre il maggior numero di … appartenenti a questa categoria›› (Commissione, 2006, 9).

Non v'è ragione, ad ogni modo, di dubitare che in quest'area del mercato del lavoro si siano diffuse figure professionali diverse dai modelli tradizionalmente consolidati. Si può condividere, anzi, la supposizione che proprio questo mutamento nella sua composizione interna abbia indotto da noi l'erronea convinzione che il lavoro autonomo sia in crescita: essendo ‹‹ben noto che l'emergere di figure nuove attrae più attenzione della scomparsa di quelle vecchie›› (Reyneri, 2004, 1091).

A crescere, anzi ad avanzare impetuosamente, sarebbe dunque il 'lavoro autonomo di seconda generazione', quello di cui si parla, per sottolinearne la particolare condizione sociale e i bisogni di tutele, impiegando espressioni alquanto generiche come 'lavoro autonomo debole' o 'lavoro economicamente dipendente' e che, allo stato, in attesa di più appropriata collocazione, risulta ospitato da noi soprattutto entro lo schema giuridico della collaborazione coordinata e continuativa. La crescita di questo segmento del mercato del lavoro sarebbe ovunque dirompente e inarrestabile, ancorché - si ammette - ‹‹non ci sono dati precisi al riguardo›› (Carinci M.T., 2007, 926). Se è vero, insomma, che ‹‹ nessuno può dire con certezza quanto vasta sia la galassia del lavoro autonomo economicamente dipendente ›› (Perulli, 2003, 239), va tuttavia ricordato che a lungo, attorno alla dimensione quantitativa delle 'collaborazioni', sono state lasciate circolare cifre stratosferiche, anche per trarne conferma dell'ipotesi che fosse in atto, nel nostro mercato del lavoro, una 'fuga dal lavoro subordinato' o, per dirla altrimenti, una 'fuga dal diritto del lavoro' e dalle sue supposte rigidità. All'inizio del decennio, ad esempio, nel contesto di una riflessione ove il

[2] Gli stessi autori aggiungono che ‹‹nei *trend* di medio periodo non c'è alcun segno di riduzione relativa del lavoro dipendente›› e che ‹‹negli ultimi vent'anni il lavoro indipendente è cresciuto *meno* del lavoro dipendente; di conseguenza è venuta diminuendo la quota degli autonomi sul totale degli occupati›› (Accornero e Anastasia, 2006, 745). In senso analogo v. già Reyneri, 2004, 1091.

lavoro subordinato classico veniva considerato come il modello di integrazione fra impresa e lavoro ‹‹tuttora - ma forse non per molto tempo ancora - quantitativamente maggioritario››, si accreditava l'idea che l'area del c.d. 'lavoro parasubordinato' vantasse ‹‹circa due milioni di appartenenti›› (Ichino, 2000, 324). La convinzione in proposito era largamente diffusa e non ne erano immuni gli stessi sindacati (Accornero, 2006, 100), che, ovviamente, guardavano al fenomeno con preoccupazione. Fatto è che quella cifra, nonostante fossero già disponibili analisi più attente (soprattutto quella di Altieri e Carrieri, 2000) che avrebbero dovuto indurre maggiore cautela nella lettura dei dati, fu lasciata lievitare come certi panettoni, gonfiandosi sino a sfondare, nel 2004, la barriera psicologica dei 3.000.000 di unità (si è arrivati a parlare, per la precisione, di oltre 3.300.000 parasubordinati, come ricordano Altieri, 2006, 29 e Accornero, 2006, 100). Poi si è dovuto riconoscere che la dinamica di crescita del lavoro parasubordinato era stata enormemente sovrastimata, frutto di un'illusione ottica o, se si vuole, di un mero abbaglio statistico: ancorché non sembra che ciò abbia portato a mettere la sordina alla retorica della fuga dal diritto del lavoro. Le analisi più rigorose avevano già posto in luce, oltre alle cause reali della diffusione dei co.co.co. (v. *infra*, § 2.I.), l'inattendibilità di stime basate sui dati degli iscritti alla gestione separata Inps istituita dalla riforma previdenziale del 1995. Il dato complessivo, innanzi tutto, risultava falsato dalla circostanza che, in assenza di cancellazione, il numero degli iscritti risultava di gran lunga superiore a quello dei contribuenti attivi. Nel contenitore della gestione separata, in secondo luogo, erano stati fatti affluire, e vi risultano ancora oggi riconoscibili, figure professionali del tutto eterogenee: l'aggregato più consistente risultando costituito da soggetti (quali amministratori di società, componenti di collegi sindacali e revisori ufficiali dei conti, amministratori di condominio ecc.) di elevato profilo professionale, che non sembrano esprimere nessun particolare bisogno di tutele e nei confronti dei quali, in ogni caso, sarebbe del tutto improprio evocare l'idea di lavoro autonomo di seconda generazione (in qualsiasi accezione la si voglia intendere). Quanto ai c.d. 'collaboratori puri', coloro il cui reddito dipende esclusivamente da rapporti di collaborazione in senso proprio, i dati più recenti e affidabili, di fonte Istat, elaborati nella fase di passaggio dal vecchio assetto normativo alla disciplina delle collaborazioni a progetto (introdotta dal d. lgs. n. 276/2003 in attuazione della delega di cui alla c.d. ‹‹legge Biagi››), ne stimano la consistenza quantitativa in poco più di 400.000 unità (Altieri, 2006, 29; Reyneri, 2006a, 573; Id., 2006b, 14)[3]. Quand'anche si voglia pensare che ‹‹la rilevazione Istat sottostimi parzialmente il fenomeno›› (Altieri, 2006, 32) e ritenere più plausibile il dato complessivo (pari a poco più del doppio) risultante da una ricerca di matrice sindacale[4], o comunque un dato intermedio fra i due richiamati, ve ne sarebbe abbastanza per condividere l'opinione di chi ritiene che ‹‹soltanto una distorsione ideologica ha impedito di giungere prima a valutazioni più realistiche di questo fenomeno›› (Reyneri, 2006b, 14), ovvero quella retorica della fuga dal lavoro subordinato di cui sarebbe il caso di smettere di parlare, dal momento che, ‹‹semplicemente, il fenomeno non sussiste›› (Accornero e Anastasia, 2006, 745).

---

[3] Un recentissimo rapporto del ministero del lavoro conferma che, nel 2006, l'entità delle collaborazioni coordinate e continuative si sarebbe attestata sulle 404.000 unità (Ministero del lavoro, 2007)

[4] La ricerca, effettuata dall'università romana La Sapienza in collaborazione con il Nidil-Cgil, quantifica i 'collaboratori puri' in 858.388 nel 2006, con un incremento di 54.217 unità rispetto al 2005: Ugolini, 2007. Altre stime, effettuate incrociando dati di fonte diversa, valutano in circa 1.000.000 il numero dei 'collaboratori puri': Gallino, 2007b, 19.

Non bisogna passare, naturalmente, da un eccesso all'altro, giungendo a supporre che del fenomeno delle collaborazioni si possa, a questo punto, anche fare a meno di occuparsi. La conclusione sarebbe affrettata, in primo luogo perché le collaborazioni, anche se con un ‹‹ contributo quantitativo … molto minore di quanto comunemente si creda ›› (Reyneri, 2004, 1091), in ogni caso influiscono (in quanto statisticamente ricondotte all'area del lavoro indipendente) sul disallineamento del dato complessivo del lavoro autonomo rispetto alla media dei più sviluppati paesi dell'Unione europea; in secondo, e decisivo, luogo perché esse comunque coinvolgono (non milioni, ma) alcune centinaia di migliaia di lavoratori, rispetto ai quali è doveroso domandarsi in che senso possa parlarsi di lavoro indipendente. L'interrogativo, oltre tutto, è tanto più opportuno, e urgente, perché, in assenza di risposte adeguate, non si può escludere che il fenomeno finisca davvero con l'assumere dimensioni allarmanti. Su questo punto, com'è ovvio, si apre lo spazio del dialogo interdisciplinare e, in particolare, si profila l'utilità dell'apporto dei giuristi del lavoro.

### 1.3. Le difficoltà del dialogo interdisciplinare

Alla proficuità del dialogo interdisciplinare, peraltro, si frappongono le peculiarità dei linguaggi propri delle diverse scienze sociali, ingenerando problemi di carattere semantico che meritano di essere tenuti presenti. Anche negli scritti sociologici più accurati attorno al tema in esame, invero, può accadere di leggere affermazioni non meccanicamente trasponibili nell'ambito dell'analisi giuridica del mercato del lavoro o, almeno, che non possono essere accolte se non dopo essere state sottoposte ad adeguata riformulazione. La lettura in chiave post-fordista della diffusione del lavoro parasubordinato, palesemente evocata quando si allude, ad esempio, ‹‹ a una tendenza tipica dell'economia terziarizzata ››, che spingerebbe le imprese ‹‹ a domandare prestazioni definite di lavoro piuttosto che posti di lavoro ›› (Altieri, 2006, 27; in termini analoghi Accornero, 2006, 96) non dovrebbe trovare spazio, se non come mera suggestione, nell'ambito del discorso giuridico, rispetto al quale assunti come quello richiamato appaiono fuorvianti o, per essere più espliciti, del tutto privi di significato costruttivo. Dal punto di vista del giuslavorista, in effetti, l'unico problema davvero rilevante resta quello di accertare se la 'tendenza tipica' in parola si esprima attraverso moduli organizzativi appropriati o non piuttosto utilizzando personale, in maniera abusiva e fraudolenta, previo ricorso a schemi alternativi a quello del contratto di lavoro subordinato. Ritrascritta in questi termini, la questione non sarebbe affatto nuova e tutt'altro che tipica dell'odierno contesto post-fordista: essendo ben nota già in epoca fordista, ed anzi riconoscibile nell'intero tragitto storico del diritto del lavoro, la 'tendenza tipica' delle imprese ad eluderne le regole, fra l'altro ricorrendo anche all'impiego di (falso) lavoro autonomo (basti rammentare la richiesta, rivolta dai committenti ai lavoratori a domicilio, di iscrizione all'albo delle imprese artigiane: diffuso *escamotage*, funzionale appunto alla qualificazione degli stessi come lavoratori autonomi).

Va peraltro riconosciuto che gli stessi giuslavoristi non danno un positivo contributo alla comunicazione interdisciplinare quando indulgono, come oggi accade sempre più di frequente, all'impiego di espressioni indeterminate, come quelle di 'lavoro autonomo di nuova generazione', 'lavoro economicamente dipendente' ed altre consimili. Espressioni del genere, ovviamente, appaiono particolarmente censurabili allorché vi si ricorra nell'ambito di analisi del diritto positivo vigente; ma non possono essere accettate a cuor leggero neppure quando si discuta *de jure condendo*: come se, trapiantando nel discorso giuridico criteri valutativi propri di altre discipline, fosse possibile conferire dignità normativa ad un fenomeno sociale dai contorni tuttora incerti e problematici. Gli stilemi della letteratura sociologica, naturalmente, possono ben essere ripresi

dai giuslavoristi, ma evitando di trascurare le esigenze della propria disciplina, in ragione delle quali non si può prescindere almeno da un tentativo di delimitazione rigorosa del fenomeno sociale indagato: diversamente, si rischia soltanto di concorrere ad alimentare quella malattia del linguaggio (una vera e propria peste agli occhi dello scrittore) che ‹‹ si manifesta come perdita di forza conoscitiva …, come automatismo che tende a livellare l'espressione sulle formule più generiche, anonime, astratte, a diluire i significati ›› (Calvino, 1988, 58).

Il dialogo interdisciplinare, tuttavia, resta necessario e ad esso i giuslavoristi non possono sottrarsi, non foss'altro perché il loro contributo viene pressantemente invocato da più parti. Quando si sottolinea che le tendenze evolutive riscontrabili nell'area del lavoro autonomo pongono un problema che ‹‹ appartiene alla sfera delle ineguaglianze ›› e, come tale, ‹‹ riguarda direttamente i giuristi del lavoro ›› (Bologna, 2006, 567); quando si sostiene che lavoro subordinato e lavoro autonomo sarebbero oggi separati da ‹‹ un confine meno nitido di ieri, come riconoscono per primi i giuslavoristi ›› (Accornero e Anastasia, 2006, 752), è implicito il riconoscimento che il nodo, attorno a cui si sta ragionando, non possa essere sciolto prescindendo dall'apporto delle categorie analitiche proprie del diritto del lavoro. Ancorché, va subito aggiunto, appaia alquanto improprio il riferimento, *tout court*, ai 'giuristi del lavoro', come se esistesse una *communis opinio* giuslavoristica e non si confrontassero invece, anche e forse soprattutto rispetto al tema in esame, diverse scuole di pensiero (lo si vedrà meglio nelle pagine seguenti)[5], divise su questioni tecnico-giuridiche e, forse, ancor più sulle scelte di valori retrostanti: non essendovi ragione di negare che anche i giuslavoristi ‹‹ sostengono, alla luce di criteri di equità, efficacia ed efficienza, dunque di valori politici e di conseguenze economico-sociali, diversi modelli complessivi di regolazione dei rapporti e dei mercati del lavoro ›› (Salvati, 2002, 161).

Il riconoscimento, d'altronde, è del tutto esplicito vuoi nelle parole di chi ha sostenuto (con affermazione di carattere generale, ma comunque specificamente legata proprio alla questione in esame) ‹‹l'indispensabilità dei giuristi›› (Salvati, 2002, 160); vuoi da parte di chi propone di lasciare ‹‹ai giuristi le disquisizioni sulla natura dipendente o indipendente di un rapporto di lavoro›› (Reyneri, 2004, 1096). Si avverte, certo, una punta di sarcasmo in quell'accenno alle ‹‹disquisizioni››: come se la discussione giuridica in tema di autonomia e subordinazione fosse riducibile a bizantinismi o formule vuote. Vero è che essa è sempre stata caratterizzata da una forte densità teorica e dall'impiego di un apparato categoriale non facilmente decodificabile dagli studiosi di scienze sociali; è altrettanto vero che, almeno in questo caso, lo spessore teorico del dibattito giuslavoristico non può essere associato all'idea di astrattezza, dal momento che agli esiti di tale dibattito si legano implicazioni pratiche rilevantissime, quali quelle connesse all'area di applicazione delle tutele assicurate dal diritto del lavoro.

Non foss'altro per questo il dibattito in parola, con particolare riguardo ai passaggi più significativi dell'ultimo decennio, merita di essere rivisitato.

---

[5] L'invocazione indifferenziata dei 'giuristi del lavoro' richiama singolarmente il modo di argomentare di certi giuslavoristi che sono soliti sostenere le proprie tesi con affermazioni del tipo 'gli economisti ci dicono', 'l'economia insegna' e via banalizzando: ove è evidente il tentativo di far passare la parte (l'orientamento economico dominante, ispirato all'ortodossia neo-liberista) con il tutto. D'altro canto, anche quando dall'invocazione general-generica si passa a riferimenti specifici, incombe il rischio di equivocare: accomunando nell'interesse per il lavoro autonomo (come accade a Bologna, 2006, 567, nt. 13) giuslavoristi che se ne occupano da angolazioni e con prospettive di politica del diritto sensibilmente differenti.

## 2. Subordinazione, autonomia e 'zona grigia'.

### 2. 1. La discussione degli anni novanta. La prospettiva del *tertium genus*.

Che cosa ha provocato, a partire dalla seconda metà degli anni '90 del secolo scorso, una progressiva espansione nel nostro mercato del lavoro della c.d. 'zona grigia' fra autonomia e subordinazione, riportando al centro dell'attenzione un tema classico del diritto del lavoro, come quello della distinzione fra lavoro autonomo e subordinato? Si è già accennato alla spiegazione del fenomeno in chiave post-fordista: la diffusione del lavoro 'parasubordinato', secondo quest'orientamento di pensiero, sarebbe da ascrivere al superamento della tradizionale organizzazione del lavoro, di stampo fordista-taylorista, che avrebbe indotto a ricercare nuove, più flessibili, forme d'integrazione fra imprese e lavoro, non inquadrabili negli schemi giuridici consolidati e comunque irriducibili all'alternativa secca autonomia/subordinazione; per altro verso vi avrebbero contribuito, nel nuovo scenario economico-sociale, anche mutamenti di orientamento nella concezione del lavoro, del rapporto fra attività lavorativa e vita personale, percepibili fra gli stessi lavoratori ( per una sintesi del dibattito v., da ultimo, Vettor, 2006, 166 s.).

La lettura post-fordista dei cambiamenti che si avvertivano, sia pur confusamente, in atto nel mercato del lavoro ha fatto breccia anche presso una parte dell'opinione giuridica (per tutti v., da ultimo, Perulli, 2006a, 740), pur se i giuristi che, più o meno consapevolmente, ne hanno incorporato gli schemi valutativi, non si sono mai fatti carico di spiegare una circostanza davvero curiosa: i 'nuovi lavori', che si assumevano in diffusione crescente nella 'zona grigia', risultavano materializzarsi ed acquisivano consistenza giuridica mediante l'impiego di una formula negoziale, come quella della collaborazione coordinata e continuativa, risalente agli anni '50[6] (per non dire del ricorso, meno ampio ma che comunque avrebbe dovuto fare riflettere, a schemi contrattuali ancora più remoti, come quello dell'associazione in partecipazione, la cui disciplina si rintraccia addirittura nel codice civile del 1942).

Non si vuol dire, com'è ovvio, che si sarebbe dovuto negare senz'altro l'esistenza di 'nuovi lavori' o, per essere più precisi, di nuove tipologie di attività lavorativa, quanto piuttosto che sarebbe stato opportuno e necessario indagare più a fondo sulle dinamiche del mercato del lavoro, distinguendo fra novità effettive e vecchie pratiche di elusione delle regole. Che il rigonfiamento della c.d. 'zona grigia' fosse ascrivibile in ampia misura a queste ultime è via via apparso sempre più chiaro. Già nella seconda metà degli anni '90, peraltro, almeno ai giuslavoristi non sarebbe dovuto sfuggire un rapporto di causa-effetto di immediatezza evidente: riconoscibile nella circostanza che un vecchio schema contrattuale, che già aveva cominciato a conoscere una certa, contenuta, diffusione, prende ad essere impiegato in maniera sempre più ampia e massiccia all'indomani di una riforma delle pensioni (la riforma Dini del 1995) che aveva previsto, nei confronti di una serie di soggetti che esercitavano attività prive di copertura previdenziale (fra cui, appunto, i collaboratori coordinati e continuativi), l'assoggettamento dei relativi redditi ad un modesto prelievo contributivo (all'epoca del 10%), con obbligo di versamento dello stesso ad una gestione separata

---

[6] Com'è noto, un riferimento ai ‹‹rapporti di collaborazione che si concretino in prestazione d'opera continuativa e coordinata›› comparve nella legge 14 luglio 1959, n. 741 (c.d. legge Vigorelli), allo scopo di consentire il recepimento in decreto legislativo, generalizzandone la sfera applicativa, anche degli accordi economici collettivi che li riguardavano. Successivamente la legge di riforma del processo del lavoro (legge 11 agosto 1973, n. 533) estese lo speciale rito introdotto anche alle controversie riguardanti rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed ‹‹altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato››.

istituita presso l'Inps. Si potrebbe osservare che il nuovo obbligo contributivo avrebbe dovuto sortire un effetto di scoraggiamento dell'uso del lavoro parasubordinato: viceversa fu inteso, in fatto, da non pochi datori di lavoro come una sorta di lasciapassare, quasi come un'implicita autorizzazione all'impiego di uno schema contrattuale dai contorni ambigui e sfuggenti, ma comunque tale da comportare (in termini retributivi, contributivi e di disciplina applicabile al rapporto di lavoro) oneri di gran lunga inferiori a quelli propri del lavoro subordinato. Malgrado il legislatore non avesse affatto inteso stimolarne la sostituzione, consentendo il ricorso abusivo, in sua vece, ad un'altra forma contrattuale (l'obiettivo, ben più pragmatico e modesto, era infatti quello di recare qualche sollievo alle casse dell'istituto previdenziale pubblico), la novità previdenziale, in altre parole, ebbe ‹‹ un poderoso effetto indiretto ›› di (sia pur impropria) legittimazione: contribuendo in maniera decisiva al radicamento di ‹‹ una figura fino ad allora appena abbozzata, di incerta classificazione e il cui utilizzo suscitava non poche preoccupazioni per chi intendeva avvalersene ›› (Salvati, 2002, 145).

Oggi sono a disposizione molti più elementi di conoscenza di allora. Non solo, infatti, si è da tempo accertata l'estrema eterogeneità professionale (e di condizione sociale) degli iscritti alla gestione separata Inps (v. *supra*), ma è ormai noto che ‹‹la collaborazione coordinata e continuativa nella forma ambigua a cavallo tra lavoro dipendente e lavoro autonomo è … un fenomeno concentrato in massa in alcuni settori, professioni e gruppi sociali ›› (Altieri, 2006, 39): le c.d. 'collaborazioni pure', infatti, risultano addensate in maniera particolarmente elevata nelle piccole imprese (per intendersi: quelle sotto la fatidica soglia dei 15 addetti), nel settore terziario (in misura estremamente significativa, fra l'altro, nell'ambito dell'istruzione privata: v. *infra*, § 3) e rappresentano un canale di accesso al mercato del lavoro larghissimamente frequentato da giovani e donne (Altieri, 2006, 34-39). L'insieme di questi elementi di fatto, intuitivamente, mal si concilia con la visione della collaborazioni come portato della modernizzazione del mercato del lavoro e ridimensiona drasticamente la plausibilità dell'interpretazione del fenomeno in chiave post-fordista: conforta semmai l'opinione di chi, pur senza rinunciare totalmente a quella chiave di lettura, ha osservato icasticamente, con evidente riferimento agli effetti della riforma previdenziale del '95, che, ‹‹per opera dello Stato più che mercato, nacque ufficialmente 'il popolo del 10%'›› (Accornero, 2006, 99).

La mancanza di elementi sufficienti di conoscenza avrebbe dovuto, quanto meno, suggerire prudenza nella formulazione di tentativi di inquadramento giuridico del fenomeno delle collaborazioni: ancorché vada ribadito che già allora, nella seconda metà degli anni '90, sarebbe dovuto apparire ‹‹ poco probabile ›› che la forte dinamica di crescita di quella tipologia contrattuale ‹‹fosse interamente dovuta a mutamenti sottostanti nell'organizzazione del lavoro o a un cambiamento repentino nelle preferenze dell'offerta›› (Salvati, 2002, 146). Fondandosi proprio su suggestioni del genere, viceversa, fu proprio in quel periodo che cominciò a prendere piede, peraltro con motivazioni ed obiettivi anche profondamente diversi, la prospettiva del *tertium genus*, ovvero l'idea che fosse opportuno conferire pieno riconoscimento giuridico, ricollegandovi alcune tutele (comunque più o meno sensibilmente inferiori, a seconda delle varie proposte in campo, a quelle proprie del lavoro subordinato), ad una sorta di tipologia intermedia di rapporto di lavoro, né propriamente subordinato, né integralmente autonomo (tale, comunque, essendo stato considerato sino ad allora il c.d. lavoro parasubordinato). Nella versione patrocinata da un autorevole gruppo di giuristi vicini alla Confindustria (De Luca Tamajo, Flammia, Persiani, 1996; De Luca Tamajo, 1997) quella prospettiva avrebbe dovuto inverarsi attraverso la legittimazione di un nuovo

schema contrattuale, il 'lavoro coordinato': una sorta di contenitore aperto, nel quale sarebbe dovuta confluire una gamma ampia ed eterogenea di rapporti di lavoro (certamente quelli che allora si era preso a chiamare 'nuovi lavori', senza però escludere la possibilità di farvi rientrare anche tutti quelli caratterizzati da prestazioni svolte con autonomia esecutiva: il che avrebbe coinvolto nell'operazione di risistemazione normativa moltissimi rapporti, della cui riconducibilità all'area del lavoro subordinato non si è mai seriamente dubitato).

La forte carica di strumentalità e la palese corrività verso l'obiettivo di ridimensionare l'area del lavoro subordinato e delle sue tutele, che traspaiono dalla proposta del lavoro coordinato, non necessitano di particolare illustrazione, essendo evidente che il modello di regolazione del mercato del lavoro in essa implicito non si presterebbe ad essere raffigurato neppure come un gioco a somma zero: la sua traduzione operativa, invero, comporterebbe che le tutele riconosciute agli uni risulterebbero più che bilanciate da quelle sottratte agli altri. Soprattutto per questo essa non è mai riuscita ad imporsi al centro del dibattito (neppure nel momento in cui venne formulata); una certa nebulosità di contenuti e la significativa incapacità di delineare con accettabile precisione l'area di applicazione della disciplina prefigurata (ovvero la fattispecie del lavoro coordinato) hanno, d'altra parte, contribuito a relegarla nel recinto della discussione dottrinale.

Di 'nuovi lavori', impropriamente ribattezzati ‹‹lavori atipici››[7], si occupò anche un'altra proposta, che tenne il centro della scena nel corso della XIII legislatura, non foss'altro per essere stata a lungo dibattuta nelle aule parlamentari. La c.d. proposta Smuraglia (così conosciuta dal nome del primo e più autorevole dei suoi firmatari) rivela, sin dalle prime battute della sua relazione illustrativa, l'adesione alla teoria del *tertium genus*[8] (implicita nell'assunto secondo il quale sarebbe stato ‹‹ ormai assolutamente pacifico che gli schemi tradizionali del rapporto di lavoro subordinato, da un lato, e di quello autonomo, dall'altro, non esauriscono più la complessa tipologia dei 'lavori'››); e risente palesemente del convincimento - diffuso all'epoca, ma, per quanto si è detto, fondato su una lettura affrettata ed approssimativa dei dati statistici - che il 'lavoro del terzo tipo' fosse in crescita inarrestabile[9]. Nel merito la proposta Smuraglia si differenziava dalla precedente perché animata dall'obiettivo non di ridimensionare l'area del lavoro subordinato e delle relative tutele, bensì di disciplinare un fenomeno che si temeva potesse degenerare in una ‹‹forma diffusa di precariato››[10], ancorché del fenomeno in questione non si riuscissero a tratteggiare i confini, se non in maniera vaga e confusa. Questo difetto di fondo della proposta fu subito rilevato e, malgrado tentativi di riformulazione, rimase sostanzialmente inalterato nel passaggio dalla stesura iniziale a quella finale poi approvata dal Senato. Nella versione iniziale, in effetti, la difficoltà

---

[7] L'espressione 'lavori atipici', com'è noto, è sempre stata utilizzata, nella letteratura giuridica e di relazioni industriali degli altri paesi, per designare rapporti di lavoro per un verso o per l'altro difformi rispetto al modello standard (part-time, lavoro interinale, contratti a termine, ecc.), ma comunque rientranti nell'area del lavoro subordinato.

[8] Ancorché nella catalogazione delle proposte in esame residui sempre qualche margine di opinabilità: v. infatti, in relazione alla proposta Smuraglia, Pallini, 2006, 112.

[9] Nella stessa relazione illustrativa, pur senza mostrare certezze assolute, si alludeva alla solita cifra ‹‹intorno ai due milioni›› per indicare il numero dei lavoratori che avrebbero potuto essere interessati dall'intervento legislativo.

[10] Sono sempre parole della relazione illustrativa.

di descrivere l'area di applicazione della disciplina prefigurata veniva aggirata attraverso la previsione di una fattispecie costruita tutta in negativo[11]; nella versione finale, preso atto dell'improponibilità di un'impostazione del genere, si cercò di delineare una fattispecie vera e propria di lavoro 'atipico': alla quale si sarebbero dovuti ricondurre i ‹‹ rapporti di collaborazione, di carattere non occasionale, coordinati con l'attività del committente, svolti senza vincolo di subordinazione, in modo personale e senza impiego di mezzi organizzati e a fronte di un corrispettivo ››. Licenziata dal Senato, la proposta si arenò poi nell'altro ramo del Parlamento. Certo è che, qualora fosse stata definitivamente approvata, essa avrebbe prodotto il non desiderabile effetto di dare rilievo nell'ordinamento giuridico ad un'inedita figura di lavoratore-ircocervo (Roccella, 2000, 371; nello stesso senso cfr. Salvati, 2002, 152): destinato a svolgere la propria attività ‹‹ senza vincolo di subordinazione›› (dunque, a prima impressione, autonomo); e tuttavia operante ‹‹ senza impiego di mezzi organizzati ››, dunque privo del requisito caratterizzante le attività lavorative svolte in regime di autonomia (che, per essere davvero tali, non possono prescindere da un'organizzazione, sia pur minima, ma comunque sufficiente per consentire l'accesso diretto al mercato del titolare della stessa). Un impianto normativo del genere, anziché risolvere i problemi che pretendeva di affrontare, avrebbe rischiato di produrre nuovi squilibri nel mercato del lavoro, non esclusa l'eventualità di erodere l'area del lavoro subordinato o, comunque, di sottrarre definitivamente ad essa tipologie lavorative di incerta qualificazione. È proprio in ragione della sua ambiguità di fondo, del resto, che la disciplina del rapporto da esso delineata ha potuto essere criticata da sponde opposte: ovvero sia da chi vi ha intravisto un modello di regolazione troppo appiattito sull'archetipo normativo del lavoro subordinato (Salvati, 2002; Accornero, 2006, 110)[12], sia da chi paventava che il risultato dell'operazione si sarebbe piuttosto tradotto nel dare corpo ad una sorta di lavoratore subordinato in sedicesimo (in quanto titolare di diritti di intensità protettiva incomparabile con quella propria della disciplina del lavoro subordinato vero e proprio, o meglio come tale riconosciuto) (Roccella, 2000, 373).

Una certa consapevolezza delle controindicazioni del progetto, del resto, era presente nei suoi stessi autori, se è vero che nella relazione illustrativa si accennava ai ‹‹rischi che questa operazione potrebbe comportare, ivi compreso quello di una più aleatoria e incerta distinzione fra lavoro atipico e lavoro subordinato››, nonché al pericolo di alimentare ‹‹una qualche tendenza a far rifluire nel primo schema anche tipologie che invece dovrebbero appartenere al secondo››. Preoccupazioni del genere, ad ogni modo, dovettero apparire di rilievo minore rispetto all'avvertita esigenza di 'fare comunque qualcosa' per provare ad imbrigliare certe dinamiche del mercato del lavoro che si temeva stessero sfuggendo di mano.

### 2.2. Gli sviluppi successivi. La comparsa del fantasma del lavoro economicamente dipendente.

La caduta della proposta Smuraglia non ha comportato un abbandono delle teorizzazioni del *tertium genus*, che restano alla base delle più impegnative ipotesi di intervento elaborate dalla parte

---

[11] La legge, infatti, si sarebbe dovuta applicare ‹‹ai contratti che implicano una prestazione lavorativa, con carattere di continuità e in qualsiasi forma coordinata rispetto alla complessiva attività produttiva, *non riconducibile né alla tipologia del lavoro subordinato, né a quella del lavoro autonomo*›› (c.m.).

[12] Simili opinioni, peraltro, risentono probabilmente di una sopravvalutazione di certe norme della proposta Smuraglia, assai più di facciata che di sostanza, come quelle relative ai diritti sindacali che s'intendevano riconoscere ai lavoratori atipici.

maggioritaria del centro-sinistra, ovvero nell'area politico-culturale oggi confluita nel Partito Democratico. Vero è che il lessico è mutato (aggiornato, direbbero gli estensori delle nuove proposte) ed anche l'impianto normativo prefigurato ambisce a fondarsi su una diversa, e più sofisticata, concettualizzazione: se si prescinde dagli aspetti più caduchi e di contorno, tuttavia, non dovrebbe essere difficile scorgere il filo di continuità che lega le elaborazioni della XIII legislatura a quelle delle due legislature successive[13].

Presentata per la prima volta nel 2002, durante il periodo in cui il centro-sinistra si trovava all'opposizione, e ripresentata in termini immutati all'inizio dell'attuale legislatura, la c.d. *Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori* (altresì nota come progetto Amato-Treu) si segnala innanzi tutto per alcune peculiarità di linguaggio: a parte la formulazione in termini *politically correct*, ovvero bisessuati, del titolo premesso all'articolato normativo, risalta il venir meno di espressioni come 'lavoro atipico' o 'lavoro parasubordinato', sostituite dal riferimento al ‹‹ lavoro economicamente dipendente››, ovvero dal richiamo di una nozione che si assume ‹‹ più pregnante e meno equivoca ›› (Treu, 2004, 200) di quelle in precedenza circolate nel nostro ambiente giuridico, oltre che confortata da indicazioni di fonte europea[14]. Quanto all'impostazione di merito, la Carta si ispirerebbe all'idea di ‹‹modulazione delle tutele››: essa, in altre parole, sarebbe animata dal ‹‹principio guida … secondo il quale occorre ridefinire lungo una scala continua le diversificate forme di lavoro oggi esistenti, partendo da una protezione di base comune a tutti i tipi di lavoro, per procedere poi gradualmente verso normative e tutele differenziate e ulteriori›› (Treu, 2004, 196). La grande novità, dunque, starebbe nel tentativo di dare riconoscimento giuridico ad un'operazione di ‹‹sostituzione della rigida contrapposizione della coppia lavoro subordinato-lavoro autonomo con un *continuum* di attività cui attribuire una serie di garanzie modulate e variabili a partire da un minimo comune a tutte›› (Perulli, 2006a, 749). La prospettiva in parola, visualizzata geometricamente, andrebbe coltivata mediante ‹‹un'articolazione delle garanzie per cerchi concentrici›› (Perulli, 2006a, 749): collocandosi nel cerchio esterno i diritti fondamentali riconoscibili a tutti i lavoratori, ivi compresi gli autonomi e i libero-professionisti[15], in quello interno le tutele riservate al lavoro subordinato (inteso nei suoi termini più tradizionali), in quello intermedio la disciplina del lavoro economicamente dipendente.

Nell'ottica della *Carta* quest'ultimo, evidentemente, non appartiene all'area del lavoro subordinato; neppure però appare riconducibile a quella del lavoro autonomo in senso proprio: il che conferma che l'orizzonte della proposta resta fondamentalmente ancorato alla prospettiva del *tertium genus*. La differenza rispetto ad elaborazioni precedenti, ad ogni modo, andrebbe individuata nel superamento del problema della fattispecie, che la relazione illustrativa della *Carta* si spinge a considerare quasi come un falso problema. La difficoltà, che il progetto Smuraglia non

---

[13] Ancorché sia comune osservazione che il progetto di *Carta dei diritti*, cui si sta alludendo, presenti un legame culturale più evidente con la prospettiva dello *Statuto dei lavori*, disegnata, anch'essa nel corso della XIII legislatura, da Marco Biagi (Pallini, 2006, 112; Proia, 2006, 66).

[14] Entrambe le affermazioni possono leggersi anche nella relazione illustrativa del disegno di legge C 104 del 28 aprile 2006 (identica, come del resto l'intero articolato, a quella che accompagnava il d.d.l. n. 1872 del 4 dicembre 2002).

[15] Proprio questo sembra il profilo meno significativo, ragionando in termini di effettività delle tutele ipotizzate, della *Carta*: quello in relazione al quale si è osservato che ‹‹forse, ad esempio, non ha senso parlare di una specifica tutela antidiscriminatoria nell'ambito del lavoro autonomo o delle libere professioni›› (Proia, 2006, 68).

era riuscito ad affrontare se non ricorrendo alle formulazioni ambigue di cui si è detto, sembrerebbe adesso potersi aggirare mediante una diversa tecnica normativa incentrata sul versante delle tutele, piuttosto che su quello dell'individuazione della fattispecie di riferimento delle stesse: ricorrendo, in altre parole, ad ‹‹ un'articolazione degli ambiti di applicazione delle norme, che rifiuta il metodo della differenziazione per fattispecie …, e mira più semplicemente a individuare, di volta in volta, l'ambito di operatività più adatto allo specifico contenuto normativo ››[16].

La questione della fattispecie, peraltro, non può essere semplicisticamente liquidata, come se si trattasse di un vezzo tipico di giuristi di impostazione dogmatica[17]. Se non si riesce a sciogliere in maniera adeguata il nodo in questione, infatti, si apre inevitabilmente lo spazio per un contenzioso giudiziario di proporzioni incontrollabili, alimentato da una sorta di diritto 'ad occhio', dispensatore di tutele in maniera approssimativa ed arbitraria (Proia, 2006, 66): prive, in definitiva, di una chiara *ratio* esplicativa della distribuzione delle stesse. Fra gli stessi fautori della *Carta*, del resto, v'è chi ha riconosciuto che l'idea di ‹‹modulazione delle tutele … non elimina la necessità di identificare le fattispecie cui si riferiscono le varie discipline››, essendo stata costruita piuttosto per sdrammatizzare la questione definitoria, che l'interprete potrebbe risolvere ‹‹con maggiore distacco, senza essere forzato dalla preoccupazione della quantità di protezione da garantire al lavoratore›› (Treu, 2004, 201). Assunti del genere, peraltro, nella loro genericità lasciano il tempo che trovano: almeno finché non si riesca a dimostrare l'idoneità della proposta ‹‹a realizzare gli esiti sdrammatizzati auspicati›› (Proia, 2006, 66), essi appaiono nient'altro che un *wishful thinking*. Non vale la pena, d'altro canto, d'insistervi più di tanto, dal momento che è la medesima *Carta* a non prendere troppo sul serio sé stessa o, per meglio dire, sono i contenuti dell'articolato normativo a smentire inequivocabilmente l'insostenibile prospettiva teorica fondata sull'idea dell'opportunità di superare il ‹‹metodo della differenziazione per fattispecie››.

Si potrebbe, dunque, supporre che, dopo avere predicato male, gli autori della *Carta* abbiano finito col razzolare bene, riuscendo infine a dare corporea sostanza al fantasma del lavoro economicamente dipendente: ma si tratterebbe di conclusione affrettata. Forse l'elaborazione concettuale posta a fondamento del progetto non era ancora giunta ad un grado sufficiente di sedimentazione; oppure avranno influito negativamente quei problemi di opacità del linguaggio che sembrano riconoscibili ad ogni tappa della discussione che si sta riepilogando: certo è che dalla *Carta dei diritti* si riesce solo ad apprendere che i ‹‹rapporti di lavoro caratterizzati da una situazione di dipendenza economica›› (per riprendere l'espressione dell'art. 17, comma 1) altro non sono se non … le vecchie, care collaborazioni coordinate e continuative! Per essere più precisi, il progetto in esame, dopo aver intitolato il suo Capo III ai ‹‹lavoratrici e lavoratori economicamente dipendenti››, definisce l'ambito d'applicazione delle regole per essi previste, chiarendo che si considerano caratterizzati da una situazione di dipendenza economica ‹‹i rapporti di collaborazione aventi a oggetto una prestazione d'opera coordinata e continuativa, prevalentemente personale, svolta senza vincolo di subordinazione, senza vincolo di orario di lavoro, indipendentemente dall'ambito aziendale o extra-aziendale in cui si svolge la prestazione stessa››. Come si vede, si

[16] Sono parole della relazione illustrativa della *Carta dei diritti*.

[17] Si tratta anzi di questione di così cruciale rilievo, da essere stata avvertita come tale anche da chi giurista non è: si v., in relazione alla discussione suscitata dal progetto Smuraglia, le considerazioni in proposito di Salvati, 2002, 154-156.

tratta di una sorta di ricamo attorno al già risaputo. Di significativo rilievo, in particolare, non può essere considerata la sottolineatura dell'assenza di vincolo di orario[18] (su cui pure varrà la pena di spendere qualche parola: v. *infra*, § 3): non a caso essa non ha impressionato nessuno, né ha impedito di constatare che la 'nuova' fattispecie ‹‹appare, alla lettera, un clone della vecchia collaborazione coordinata e continuativa›› (Carinci F., 2007, 860; v. anche Pallini, 2006, 113).

Se è vero che ‹‹qualsiasi diritto implica l'individuazione del suo titolare›› (Proia, 2006, 66), bisogna dunque prendere atto che la *Carta* non risponde a questa elementare esigenza. Dietro quella che avrebbe dovuto essere una ‹‹formula più pregnante e meno equivoca›› , riemerge infatti la consolidata definizione del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa in tutta la sua vaghezza, al riparo della quale si è andata consumando, da una dozzina d'anni a questa parte, una macroscopica amputazione di diritti nei confronti di centinaia di migliaia di lavoratori, abusivamente sottratti all'area del lavoro subordinato e delle sue tutele. L'unica cosa certa, in effetti, è che queste ultime non si applicherebbero ai 'nuovi' lavoratori economicamente dipendenti, dal momento che è assolutamente vero che, con la disciplina prefigurata, non si intende ‹‹puntare alla pura e semplice omologazione coi lavoratori subordinati››[19]. Tale implicazione, peraltro, non si presta ad essere discussa nel merito, ovvero ad alcuna, ulteriore valutazione sul piano dell'equità degli effetti: dal momento che, in assenza di un ragionevole grado di chiarezza sulla fattispecie, questi ultimi, di per sé improntati ad una logica di tutela davvero minimale, potrebbero essere ben calibrati, squilibrati per eccesso o, più verosimilmente, atti a relegare in un'area di sottoprotezione lavoratori che dovrebbero piuttosto essere ricondotti a quella del lavoro subordinato (ove di quest'ultimo si assumesse una concezione adeguata alla sostanza degli interessi implicati nello scambio contrattuale).

Resta, in definitiva, l'impressione di un cane che si morde la coda o, per dirla altrimenti, la sgradevole sensazione che il progetto di *Carta dei diritti* sia tipico di un riformismo pallido e scolorito, che traveste, con altisonanti richiami all'universalità dei diritti e alla giustizia sociale, non confessati obiettivi di ulteriore flessibilizzazione del mercato del lavoro.

### 2.3. Ciò che l'Europa (non) ci dice.

La proposta di *Carta dei diritti*, d'altra parte, potrebbe essere considerata sotto altra luce, se effettivamente rispondesse a criteri normativi propri del diritto comunitario o almeno, come hanno

---

[18] Si ricordi che essa era prevista anche dall'art. 1, comma 3, della proposta Smuraglia (nel testo approvato dal senato il 4 febbraio 1999).

[19] Le parole sono tratte dalla relazione illustrativa della *Carta*. È meno vero, o almeno non risultano elementi atti a rendere credibile l'affermazione che la *Carta* persegua anche obiettivi antifraudolenti in relazione all'impiego del lavoro economicamente dipendente. In effetti, ‹‹la volontà di contrasto dell'uso improprio di questa tipologia di rapporti di lavoro quale lavoro subordinato mascherato›› è riferita dalla stessa relazione illustrativa ad una norma (l'art. 17. 3. del d.d.l., a mente del quale ‹‹ove il rapporto di lavoro presenti, nelle sue concrete modalità di svolgimento, le caratteristiche proprie del rapporto di lavoro subordinato, si converte automaticamente in rapporto di lavoro subordinato fin dal momento in cui, in sede giudiziale, si riscontri che dette caratteristiche sussistono››) che, rispondendo ad un principio generale del diritto del lavoro, appare di per sé pleonastica ed avrebbe potuto perciò essere tranquillamente omessa. La stessa norma, semmai, potrebbe essere diversamente apprezzata, pur restando comunque di rilievo non decisivo, ove fosse inserita in un contesto normativo che, oltre a disegnare in maniera meno approssimativa l'area coperta dal c.d. lavoro autonomo 'debole', si preoccupasse parallelamente di contrastare davvero il fenomeno del finto lavoro autonomo, previa precisazione del concetto di lavoro subordinato accolto dall'ordinamento: cosa che la *Carta* si guarda bene dal fare (anche su questo punto v. comunque *infra*, § 4).

a più riprese lasciato intendere i suoi sostenitori, a tendenze solidamente delineate a livello europeo o, per altro verso, nell'ambito del diritto internazionale del lavoro. La 'fonte' europea più fondatamente richiamabile, per affinità di ‹‹prospettiva metodologica›› (Perulli, 2006a, 749), a sostegno della *Carta* resta, peraltro, ancora oggi il ben noto rapporto redatto per conto della Commissione europea da Alain Supiot (Supiot, 1999). Si può allora osservare, prescindendo da ogni valutazione di merito sui contenuti del rapporto[20], che essi hanno certamente suscitato ampio dibattito ed influenzato settori significativi della dottrina giuridica europea[21], senza però essere mai stati fatti ‹‹oggetto di alcuna traduzione giuridica concreta a livello dell'Unione europea›› (Sobczak, 2003, 327).

Vero è che il lavoro economicamente dipendente, sotto le consueti vesti fantasmatiche (ovvero con la solita genericità di riferimenti), è tornato recentemente a materializzarsi in un importante *Libro verde* della Commissione europea (Commissione, 2006): il che spiega la benevola attenzione che una parte della dottrina giuslavoristica italiana (per tutti v. Bronzini, 2007, 317) ha riservato ad un documento, per tanti aspetti sicuramente assai discutibile, come quello in cui l'esecutivo comunitario ha depositato le sue indicazioni sulla modernizzazione del diritto del lavoro. Va peraltro osservato, in primo luogo, che nella prospettiva del *Libro verde*, sia pure con qualche ambiguità semantica, ma comunque con sufficiente chiarezza, il lavoro economicamente dipendente è pur sempre considerato come una forma di lavoro autonomo: donde l'insistenza sulla necessità di distinguere il fenomeno in questione ‹‹dall'utilizzazione, deliberatamente falsa, della qualificazione di lavoro autonomo›› (Commissione, 2006, 12). Di particolare e più significativo rilievo, in secondo luogo, appare l'approdo cui è giunto, sul punto in questione, l'ampia consultazione pubblica svoltasi attorno al *Libro verde*: all'esito della quale, se da una parte è risultata confermata la spaccatura nell'ambito della dottrina giuslavoristica fra coloro che, con varie sfumature ed accentuazioni, si muovono nell'ottica del rapporto Supiot e quelli che invece ritengono preferibile tenere ferma la distinzione fondamentale fra lavoro autonomo e subordinato (limitandosi, semmai, a prospettare l'opportunità di chiarire meglio le rispettive nozioni) (Commissione, 2007b, 39), dall'altra - ed è ciò che, evidentemente, più conta - è emerso con chiarezza che ‹‹la maggior parte degli Stati membri e delle parti sociali è contraria all'introduzione di categorie intermedie, come il cosiddetto 'lavoratore economicamente dipendente', accanto alle categorie già esistenti di lavoratori dipendenti e autonomi››; quanto ai sindacati, essi hanno sottolineato l'opportunità di ‹‹ricentrare l'ambito d'applicazione del diritto del lavoro mediante riforme nazionali volte ad estendere a tutti i lavoratori la protezione offerta dal contratto di lavoro tradizionale›› (Commissione, 2007a, 8)[22].

L'Europa, dunque, non ci dice nulla di conclusivo a proposito della questione in esame, né, men che meno, obbliga i legislatori nazionali ad introdurre, nei rispettivi ordinamenti giuridici, una categoria intermedia di rapporti di lavoro da insediarsi nella zona grigia fra autonomia e subordinazione. Quanto al diritto internazionale del lavoro, neppure da esso possono trarsi indicazioni

---

[20] È noto che esso è stato redatto ricorrendo ad un approccio che sarebbe improprio definire interdisciplinare: trattandosi piuttosto del risultato della giustapposizione di metodi di analisi propri di diverse discipline, legati alle competenze specifiche (giuridiche o sociologiche) degli autori dei diversi rapporti nazionali.

[21] Oltre a parte di quella italiana, non casualmente forse soprattutto quella d'oltralpe: v. la ripresa dell'idea del *continuum* in Barthélémy, 2003, 7.

[22] Un più ampio resoconto della discussione suscitata dal *Libro verde* può leggersi nel documento preparato dai servizi della Commissione (Commissione, 2007b, in particolare 33-39).

atte a sorreggere una prospettiva del genere, come pure era sembrato plausibile qualche anno addietro (Perulli, 2003, 238-9), analizzando i risultati delle prime ricerche avviate in sede Oil sulla questione della linea di distinzione fra autonomia e subordinazione. Con l'adozione, nel giugno 2006, della Raccomandazione n. 198 sul rapporto di lavoro, in effetti, l'Oil ha concluso il proprio ultradecennale impegno al riguardo proponendosi di ‹‹contribuire a risolvere le questioni connesse alle situazioni di incertezza giuridica …, concernenti la qualificazione del rapporto di lavoro, soprattutto alla luce della distinzione (e separazione) che esiste tra lavoro subordinato e autonomo›› (Casale, 2007, 137). Si era già avvertito, per dirla con le parole di un autorevole funzionario Oil, che la preoccupazione dei legislatori nazionali, l'obiettivo primario ‹‹dovrebbe essere quello di aggiornare e rendere più chiaro l'apparato normativo di riferimento, così da facilitare il riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato e scoraggiare i tentativi di occultarlo›› (Casale, 2004, 661). Simile impostazione trova conferma nei contenuti della Raccomandazione, in particolare nella sottolineatura della necessità di ‹‹combattere l'instaurarsi di rapporti di lavoro ambigui›› (Casale, 2007, 139), tenendo ferma la linea di demarcazione fra lavoro subordinato ed altri rapporti riconducibili all'area del diritto civile e/o commerciale. L'orientamento assunto in sede Oil, in definitiva, appare chiaramente volto a ‹‹(ri)stabilire … la centralità del diritto del lavoro››, ribadendo una netta ‹‹opzione a favore del mantenimento, a livello politico ma con inevitabili ricadute di ordine giuridico e sistematico, della 'diversità' del diritto del lavoro rispetto alle altre discipline dell'area privatistica›› (Casale, 2007, 137, 140).

Appare evidente, in ogni caso, che il pressante invito a ‹‹chiarire, completare e determinare nella maniera più precisa possibile l'ambito di applicazione della legge›› (Casale, 2004, 661) è espressione di una cultura giuridica molto distante da quella riconoscibile sullo sfondo delle teorizzazioni del *continuum* o del *tertium genus*[23]. Esse, del resto, non si sono tradotte in esiti normativi conseguenti neppure nell'ambito dei singoli sistemi giuridici nazionali, con particolare riguardo a quelli rispetto ai quali la comparazione risulta più significativa. Merita di essere ricordato in proposito che la discussione francese attorno all'opportunità di introdurre per via legislativa la categoria intermedia della *parasubordination* si è conclusa con la constatazione dell'impraticabilità della proposta, dal momento che la commissione ministeriale, che se n'è occupata, non s'è ritenuta ‹‹in grado di predeterminare con certezza limiti e confini della nozione di *travail parasubordonné*›› (Vettor, 2006, 185). L'unica (apparente) eccezione potrebbe essere riconosciuta nella recentissima legge spagnola del luglio 2007 sullo ‹‹Statuto del lavoro autonomo››, nell'ambito della quale si rintracciano anche fattispecie e disciplina della nuova figura del ‹‹trabajador autonomo economicamente dependiente›› (Cairos Barreto, 2007). Eccezione apparente, peraltro, dal momento che la legge spagnola non sembra ispirata alla logica del *tertium genus*, trattandosi piuttosto del ‹‹primo esempio di regolazione sistematica e unitaria del lavoro autonomo nell'Unione europea››[24]: proprio per questo varrà la pena di tornarvi sopra (v. *infra*, § 4.2.), al momento di tirare le fila del ragionamento.

### 2.4. La proposta di riunificazione del lavoro alle dipendenze altrui.

Resta da dire, a proposito della *Carta dei diritti*, che il progetto del 2006, ripresentato, come s'è

---

[23] Va da sé che la Raccomandazione va apprezzata nel suo significato essenziale: prescindendo, dunque, dall'elenco di criteri che vi si rintracciano ai fini della distinzione fra lavoro subordinato e autonomo, che risentono, come è consueto nelle normative di fonte Oil, degli apporti provenienti dai diversi ordinamenti giuridici nazionali (particolarmente variegati e frastagliati nel caso di specie).

[24] La citazione è tratta dalla relazione illustrativa della legge 11 luglio 2007, n. 20.

detto, senza variazioni di contenuto rispetto alla formulazione originaria del 2002, si espone ad ulteriori rilievi critici per aver singolarmente evitato di misurarsi con l'evoluzione nel frattempo intervenuta nel diritto positivo, ovvero con la novità normativa rappresentata dall'introduzione nell'ordinamento della figura della collaborazione coordinata e continuativa a progetto. Va da sé che, sul piano della costruzione teorica, non rileva il carattere insincero dell'iniziativa riformatrice da cui il lavoro a progetto ha tratto origine: ampiamente testimoniato dalla ben nota circolare ministeriale n. 1/2004, che, avendo descritto l'oggetto del contratto (in particolare il 'programma', sufficiente per giustificarne la stipulazione) in termini che ben si adatterebbero ad indicare le mansioni esigibili da qualsiasi lavoratore subordinato (Roccella, 2005, 56; nello stesso senso Perulli, 2006b, 377), ha prontamente riaperto la strada all'impiego fraudolento delle collaborazioni coordinate e continuative, in funzione sostitutiva del lavoro subordinato, che nelle intenzioni proclamate si sarebbe voluto invece contrastare. Né rilevano le approssimazioni e i difetti di impostazione tecnico-giuridica, riconoscibili nella disciplina di cui agli artt. 61-69 del d. lgs. n. 276/2003, su cui la dottrina giuslavoristica ha già fatto scorrere fiumi d'inchiostro. Il dato di sostanza, dal punto di vista della costruzione teorica, è piuttosto individuabile nell'abbandono della prospettiva del *tertium genus*, a fronte della riconduzione delle collaborazioni a progetto - lo si ripete, fra mille ambiguità, ma comunque con sufficiente chiarezza - nell'alveo del lavoro autonomo, come specie nell'ambito di un più ampio genere. Non a caso la disciplina del lavoro a progetto ha suscitato reazioni di segno opposto: apprezzata da chi ha riconosciuto verosimilmente proprio in quel dato ‹‹il nucleo positivo della riforma›› (poi stravolto dalla prassi applicativa: Accornero, 2006, 111); contestata per lo stesso motivo da chi, come i fautori della *Carta dei diritti*, ha dovuto prendere atto con malcelato disappunto della circostanza che ‹‹l'opzione legislativa … ha confermato e forse accentuato la tradizionale scansione binaria subordinazione/autonomia proprio nel momento in cui poteva essere matura un'opzione lungimirante, che superasse la polarizzazione ortodossa creando le condizioni per realizzare una modulazione di tutele lungo il *continuum* che dalla subordinazione porta all'autonomia›› (Perulli, 2006b, 383; Id., 2006a, 742).

La nuova realtà introdotta nel diritto positivo, peraltro, è stata avvertita sul piano dottrinale, senza influire sulla progettistica normativa, rimasta identica a sé stessa. L'osservazione, naturalmente, vale per la *Carta dei diritti*, non certo per una proposta, in qualche modo speculare, come quella sulla 'riunificazione del lavoro alle dipendenze altrui' (nota come proposta Alleva: Alleva, 2006), frutto di un'elaborazione dottrinale abbozzata, nelle sue linee di fondo, già qualche anno addietro, riformulata e assunta nell'attuale legislatura a contenuto di una proposta di legge sostenuta da parlamentari dell'ala sinistra della maggioranza[25]: proposta che non ignora affatto la figura del lavoro a progetto, con la quale anzi si propone di fare i conti in misura, verrebbe da dire, persino eccessiva.

Sullo sfondo della proposta in questione, così come di altre, ad essa fortemente affini, maturate all'interno della CGIL, si intravede nuovamente l'idea di 'lavoro economicamente dipendente': a riprova, peraltro, che il relativo concetto ha lo stesso spessore di una gomma americana, esso risulta utilizzato adesso in tutt'altra accezione, con l'obiettivo di sottoporre a regole, in linea di

[25] La p.d.l. n. 2185 (con il titolo ‹‹Norme per il superamento del lavoro precario›) è stata presentata alla Camera dei deputati il 29 gennaio 2007 ed ha un contenuto molto ampio ed articolato, di cui nel testo si prende in considerazione soltanto l'aspetto specificamente rilevante.

massima, identiche tutti i lavoratori che versino, appunto, in una situazione di 'dipendenza economica', ancorché la relativa prestazione sia svolta senza sottoposizione a quelle direttive puntuali e controlli costanti, solitamente richiesti dalla giurisprudenza per riconoscere il carattere subordinato del rapporto di lavoro. Può ricordarsi in proposito che simile obiettivo, già ben percepibile fra le righe della proposta di legge di iniziativa popolare promossa dalla Cgil nel 2003 ‹‹per l'unificazione dei diritti nelle prestazioni continuative››, è stato fatto proprio dalla maggiore confederazione sindacale ancor più chiaramente al Congresso di Rimini del 2006, nella cui tesi n. 5 si legge infatti che ‹‹la Cgil propone un concetto allargato della dipendenza economica, attraverso una ridefinizione di lavoratore 'economicamente dipendente' cui far corrispondere l'equiparazione dei diritti, delle tutele e dei costi cui deve far fronte l'impresa››.

Non importa, in questa sede, discutere del grado di convinzione e di consapevolezza con cui simili idee sono state sostenute in ambito sindacale: rileva piuttosto soffermarsi ancora sul criterio enfatizzato, per cercare di comprendere sino a che punto esso voglia essere ‹‹allargato››. Indipendentemente dalla (piena) coincidenza o meno con le proposte sindacali, indicazioni chiarissime al riguardo si rintracciano nel progetto Alleva. L'obiettivo, in esso riconoscibile, di andare oltre la tradizionale concezione della subordinazione/eterodirezione è sicuramente condivisibile: meno convincenti appaiono però le soluzioni tecniche prefigurate (ed anche le ipotizzabili ricadute sociali dell'assetto normativo prefigurato). Va preliminarmente osservato, in proposito, che il progetto in esame, gettando in qualche modo il cuore oltre l'ostacolo, comporterebbe la scomparsa del tipo contrattuale 'lavoro subordinato', destinato ad essere assorbito, unitamente alle collaborazioni coordinate e continuative, nell'unitaria figura del 'contratto di lavoro'[26]. Non si tratta di mere sfumature semantiche: le parole utilizzate per definire il nuovo tipo contrattuale, al contrario, trovano svolgimenti normativi conseguenti, dal momento che nel contenitore unitario sarebbero destinati a confluire non soltanto gli attuali rapporti di lavoro subordinato, ma anche tutte le collaborazioni coordinate e continuative, ivi comprese quelle a progetto: coerentemente, infatti, si prevede l'abrogazione della disciplina di cui agli artt. 61-69 del d.lgs. n. 276/2003. Con il lavoro a progetto, dunque, la proposta Alleva non evita affatto di confrontarsi: lo fa, anzi, in maniera fin troppo radicale, evidentemente scontando il presupposto implicito della natura, sempre e comunque, fraudolenta dell'insieme delle collaborazioni. Oggi più di ieri, è ben vero, si dispone di ricerche empiriche (Speziale, 2007, 52, 63) da cui risulta il carattere tutt'altro che peregrino del sospetto alla base di quel presupposto implicito[27]. Ciò non toglie che, guardando alle sue ricadute socio-economiche, il progetto Alleva comporterebbe la riduzione del lavoro autonomo genuino, a parte le libere professioni, a quello reso nella tradizionale forma del contratto d'opera: identificando *tout court* le collaborazioni coordinate e continuative con il falso lavoro autonomo e, dunque, esponendosi anch'esso alla critica, già rivolta all'impostazione alla base della disciplina del lavoro a progetto, di non saper cogliere l'eterogeneità delle odierne forme di espressione del lavoro autonomo (Perulli, 2006a, 742; in senso analogo cfr. Speziale, 2007, 64).

---

[26] Nella versione originaria si parlava di 'contratto di lavoro per conto terzi': v. *infra*, nt. 29.

[27] In tal senso sembrano deporre, da ultimo, anche i dati ricavabili da un recente rapporto (Isfol, 2007), che ha indagato sulla distanza fra la forma e la sostanza dei rapporti di lavoro attivati nella c.d. 'zona grigia'.

La proposta Alleva, in secondo luogo, in qualche misura contraddittoriamente rispetto alle premesse, continua a dare rilievo eccessivo all'eterodirezione, con la conseguenza che essa non si limiterebbe a comportare il ‹‹riconoscimento di un rapporto unico, sia pure con una possibile interna articolazione di modalità di esecuzione››[28], riflettendosi quest'ultima in una parallela articolazione di discipline applicabili, dalle implicazioni assai poco persuasive (e per certi versi preoccupanti: basti pensare all'indeterminatezza delle regole in materia di orario di lavoro che ne discenderebbe). Le controindicazioni e le forzature riconoscibili nella versione originaria della proposta, insomma, appaiono attenuate, ma non completamente superate[29].

Senza indugiare in ulteriori rilievi tecnici, infine, resta un'obiezione essenziale: la circostanza che la proposta intenda superare la fattispecie definitoria del contratto di lavoro subordinato, attraverso l'introduzione nel codice civile di un nuovo testo dell'art. 2094, implica, sul piano logico, che l'attuale art. 2094 riguardi davvero soltanto il lavoro eterodiretto; comporta, in altre parole, un implicito riconoscimento della correttezza dell'opinione dottrinale e giurisprudenziale dominante, incentrata sull'equiparazione subordinazione/eterodirezione. Proprio questo, invece, sarebbe il nodo teorico da sciogliere, non soltanto *pro futuro*, ma anche per il passato e per il presente: verificando, in altre parole, se non sia possibile, già oggi, accedere ad una diversa interpretazione della nozione giuridica di lavoro subordinato scolpita nell'art. 2094 cod. civ.

La proposta Alleva, in definitiva, pur apprezzabile nei suoi obiettivi di fondo, in particolare nello sforzo di superamento di concezioni tanto radicate, quanto obsolete, del lavoro subordinato, presenta elementi di squilibrio, ad un tempo, per eccesso e per difetto. Prima di provare ad illustrare come le questioni sottostanti potrebbero essere più adeguatamente affrontate, vale la pena, peraltro, di aprire una parentesi ed accennare ad una vicenda, che testimonia in maniera esemplare le ricadute (giuridicamente e) socialmente inaccettabili della visione tradizionale della subordinazione.

## 3. Una vicenda esemplare: la circolare sul lavoro a progetto nei call center.

I *call center* sono da tempo al centro dell'attenzione degli studiosi del mercato del lavoro, proprio perché costituiscono una rappresentazione plasticamente evidente di quelle problematiche analizzate nelle pagine che precedono in termini teorici. Le relative attività d'impresa, in effetti, hanno potuto diffondersi e svilupparsi, avvalendosi in ampia misura di personale a basso costo, in quanto privo delle tutele del lavoro subordinato e confinato nella c.d. 'zona grigia': esse, in altre parole, ‹‹hanno dato luogo alla più massiccia concentrazione di collaborazioni coordinate e continuative, poi a progetto, che il nostro mercato del lavoro abbia mai registrato in un singolo settore merceologico›› (Marazza, 2007, 329; v. anche Di Bella, 2007, 1461). Non stupisce, dunque, che del lavoro nei *call center* si sia occupata una ben nota circolare ministeriale, animata

---

[28] Sono parole della relazione illustrativa.

[29] Nella sua formulazione originaria, come si ricorderà, il progetto Alleva prevedeva la confluenza del lavoro subordinato/eterodiretto e di quello coordinato/autodeterminato in un unico contenitore, rappresentato da uno schema contrattuale comune alle due ipotesi (il c.d. 'contratto di lavoro per conto terzi'), con un effetto legale ordinario, costituito dall'assoggettamento della prestazione lavorativa alle direttive del datore di lavoro (ovvero dalla subordinazione nella sua accezione tradizionale), ed un effetto legale secondario od opzionale che dir si voglia, che sarebbe potuto conseguire soltanto alla stipulazione di un apposito patto scritto derogatorio, a fronte del quale la subordinazione sarebbe venuta meno per cedere il passo ad una ‹‹collaborazione continuativa›› caratterizzata da una prestazione resa ‹‹secondo modalità esecutive determinate dallo stesso lavoratore››. L'astrattezza concettuale del patto in deroga risulta ora, in qualche modo, sfumata, ancorché tracce evidenti dell'impostazione iniziale si ritrovino nel terzo comma del nuovo art. 2094 cod. civ. (di cui all'art. 2 della proposta di legge del gennaio 2007).

dall'obiettivo, di per sé lodevole, di indicare criteri atti a mantenere (o, più verosimilmente, a ricondurre) nell'alveo della legalità le politiche di gestione del personale ivi praticate: criteri sulla cui adeguatezza è necessario ora soffermare l'attenzione.

Già fatta oggetto di svariati commenti di diversa intonazione (Bavaro, 2007; Di Bella, 2007; Marazza, 2007; Perulli, 2006a), la circolare del ministero del lavoro n. 17/2006 merita infatti di essere ripresa in considerazione, dal momento che, a prescindere dalle sue ricadute applicative nello specifico settore, è possibile scorgervi in filigrana la riproposizione di orientamenti, dal cui mancato superamento dipende l'artificioso rigonfiamento della 'zona grigia' fra autonomia e subordinazione. Com'è noto, la circolare ammette la legittimità dell'impiego di collaboratori a progetto nei *call center*, previa distinzione fra attività *in bound* (svolte da operatori che rispondono alle chiamate dell'utenza del servizio), da effettuarsi in regime di subordinazione, e attività *out bound*, che comportano l'impegno del ‹‹collaboratore … di rendersi attivo nel contattare, per un arco di tempo predeterminato, l'utenza di un prodotto o servizio riconducibile ad un singolo committente››, e potrebbero essere svolte, nel rispetto di determinate condizioni, in regime di autonomia.

Sulla qualificazione del rapporto degli operatori *in bound*, per la verità, la circolare si limita a poche, laconiche e sbrigative, affermazioni: già comunque sufficienti, peraltro, per intuire la concezione, tanto arcaica, quanto astratta, del lavoro subordinato che ne costituisce la fonte d'ispirazione. È evidentemente una concezione del genere, infatti, che permette di sostenere che si abbia senz'altro lavoro subordinato nei *call center* (solo) a fronte delle attività *in bound*, perché svolte da lavoratori che si limiterebbero a mettere a ‹‹disposizione del datore di lavoro le proprie energie psicofisiche …›››: come se la caratteristica del lavoratore subordinato fosse quella di erogare un'attività purchessia e non fosse invece vero che anche i lavoratori subordinati sono tenuti allo svolgimento di una prestazione che comporti, per il datore di lavoro, un risultato utile a fini produttivi.

La medesima concezione, d'altra parte, si manifesta ancor più chiaramente, ma con implicazioni pratiche assai più gravi, allorché si tratta di mettere a fuoco gli elementi che caratterizzerebbero l' 'autonomia' degli operatori *out bound*: tutti incentrati, in un modo o nell'altro, sulla presunta libertà di autodeterminazione dei tempi di lavoro. Nell'ottica della circolare, in effetti, il nodo dell'orario di lavoro rileva da un duplice punto di vista. Per un verso, infatti, risulta enfatizzata la circostanza che gli operatori (autonomi) *out bound* avrebbero la ‹‹possibilità di autodeterminare il ritmo di lavoro››: come se il lavoro subordinato dovesse necessariamente coincidere con quello dell'operaio alla catena di montaggio e non esistesse invece una moltitudine di lavoratori pacificamente subordinati, ancorché non sottoposti a rigida predeterminazione dei ritmi produttivi. Per altro verso, ed è questo evidentemente l'argomento di cruciale rilievo (anche perché vi si può avvertire l'eco di un criterio condiviso dal progetto di *Carta dei diritti*: v. *supra*, § 2.2.), l'autonomia dell'operatore *out bound* andrebbe riconosciuta, a condizione che egli non sia ‹‹soggetto ad alcun vincolo di orario››[30]: il che, in particolare, dovrebbe comportare che egli sia libero di eseguire o meno la prestazione lavorativa, di scegliere in quali giorni effettuarla, a che ora iniziare la prestazione giornaliera e quando cessarla, e così via continuando nella descrizione di un'organizzazione

[30] Tutte le citazioni sono tratte dalla circolare n. 17/2006.

del lavoro la cui aderenza alla realtà non si può fare a meno di apprezzare con qualche scetticismo.

I contenuti della circolare, in effetti, potrebbero essere contestati già da un punto di vista meramente fattuale: osservandosi, in primo luogo, che essa non si rappresenta l'eventualità, tecnicamente senz'altro possibile, che il medesimo lavoratore sia impiegato vuoi per rispondere alle chiamate dell'utenza, vuoi per promuovere specifiche campagne pubblicitarie[31]; aggiungendosi, in secondo luogo, che essa tratteggia i contorni di un'organizzazione d'impresa inverosimile: a fronte della quale si dovrebbe supporre che il titolare di un *call center* possa assolvere l'impegno, contrattualmente assunto nei confronti del proprio committente, di gestire, solo per fare un esempio, la campagna promozionale di un determinato prodotto mediante contatti telefonici quotidiani nell'arco di due mesi, affidandosi a collaboratori così volatili come quelli descritti dalla prosa della burocrazia ministeriale, liberi di eseguire o meno la propria prestazione e, quindi, al limite di concentrarla tutti nella settimana finale del periodo concordato con il committente (con evidente effetto di perdita di efficacia della campagna medesima)[32].

La sottolineatura dell'assenza di vincoli di orario di lavoro, in altre parole, a dispetto della proclamata intenzione di contrastare l'impiego di finto lavoro autonomo, si presta obiettivamente ad incoraggiare il persistente ricorso a ben collaudate prassi elusive, già ampiamente sperimentate (non solo nel settore dei *call center*) prima che le collaborazioni coordinate e continuative utilizzate da pretesi 'committenti' transitassero, con caratteristiche fattuali immutate, nel nuovo schema legale del lavoro a progetto. È a tutti noto, infatti, che l'*escamotage* tecnico, attraverso cui si cercava di sostenere la genuinità delle collaborazioni coordinate e continuative attivate, consisteva nella predisposizione di un contratto di lavoro scritto, caratterizzato da clausole di stile, ove si affermava da una parte che 'le prestazioni oggetto dell'accordo sono rese senza alcun assoggettamento a direttive impartite dall'azienda' (con l'evidente obiettivo di esorcizzare il criterio principale di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato, tradizionalmente identificato con l'eterodirezione); dall'altra che 'il collaboratore non è soggetto a vincoli di orario' (in maniera tale da ostacolare, in caso di successiva controversia, ogni possibilità di riferimento ad uno degli indici più valorizzati dalla giurisprudenza ai fini dell'accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro).

È altamente probabile che prassi del genere, a fronte dei, sia pur involontari, 'suggerimenti' della circolare ministeriale, continueranno ad essere diffusamente utilizzate; è pacifico, d'altra parte, che esse potranno sempre essere contrastate, sia pure soltanto *ex post* e nei casi singoli, nelle aule giudiziarie, ove sarà sempre possibile dimostrare l'eventuale discordanza fra dichiarazioni

---

[31] Il problema della qualificazione del rapporto in casi del genere, anche volendo attenersi ai criteri indicati dalla circolare, appare davvero di ardua soluzione. Né pare convincente rifugiarsi in *corner*, tenuto conto che, ‹‹nella realtà, il lavoro *in bound* e *out bound* non sempre ha confini precisi››, appellandosi al generico ‹‹criterio dell'attività prevalente›› (Di Bella, 2007, 1462).

[32] La realtà dei *call center*, in effetti, è ben diversa e la stessa circolare ne è ben consapevole, dal momento che ammette che il contratto di lavoro a progetto possa stabilire fasce orarie di svolgimento della prestazione dell'operatore *out bound*; specifica che il committente finale della singola campagna promozionale è individuato (ovviamente, verrebbe da dire) dal gestore del *call center*, al quale spetta anche di stabilire la durata della campagna, il tipo di attività richiesta al collaboratore (promozione, vendita, sondaggi ecc.), persino la tipologia della clientela da contattare; vi è altresì prevista la possibilità di concordare (*sic*!) fra le parti la presenza di un assistente di sala: completandosi, in tal modo, la descrizione di un'organizzazione non distinguibile da quelle operanti mediante l'impiego di lavoro subordinato.

negoziali e realtà fattuale del rapporto. Non è questo, tuttavia, il punto dirimente. La circolare del ministero del lavoro ed il criterio dell'assenza di vincoli d'orario, infatti, meritano di essere presi sul serio[33]: per contestare l'adeguatezza del criterio in parola, quand'anche rispondente alle effettive modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, a fungere da indicatore dell'esistenza di un genuino contratto di lavoro a progetto e, più in generale, la sua utilizzabilità come spartiacque fra autonomia e subordinazione.

Spostando, dunque, com'è necessario fare, la discussione su un piano teorico-astratto, va preliminarmente osservato che la circolare ignora i risultati cui sono pervenuti gli studi organizzativi, stando ai quali ‹‹un progetto si distingue da un processo produttivo non soltanto per l'elevata complessità … e per la temporaneità, ma anche per la sua unicità e incertezza›› (Reyneri, 2006b, 12 s.). Il lavoro a progetto, in altre parole, ‹‹non dovrebbe essere usato per svolgere prestazioni tipiche dell'impresa committente, ma soltanto per compiti accessori, transitori o sperimentali›› (Reyneri, 2006b, 13): se è vero, dunque, che lo svolgimento di campagne promozionali costituisce 'produzione' tipica di un *call center* (non diversamente da come le autovetture identificano il risultato produttivo caratterizzante un'impresa del settore automobilistico, per realizzare il quale nessuno s'è mai sognato di prospettare l'impiego di lavoratori a progetto), basterebbero le indicazioni della letteratura economico-organizzativa per escludere che gli addetti ad un *call center*, ancorché *out bound*, possano legittimamente essere impiegati come collaboratori a progetto[34].

Da un punto di vista più strettamente giuridico, d'altronde, va decisamente ridimensionata la circostanza che il lavoratore sia sottoposto, o meno, ad un rigido coordinamento temporale della propria prestazione, su cui continua ad insistere, per riconoscervi un connotato peculiare delle collaborazioni autonome, gran parte della dottrina giuslavoristica[35]. Non dovrebbe essere trascurato, infatti, in primo luogo che, sulla scorta della pertinente direttiva comunitaria, l'attuale disciplina dell'orario di lavoro riconosce, fornendone un'elencazione non tassativa, l'esistenza di ‹‹lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi›› (art. 17, comma 5, d.lgs. n. 66/2003), senza che ciò costituisca ragione di negare la natura subordinata dei relativi rapporti (ma soltanto di adattamento delle regole generali in materia di orario). Più in generale, bisognerebbe saper superare la contraddizione fra l'enfatizzazione del post-fordismo e l'incapacità di visualizzare le nuove forme di manifestazione del lavoro subordinato: occorrerebbe, in effetti, trarre tutte le necessarie conseguenze dall'osservazione del reale, prendendo atto che in determinate organizzazioni produttive l'esercizio del potere direttivo può risultare incorporato nella struttura stessa dell'organizzazione (senza necessità di esprimersi attraverso specifici ordini e controlli); e, per altro verso, che nelle imprese moderne, operanti attraverso l'impiego diffuso di tecnologie informatiche, la variabilità dell'impegno temporale dei lavoratori appare destinata

---

[33] Il rilievo naturalmente va esteso all'enfatizzazione del medesimo criterio riconoscibile nella *Carta dei diritti*.

[34] Le medesime indicazioni sarebbero di grande utilità per contestare il ricorso al lavoro a progetto nei settori più svariati: si pensi al caso, davvero emblematico, dell'impiego di insegnanti come collaboratori a progetto da parte delle scuole private (diffuso in maniera patologica, riguardando ormai tra il 30 e il 40 per cento degli addetti del settore: oltre 40.000 giovani docenti costretti ad accettare, secondo denunce di fonte sindacale, condizioni normative e retributive inverosimili, al solo scopo di guadagnare qualche punto in più nelle graduatorie). Per giungere alle stesse conclusioni, per la verità, sarebbe stato sufficiente tenere in più attenta considerazione la prima elaborazione giurisprudenziale in materia di lavoro a progetto, cui si deve la precisazione che il progetto dev'essere necessariamente specifico: non può essere standardizzato, né identico all'oggetto sociale del committente (Trib. Torino 5 aprile 2005, ‹‹il Lavoro nella giurisprudenza››, 2005, XIII, 7, 651 ss.).

[35] Anche quella, per altri versi, aperta e problematica: v. infatti Speziale, 2006, 64.

a costituire in misura crescente, senza per questo incidere sulla qualificazione dei relativi rapporti (ma semmai soltanto sulle tecniche di commisurazione della retribuzione, sul nesso salario-orario, da sempre al centro delle preoccupazioni della contrattazione collettiva: Roccella, 2006b), un dato strutturale dell'organizzazione della produzione (v. anche Sobczak, 2003, 321).

La distinzione fra autonomia e subordinazione, in definitiva, non può farsi persuasivamente poggiare sul generico criterio dell'assenza di vincoli di orario: dovendosi piuttosto distinguere (vale per i *call center*, ammesso che la descrizione della relativa organizzazione del lavoro tratteggiata nella circolare abbia qualche aderenza con la realtà, come per qualsiasi altro contesto in cui risulti l'impiego di collaborazioni coordinate e continuative) le situazioni in cui il ‹‹maggior grado di autodeterminazione dei tempi di lavoro›› (Speziale, 2006, 64) costituisce l'ordinario riflesso dell'autonomia organizzativa del lavoratore autonomo[36], dalle circostanze in cui esso si limita a rispecchiare esigenze e/o caratteri strutturali propri dell'organizzazione dell'imprenditore committente (o meglio datore di lavoro)[37]. Se ci si dovesse fermare alle indicazioni della circolare ministeriale, senza riuscire a cogliere le implicazioni giuridiche di questa elementare differenza fattuale, d'altra parte, sarà vana la pretesa di arginare la diffusione del finto lavoro autonomo e inevitabile ripetere, magari fra qualche anno, la sconsolata conclusione che ‹‹ambedue le coalizioni di centro-sinistra e di centro-destra hanno finito per lasciare irrisolto il problema dei collaboratori coordinati e continuativi›› (Accornero, 2006, 112)[38].

Quel problema, in effetti, non si può risolvere se non ammettendo che sono ‹‹sempre di più i lavoratori che, pur con un rapporto dipendente, hanno una piena autonomia non solo nell'esecuzione, ma anche nella definizione dei propri compiti›› (Reyneri, 2004, 1096): una platea sempre più numerosa e non necessariamente circoscritta ai 'lavoratori della conoscenza' in senso stretto. Vero è che simile conclusione resta tutt'altro che scontata, almeno nella dottrina giuslavoristica: per assumerla sarebbe necessario andare oltre la visione ricevuta dalla tradizione per sposare una diversa concezione giuridica del lavoro subordinato.

---

[36] La materia dell'orario di lavoro sembra davvero costituire inesauribile fonte di equivoci. Vale la pena di ricordare che, riflettendo sul regime dell'orario di lavoro degli autotrasportatori (subordinati e autonomi) previsto dalla direttiva 2002/15/CE, si è tratto l'ennesimo argomento 'europeo', nell'ottica dell'idea del *continuum*, per sostenere l'attuale permeabilità della linea di confine fra autonomia e subordinazione (Perulli, 2003, 266; Id., 2006b, 384). Niente di meno vero. La Corte di giustizia ha chiarito che gli autotrasportatori autonomi, proprio perché tali, non sono soggetti in generale ad alcun limite d'orario (in particolare in relazione alle attività di carattere amministrativo non direttamente legate al trasporto), la cui previsione contrasterebbe con la loro libertà d'iniziativa economica. I limiti previsti riguardano le attività direttamente legate al trasporto stradale e sono stati stabiliti in funzione di bilanciamento fra quella libertà e l'esigenza di tutela della sicurezza stradale: con una *ratio* diversa, dunque, dai limiti applicabili agli autotrasportatori che operano come lavoratori subordinati, rispetto ai quali mantiene sempre rilievo preminente anche l'obiettivo di protezione della salute degli stessi (Corte di giustizia 9 settembre 2004, cause riunite C-184/02 e C-223/02, in ‹‹Raccolta››, 2004, 7789).

[37] Nel qual caso bisognerebbe piuttosto preoccuparsi di evitare che l'astratta libertà di autodeterminazione dei tempi di lavoro non si traduca in orari di fatto concretamente dilatati a dismisura, ovvero in rinnovate forme di supersfruttamento.

[38] Estendendo magari il rilievo agli orientamenti reali dei sindacati. Non v'è spazio in questa sede per discutere dei contenuti dell'avviso comune del 4 ottobre 2006 sui *call center*, definito, in linea con le indicazioni della circolare n. 17/2006, fra Confindustria e organizzazioni sindacali (Cgil compresa). Vi si può solo accennare, come primo abbozzo di risposta all'interrogativo (v. *supra*, § 2.4.) sul grado di convinzione con cui da parte della CGIL si è sostenuta la proposta di riunificazione del lavoro alle dipendenze altrui: essendo evidente anche ad un osservatore distratto la distanza che corre fra le tesi del Congresso di Rimini e i contenuti dell'avviso comune siglato appena sei mesi dopo.

## 4. Subordinazione e autonomia nei rapporti di lavoro, oggi.

### 4.1. L'interpretazione 'costituzionalmente orientata' della nozione di lavoro subordinato e le sue ricadute nella giurisprudenza più recente.

La visione ricevuta dalla tradizione, com'è noto anche a chi non si occupa professionalmente di diritto del lavoro, riposa sull'idea di 'subordinazione giuridica'. Va osservato al riguardo, solo per spiegarsi con un esempio, che a nessun civilista verrebbe in mente di sostenere l'esistenza di una 'compravendita giuridica', lasciando implicitamente intendere che essa non coincida con la realtà materiale sottostante: a nessun civilista, in altre parole, verrebbe fatto di pensare che la fattispecie definitoria di cui all'art. 1470 cod. civ. non costituisca la formalizzazione in termini giuridici del fenomeno economico dello scambio di cosa contro prezzo. Nel diritto del lavoro, non solo da noi, si è invece voluto dare credito a questa strana sorta di sdoppiamento concettuale, in forza del quale il lavoro subordinato (per quanto ci riguarda la figura disegnata dall'art. 2094 cod. civ.) sarebbe soltanto quello sottoposto a penetrante eterodirezione, dovendosi ravvisare in questo stato di assoggettamento personale (appunto la 'subordinazione giuridica' o tecnico-funzionale che dir si voglia) la *ratio* delle tutele riconosciute dall'ordinamento.

Può darsi che questo eccesso di enfasi sull'eterodirezione, questa concezione così ristretta (sovrastrutturale, verrebbe di dire) del lavoro subordinato, incapace di riconoscere le diverse, possibili manifestazioni attraverso cui esso si è concretizzato nel corso di un ormai lungo tragitto storico (Reyneri, 2006b), dipendano dal fatto che ‹‹i giuslavoristi… hanno costruito i canoni della loro disciplina quando dominava il taylorismo›› (Reyneri, 2006a, 572). Ciò non toglie che la 'subordinazione giuridica' non ha mai dominato incontrastata il campo, essendo da tempo state prospettate (ancora una volta non solo da noi) altre ipotesi ricostruttive della nozione di lavoro subordinato. Per quanto riguarda l'ambiente giuridico italiano non è forse un caso che esse siano state riproposte, con il conforto dell'avallo della Corte costituzionale, a partire dalla metà degli anni novanta (ovvero nel bel mezzo della ripresa del dibattito sulla distinzione fra subordinazione e autonomia).

Si deve, infatti, proprio ad una pronuncia della Corte costituzionale, fondamentale quanto trascurata dagli interpreti (v. *infra*), la distinzione fra la subordinazione tecnico-funzionale (quella che, attraverso l'accertamento dell'eterodirezione, caratterizzerebbe il tipo legale del lavoro subordinato, secondo l'impostazione dominante contestata dalla Corte) e la ‹‹subordinazione in senso stretto ››, tipica ed esclusiva di quel rapporto economico-sociale cui si allude, quando si parla (nel lessico del codice civile non meno che nel linguaggio comune) di lavoro subordinato. La subordinazione in senso stretto, infatti, ovvero il lavoro ‹‹alle dipendenze›› cui si riferisce l'art. 2094 cod. civ., esprime ‹‹un concetto più pregnante e insieme qualitativamente diverso››[39] rispetto a quello che traspare dal mero riferimento all'eterodirezione. Essa, infatti, coincide con una condizione di doppia alienità del lavoratore, potendo essere riconosciuta solo quando la prestazione lavorativa si svolga nel contesto di un'organizzazione produttiva altrui ed in funzione di un risultato di cui il titolare dell'organizzazione (e dei mezzi di produzione) è immediatamente legittimato ad appropriarsi (per poi collocarlo nel mercato).

[39] Corte cost. 5 febbraio 1996, n. 30, ‹‹Rivista critica di diritto del lavoro››, 1996, V, 3, 616.

A fronte delle indicazioni della Corte costituzionale, non ci si può trattenere dal constatare che la vera 'stranezza' della discussione più recente in tema di subordinazione è sicuramente ravvisabile nell'atteggiamento della dottrina: nella sua trascuratezza, nelle sue omissioni, nei suoi silenzi, comprensibili forse (almeno per chi sia consapevole del carattere tutt'altro che neutrale dell'interpretazione giuridica), ma davvero difficili da giustificare.

Sarà vero infatti che, ‹‹nella prospettiva di una ricostruzione sistematica del modello contrattuale previsto dall'art. 2094 cod. civ., la dottrina più attenta (ha) privilegiato la considerazione della giurisprudenza e la valutazione dell'orientamento dei giudici›› (Ghera, 2006, 6). Certo è che si è trattato di un'attenzione alquanto selettiva. Fatte salve sporadiche eccezioni[40], infatti, la giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di subordinazione, con particolare riguardo alle indicazioni della sentenza n. 30/1996[41], risulta solitamente ignorata nelle analisi dottrinali o, almeno, non esplicitamente assunta come termine di confronto.

Amnesie? Rimozioni? Certo è che a proposito di subordinazione, come su ogni altra questione altamente controversa, deve ritenersi senz'altro legittimo sostenere qualsiasi posizione, fermo restando che il dibattito sarebbe reso più agevole ove si tenesse presente l'avvertenza (la si chiami pure, se si preferisce, cautela metodologica) di non obliterare i punti di vista diversi dal proprio: a più forte ragione allorché il punto di vista diverso proviene da un pulpito non propriamente irrilevante, come quello della Corte costituzionale. Volendo richiamare, ad esempio, una delle più recenti ed emblematiche rivisitazioni del tema, si potrebbe, dunque, di per sé fare anche a meno di criticare la posizione di chi ritiene ‹‹pienamente condivisibile … l'orientamento giurisprudenziale largamente maggioritario››, fondato sull'equiparazione fra subordinazione ed eterodirezione; preoccupandosi, magari, poi di aggiungere che ‹‹non rilevano tanto l'effettività e l'attualità delle istruzioni impartite dal creditore della prestazione, quanto la loro potenzialità … , la permanente disponibilità del lavoratore, contrattualmente sancita, di seguire le sia pur potenziali istruzioni›› (De Luca Tamajo, 2005, 470, 474). Non ci sarebbe, insomma, nulla da replicare a chi si accontenta di rappresentare la subordinazione come un'araba fenice: salvo, forse, prospettare il dubbio che una concezione del genere, a prescindere dalle intenzioni di chi la propugna, rischia di risultare obiettivamente funzionale ad agevolare la diffusione di quegli *escamotages* fraudolenti nella gestione dei rapporti di lavoro, cui si è in precedenza fatto riferimento[42].

Non ci sarebbe nulla da contestare, a parte la parzialità dell'argomentazione, che porta a considerare ‹‹evanescente la possibilità – oggetto di ricorrenti proposte – di forgiare la fattispecie tipica del diritto del lavoro mediante ricorso a dati di soggezione socio-economica, con particolare riferimento all'estraneità del lavoratore rispetto ai mezzi di produzione e al risultato›› (De Luca Tamajo, 2005, 469 s.): trascurando di ricordare che la più autorevole fra tali proposte ricorrenti è proprio quella delineata dalla Corte costituzionale nella sua interpretazione dell'art. 2094 cod. civ. incentrata, anziché sull'eterodirezione, sulla dipendenza (intesa come doppia alienità, nel senso di cui si è detto).

---

[40] Per riferimenti in proposito v. Roccella, 2007, 140.

[41] La pronuncia n. 30/1996, in realtà, costituisce il passaggio centrale di una più ampia elaborazione, sviluppata dalla Corte in un breve volgere di anni. Sui nessi che legano le diverse sentenze della Corte costituzionale in materia v. Roccella, 2005, 39 ss.

[42] Dovrebbe essere evidente infatti che, a fronte di attività lavorative rispetto alle quali l'eventualità di esercitare *in concreto* il potere direttivo sia ragionevolmente residuale, sarebbe sin troppo facile sostenere il carattere autonomo del rapporto dopo aver tempestivamente provveduto ad escludere anche *in astratto* (ovvero con apposita clausola inserita nel contratto di lavoro) che il rapporto di lavoro sia destinato a svolgersi con assoggettamento al potere direttivo del (preteso) committente.

A guardar bene, peraltro, assunti del genere appaiono non condivisibili, ancor più che per le omissioni della costruzione in funzione della quale risultano impiegati, per i fraintendimenti che emergono dal contesto complessivo del ragionamento. La polemica con la concezione c.d. socio-economica della subordinazione, infatti, sarebbe di per sé ineccepibile, purché si sia consapevoli che essa si limita a colpire un bersaglio fin troppo facile, evitando di misurarsi con l'alternativa concettuale reale. È sicuramente vero, in altre parole, che ‹‹la debolezza economica descrive… situazioni economiche che, essendo necessariamente personali e quindi variabili, non possono essere assunte a elemento che definisce un insieme indeterminato›› (Persiani, 2005, 12). L'affermazione è sicuramente vera, ma resta comunque non pertinente: non utilizzabile, in particolare, per contrastare l'idea di ‹‹subordinazione in senso stretto›› patrocinata dalla Corte costituzionale, dal momento che essa non si fonda affatto su un generico criterio, di approssimativa matrice sociologica, di dipendenza (o debolezza) economica, quanto piuttosto sull'individuazione della *ratio* protettiva del diritto del lavoro in un tratto *specifico* di inferiorità socio-economica dell'una rispetto all'altra parte del rapporto, riconoscibile in tutta l'area (pur socialmente non omogenea) del lavoro subordinato e tale da accomunare tutte le categorie di lavoratori che in essa gravitano (dall'operaio al dirigente).

Bisognerebbe riflettere più a fondo, in definitiva, sulle implicazioni di tale tratto specifico di inferiorità socio-economica, ovvero, per usare ancora le parole della Corte, sulla circostanza che, sussistendo la più volte evocata condizione di doppia alienità, ‹‹la subordinazione non è semplicemente un modo di essere della prestazione dedotta in contratto, ma è una qualificazione della prestazione derivante dal tipo di regolamento di interessi prescelto dalle parti con la stipulazione di un contratto di lavoro, comportante l'incorporazione della prestazione di lavoro in un'organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo, essendo costituita per uno scopo in ordine al quale egli non ha alcun interesse… giuridicamente tutelato››[43].

Le parole della Corte costituzionale andrebbero davvero attentamente soppesate. Proprio perché la ‹‹subordinazione in senso stretto››, ovvero la condizione di doppia alienità in cui opera il lavoratore subordinato, rappresenta nient'altro che la formalizzazione in termini giuridici del rapporto economico-sociale sottostante, è da escludere, infatti, che essa risulti fondata su ‹‹dati … mutevoli e contingenti e, come tali, troppo esposti a soggettive valutazioni discrezionali›› (De Luca Tamajo, 2005, 470). Questo, semmai, è proprio l'appunto che si potrebbe muovere nei confronti della concezione tecnico-funzionale della subordinazione: come le multiformi, e incessanti, oscillazioni di dottrina e giurisprudenza in tema di eterodirezione dell'attività lavorativa ampiamente testimoniano.

L'accoglimento dell'interpretazione dell'art. 2094 cod. civ. in chiave di doppia alienità, in altri termini, schiuderebbe credibilmente la possibilità di ricostruire la fattispecie fondamentale del diritto del lavoro ‹‹in piena adesione con le ragioni giustificatrici della tutela››[44] riconosciuta dall'ordinamento, permettendo di colmare la frattura fra norma giuridica e realtà sociale indotta dagli schemi valutativi propri dell'ortodossia dominante.

---

[43] Corte cost. 5 febbraio 1996, n. 30, cit., 616.

[44] La citazione è tratta da De Luca Tamajo, 2005, 470 (che peraltro, com'è ovvio, riferisce l'affermazione alla subordinazione tecnico-funzionale, stante il suo attaccamento all'idea che le tutele lavoristiche si giustificherebbero solo in quanto appese a quello che altri ha sapidamente definito ‹‹il gancio sbagliato›› dell'eterodirezione: Alleva, 2006, 220).

L'interpretazione 'costituzionalmente orientata' della nozione di lavoro subordinato, oltre tutto, comporta il rilevantissimo vantaggio di consentire di affrontare la questione della qualificazione dei rapporti di lavoro in forza di un criterio unitario di distinzione fra autonomia e subordinazione, che si presta ad una generalizzata applicabilità con riferimento alle più disparate situazioni concrete. Se essa si fosse radicata nella nostra cultura giuridica, ad esempio, sarebbe stato alquanto improbabile, per ritornare ai contenuti della circolare ministeriale del giugno 2006, ipotizzare che una certa tipologia di addetti ai *call center* possa essere legittimamente impiegata previa stipulazione di un contratto di lavoro autonomo a progetto: essendo agevolmente, e tipicamente, riconoscibile in qualsiasi lavoratore del settore la condizione di doppia alienità, sufficiente per escludere il carattere autonomo del relativo rapporto di lavoro; né sarebbe più consentito scrivere a cuor leggero, con riguardo all'operato di quegli ispettori del lavoro che hanno accertato la natura subordinata del rapporto di lavoro degli operatori di *call center*, di ‹‹accertamenti ispettivi evidentemente mossi dalla determinazione di far prevalere logiche sociali su quelle giuridiche›› (Marazza, 2007, 331; *contra* Roccella 2006b).

Dopo un decennio di immobilismo, peraltro, qualcosa sembra cominciare a muoversi. Va innanzi tutto registrato sul piano dottrinale un tardivo, ma comunque apprezzabile, riconoscimento nei confronti delle posizioni che si muovono nel solco delle indicazioni della Corte costituzionale: considerate adesso, da parte di chi pur continua a restare legato a tutt'altra prospettiva teorica, come le più adeguate qualora si volesse davvero perseguire l'obiettivo di sopprimere ‹‹con un colpo di forbice … la zona grigia tra autonomia e subordinazione›› (Pessi, 2007, 23). Deve, in secondo luogo, soprattutto prendersi atto che quelle indicazioni cominciano a far breccia nella giurisprudenza di legittimità, avendole la Cassazione fatte proprie in due occasioni recenti, dapprima ancora con qualche timidezza[45], successivamente in termini di inequivocabile chiarezza: essendosi in altre parole finalmente ammesso, con espresso richiamo della giurisprudenza costituzionale, che la ‹‹subordinazione in senso tecnico›› coincide ‹‹in ragione del disposto dell'art. 2094 cod. civ. con quella che è stata definita 'doppia alienità'››[46].

Un varco pare dunque essersi aperto nel muro dell'immodificabilità degli orientamenti giurisprudenziali, intaccando quello che sino a ieri poteva apparire come un dato di fatto insuperabile[47]. Per evitare sempre possibili ripensamenti e retromarce, quel varco andrebbe allargato sino in fondo, attraverso un intervento legislativo di consolidamento dell'orientamento della Corte costituzionale. Non si tratterebbe di introdurre nel sistema una nuova nozione di lavoro subordinato[48], men che meno una fattispecie onnicomprensiva di contratto di lavoro, ma di effettuare una leggera operazione di restauro manutentivo dell'attuale art. 2094 cod. civ.: disegnando una norma di interpretazione autentica di quella codicistica, atta ad incentrare, al di là di ogni ragionevole dubbio, il criterio di qualificazione del relativo tipo contrattuale sulla dipendenza (da in-

---

[45] Cass. 9 ottobre 2006, n. 21646, ‹‹Rivista giuridica del lavoro››, 2007, LVIII, 2, p. II, 144 ss., su cui v. Roccella, 2007.

[46] Cass. 16 gennaio 2007, n. 820, ‹‹Rivista giuridica del lavoro››, 2007, LVIII, 4, p. II, 654 ss.

[47] Si noti che anche sull'accettazione, sia pure rassegnata ed a malincuore, di quel dato la proposta Alleva fonda uno dei suoi presupposti: Alleva, 2006, 218 s.

[48] Non una norma dai contenuti nuovi, dunque, dal momento che resta condivisibile quanto affermato, sia pure in altro contesto argomentativo, a proposito della ‹‹'tenuta' della definizione offerta dall'art. 2094 cod. civ., la quale mantiene la sua efficienza interpretativa per l'attitudine a fungere da contenitore di una pluralità di figure sociali e professionali di lavoratori dipendenti e a ricomprendere le molteplici e diversificate possibilità e modalità attuative dell'obbligo lavorativo…›› (Ghera, 2006, 25; cfr. Id., 2003, 60 s.).

tendersi nel senso specifico di cui si è detto), con contestuale ridimensionamento dell'eterodirezione, il cui rilievo andrebbe colto (come già oggi dovrebbe essere: v. art. 2104, 2° comma, cod. civ.) più propriamente ed esclusivamente sul piano degli effetti conseguenti ad una qualificazione già operata.

L'intervento del legislatore, in particolare, dovrebbe servire a dissipare i troppi equivoci che continuano ad addensarsi attorno alle nozioni giuridiche di autonomia e subordinazione. È evidente ad esempio che, alludendo ad ‹‹una sostanziale ed effettiva autonomia nell'esecuzione della prestazione››, la circolare sui *call center* incorpora un'accezione debole di autonomia; quando invece, nel tracciare la linea di discrimine fra lavoro subordinato ed autonomo, non dovrebbe mai essere oscurata la fondamentale distinzione tra autonomia tecnico-esecutiva, che già adesso è propria anche di ampie fasce di lavoro subordinato (come risulta dagli schemi classificatori dei contratti collettivi a partire da un certo livello d'inquadramento) e sempre più appare destinata a caratterizzarlo in parallelo col mutamento degli assetti tecnologico-organizzativi, ed autonomia economico-organizzativa: la quale comincia esattamente laddove finisce il lavoro subordinato (dotato o meno di autonomia tecnico-esecutiva) e costituisce ancora oggi, pur a fronte di un mercato del lavoro più fluido e disomogeneo, il vero tratto distintivo del lavoro autonomo, anche quando esso si manifesta in forme diverse da quelle tradizionali e più agevolmente riconoscibili.

Resta solo da chiarire, a questo punto, quali pesci sarebbero destinati a rimanere impigliati nella rete di una disciplina legale come quella che si è tratteggiata.

### 4.2 Una nuova disciplina legale per il lavoro autonomo 'debole'.

Certamente tutti quelli che contribuiscono ad alterare le statistiche sull'occupazione, in particolare rigonfiando artificiosamente la dimensione di quella autonoma nel nostro mercato del lavoro: quei falsi lavoratori autonomi, che già oggi dovrebbero essere ricondotti all'area del lavoro subordinato, ove di quest'ultimo non persistesse, negli orientamenti dominanti, una concezione impropria ed asfittica. L'operazione di risistemazione normativa, d'altra parte, non implicherebbe in alcun modo un'annessione forzosa all'area in questione di rapporti di lavoro che, in assenza della condizione di doppia alienità tipica ed esclusiva del lavoro subordinato, non avrebbero alcun titolo per esservi ricompresi e beneficiare delle tutele conseguenti: essa, in altre parole, deve restare rigorosamente legata all'obiettivo di impedire la diffusione della frode nel mercato del lavoro, di cui l'impiego di falso lavoro autonomo costituisce uno degli aspetti, socialmente ed economicamente, più deprecabili; senza accedere ad ‹‹una lettura omnipervasiva della subordinazione che tende a inglobare in essa ogni forma di lavoro›› (Santoro Passarelli, 2004, 568).

Per quanto apparentemente ovvio, l'assunto merita di essere ribadito. Se l'intervento prefigurato vuole restare nel quadro delle indicazioni della Corte costituzionale, in effetti, esse vanno assunte nella loro interezza, senza forzature che provocherebbero inevitabili reazioni di rigetto. Vale la pena di ricordare allora che la stessa Corte, che pure del lavoro subordinato mostra di avere un'idea profonda ed aderente alla realtà del rapporto economico-sociale sottostante, non esclude affatto che il lavoro autonomo possa esprimersi attraverso modelli differenziati: diversamente non si spiegherebbe l'affermazione che (ovviamente quando non servano per occultare

lavoro subordinato) le collaborazioni coordinate e continuative, o rapporti di lavoro parasubordinato che dir si voglia, ‹‹restano nell'area del lavoro autonomo››[49].

Dovrebbe essere più chiaro, a questo punto, perché il progetto sulla c.d. riunificazione del lavoro alle dipendenze altrui presenti elementi di squilibrio (in questo caso per eccesso). La proposta Alleva infatti non ignora sicuramente la giurisprudenza costituzionale ed anzi, apparentemente, assume l'idea che la *ratio* di imputazione delle tutele lavoristiche sia da identificare nella condizione di doppia alienità messa a fuoco dalla Corte; alla fine, peraltro, non riesce ad evitare l'approdo ad una più lata, ed indistinta, idea di dipendenza economica[50], da cui logicamente discende anche la riconduzione alla nuova ed unitaria fattispecie del contratto di lavoro di tutto il lavoro autonomo reso secondo lo schema della collaborazione coordinata e continuativa.

Sarebbe più appropriato e convincente, viceversa, che il legislatore, così come ha saputo fare nell'area del lavoro subordinato diversificando le discipline applicabili, prenda atto dei caratteri disomogenei dell'odierno lavoro autonomo (Reyneri, 2006, 573), per riservare tutele specifiche ad una parte di esso. Preliminarmente, peraltro, occorrerebbe individuare una *ratio* unitaria delle tutele in questione, ovvero risolvere in termini sufficientemente stringenti quel problema della fattispecie, che si è profilato sinora come un ostacolo insuperabile. Quando si ipotizza di affidare alla contrattazione collettiva il compito di determinare le nozioni di ‹‹ debolezza contrattuale ›› o di ‹‹ dipendenza economica ›› (Santoro Passarelli, 2004, 569) che dovrebbero costituire l'elemento identificativo dell'area di rapporti di lavoro autonomo oggetto di specifica attenzione da parte del legislatore, implicitamente si ribadisce, in fondo, la difficoltà dell'operazione normativa: sovraccaricando oltretutto la contrattazione di funzioni che non sembra opportuno sottrarre al legislatore, cui dev'essere lasciata la responsabilità di isolare il *quid pluris*, che giustifica l'attribuzione di tutele aggiuntive e differenziali rispetto a quelle riconosciute al lavoro autonomo tradizionalmente inteso[51].

I criteri cui si è più fatto riferimento nella discussione in materia, allo scopo di dare maggiore concretezza all'idea di dipendenza economica (del lavoratore autonomo), in particolare quello della monocommittenza e del rapporto tra corrispettivo percepito e reddito complessivo (Perulli, 2006b, 384; Speziale, 2006, 54), per un verso o per l'altro non convincono. La monocommittenza, innanzi tutto (Altieri, 2006, 44 s.), ovviamente quando non rappresenti un indice, utilizzabile insieme ad altri nelle aule giudiziarie ai fini dell'accertamento della reale natura subordinata del rapporto instaurato tra le parti, di per sé nulla dice sulla 'dipendenza economica' del lavoratore autonomo. Essa, infatti, non esprime un criterio di carattere generale ed astratto, ma soltanto una condizione di mero fatto, oltre tutto costantemente reversibile e, comunque, di per sé non imputabile al committente. Diverse considerazioni potrebbero farsi solo qualora un vincolo di monocommittenza fosse inserito nel contratto di lavoro: di ipotesi del genere potrebbe e dovrebbe senz'altro occuparsi il legislatore, peraltro limitandosi a colpire l'abuso con il divieto di

---

[49] Da notare che la Corte si è espressa al riguardo proprio con una sentenza coeva alla sua giurisprudenza in tema di subordinazione: Corte cost. 24 luglio 1995, n. 365, ‹‹Giurisprudenza costituzionale››, 1995, XL, 2708.

[50] Non è forse un caso che nella relazione illustrativa del progetto di legge la giurisprudenza della Corte non venga mai espressamente richiamata.

[51] Alla contrattazione, semmai, potrebbero più persuasivamente essere affidate funzioni di adattamento degli effetti stabiliti dal legislatore in relazione ad una qualificazione del rapporto di lavoro già dallo stesso definita, ovvero di integrazione delle discipline prefigurate a tutela del lavoro autonomo 'debole'.

stipulazione di patti di monocommittenza e la sanzione di nullità per quelli eventualmente stipulati, grosso modo nello stesso ordine di idee riconoscibile nell'art. 9, 3° comma, della legge sulla subfornitura (legge 18 giugno 1998, n. 192).

Non a caso, del resto, la legge spagnola del luglio 2007 ha evitato di riconoscere nella monocommittenza il tratto caratterizzante del 'trabajador autonomo economicamente dependiente', identificandolo piuttosto nell'entità del reddito procurato dall'attività svolta per un singolo committente (l'unico rispetto al quale si prevede che possa farsi valere la condizione di 'dipendenza economica')[52]. Criteri del genere, peraltro, sono stati ritenuti inadeguati ad identificare credibilmente una situazione di dipendenza economica all'esito del dibattito svoltosi attorno al *Libro verde* della Commissione europea (Commissione, 2007b, 37). Anche in questo caso, d'altra parte, è agevole constatare che non si tratta di un criterio in senso proprio, ma dell'enfatizzazione di situazioni di fatto, ancora una volta di per sé non imputabili al committente e, oltre tutto, rilevabili solo a posteriori, contingenti e soggette a costanti oscillazioni (a meno di non ipotizzare, irragionevolmente, che il lavoratore 'economicamente dipendente', per restare tale, rinunci deliberatamente ad incrementare il proprio giro d'affari ed il reddito conseguente)[53].

La legge spagnola, tuttavia, rappresenta un modello normativo interessante anche per la discussione italiana proprio perché, pur non ignorando certamente le riflessioni in corso in altri paesi europei, sembra aver preso chiaramente le distanze dalle suggestioni delle teorie del *continuum* o del *tertium genus*, disegnando uno statuto protettivo, certamente discutibile, ma comunque chiaramente rivolto ad un segmento del lavoro autonomo. Ciò non vuol dire che sia stato sicuramente evitato il rischio che il nuovo contenitore si sovrapponga in qualche misura all'area del lavoro subordinato (Cairos Barreto, 2007, 95); resta comunque indubitabile lo sforzo di tenere ferma la distinzione fondamentale fra autonomia e subordinazione, secondo condivisibili coordinate concettuali, dal momento che ‹‹la dipendenza economica che la legge riconosce al lavoratore autonomo economicamente dipendente non deve ingenerare equivoci: si tratta di un lavoratore autonomo e questa dipendenza economica in nessun caso deve implicare dipendenza organizzativa››[54], ovvero tradursi nella condizione tipica del lavoratore subordinato.

Si è giunti in tal modo al punto cruciale, che può essere illustrato meglio ricordando come l'insistenza dei critici del progetto Smuraglia sulla necessità di stabilire con precisione la fattispecie rilevante (Salvati, 2002) fosse giusta, ma parziale, perché non coglieva l'esigenza, non meno prioritaria per definire un assetto normativo complessivamente equilibrato, di chiarire contestualmente l'ambito di riferimento delle tutele del lavoro subordinato. Una volta compiuta, nei termini in precedenza indicati, l'operazione normativa preliminare e necessaria per affrontare il problema (cruciale) del falso lavoro autonomo, d'altra parte, sarebbe più agevole porsi il problema di quello vero, ancorché 'economicamente debole'. La nuova fattispecie, innanzi tutto, dovrebbe essere disegnata senza ambiguità come sottotipo del contratto d'opera, magari attraverso l'inserimento nel codice civile di un art. 2222 bis, e mantenere fermo, proprio perché riguardante lavoratori

---

[52] L'art.11.1. stabilisce che si abbia una situazione di dipendenza economica nei confronti del committente dal quale il lavoratore autonomo percepisca almeno il 75% dei propri redditi da lavoro.

[53] Va detto, peraltro, che la legge spagnola aggiunge al criterio principale diversi altri elementi (art. 11.2.), la cui ricorrenza simultanea è necessaria perché si possa parlare di 'lavoro autonomo economicamente dipendente'.

[54] Sono parole della relazione illustrativa della legge 11 luglio 2007, n. 20.

autonomi, il requisito dell'autonomia organizzativa, riferendosi a lavoratori che operano nel mercato con organizzazione propria (sia pur minima) attraverso forme di integrazione di tipo meramente funzionale fra la propria organizzazione e quella del committente. Quanto alla *ratio* dell'intervento protettivo, essa andrebbe individuata nella limitata (o imperfetta) capacità di accesso al mercato che segna la condizione di certe forme di lavoro autonomo, rendendolo, fra l'altro, esposto a situazioni di disparità contrattuale nei rapporti con la committenza, oltre che ad insicurezza e/o discontinuità quanto a redditi percepiti. Evitando di insistere su un generico concetto di dipendenza economica che, comunque articolato, non riesce a perdere la sua vaghezza, occorrerebbe dunque valorizzare questo tratto *specifico* di debolezza economica di una certa parte del lavoro autonomo, che il legislatore potrebbe ragionevolmente presumere sussistente in quei soggetti la cui attività non si esprima secondo il modulo tradizionale del contratto d'opera, ma attraverso l'instaurazione di rapporti con la committenza che li vincolano, fermo restando il prerequisito dell'organizzazione propria, allo svolgimento di prestazioni di natura omogenea, a cadenza continuata o periodica, in un arco di tempo predeterminato o indeterminato.

Previa abrogazione della disciplina del lavoro a progetto, con tutto il suo carico di approssimazione ed insincerità, le nuove regole dovrebbero cercare di rispondere ad esigenze di lavoratori che restano comunque nell'area del lavoro autonomo: incidendo effettivamente sulla loro condizione ed evitando, possibilmente, di prospettare il riconoscimento di tutele di cartapesta (di cui il modello normativo della *Carta dei diritti* offre ampia esemplificazione). Si tratterebbe dunque innanzi tutto di sviluppare linee di tendenza già manifestatesi nell'ordinamento, riconoscendo al lavoro autonomo 'debole' adeguati diritti di sicurezza sociale, oltre che in materia pensionistica, in relazione a rischi o eventi (come la malattia, l'infortunio, la gravidanza, la mancanza anche parziale di occasioni di lavoro e di reddito) che meritano di essere fronteggiati (e possono esserlo) a prescindere dal carattere autonomo o subordinato del rapporto di lavoro. Quanto alla disciplina dei rapporti con la committenza, lavoratori del genere meriterebbero di essere posti al riparo dai possibili abusi di quest'ultima non attraverso una scimmiottatura delle tutele proprie del lavoro subordinato, ma assicurando loro regole certe in grado di proteggerli soprattutto nei confronti della dilazione dei termini di pagamento del corrispettivo pattuito, nonché del recesso del committente nei contratti a tempo indeterminato, previa imposizione del rispetto di termini di preavviso proporzionati alla durata del rapporto ed eventualmente di una qualche forma di trattamento di fine rapporto.

Non è possibile scendere ulteriormente nel dettaglio, né vale la pena di interrogarsi se regole del genere apparterrebbero al diritto del lavoro o ad altro settore dell'ordinamento: questione di teologia giuridica, davvero di scarso significato (soprattutto per gli eventuali destinatari delle tutele). È appena il caso di rilevare, d'altra parte, che, se si volesse e si sapesse affrontare seriamente il problema del prosciugamento della palude del falso lavoro autonomo (dando risposta alle più significative sollecitazioni dell'Oil: v. *supra*, § 2.3.), se il diritto del lavoro fosse, per questo aspetto, reso in grado di continuare a svolgere anche soltanto quella funzione di correzione degli squilibri fra capitale e lavoro (subordinato) che gli è stata propria almeno a partire dal secondo dopoguerra (fra mille luci ed ombre, va da sé), facendone un architrave dell'ordinamento costituzionale democratico, ci sarebbe tutt'altro che da lamentarsene: considerando che, per restare a quei dati statistici da cui si sono prese le mosse, oggi più che mai è la subordinazione, e non l'autonomia, a costituire la forma di gran lunga prevalente di integrazione del lavoro nei processi produttivi.

La verità è che i problemi di tutela che emergono anche nell'area del lavoro autonomo non si possono affrontare né con fughe in avanti, né con generici appelli all'equità sociale: facendo indossare ai giuslavoristi l'abito delle crocerossine e scambiando il diritto del lavoro per il pronto soccorso delle ingiustizie del mondo. Un passo in avanti nella direzione più adeguata, in definitiva, presuppone l'abbandono dei miti della riunificazione del lavoro e del lavoro come istituto giuridico: che sembrano quasi essere stati costruiti, nella loro specularità, per sostenere progetti atti a neutralizzarsi l'uno con l'altro, contribuendo a segnare negativamente la temperie riformatrice di questa parte iniziale dell'attuale legislatura.

## Riferimenti bibliografici.


Accornero A. (2006), *San Precario lavora per noi*, Milano, Rizzoli.

Accornero A. e Anastasia B. (2006), *Realtà e prospettive del lavoro autonomo: un po' di attenzione, please*, ‹‹Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali››, XXVIII, 4, pp. 743-755.

Alleva P. (2006), *Nuove norme per il superamento del precariato e per la dignità del lavoro*, ‹‹Quale Stato››, XI, 4, pp. 215-240.

Altieri G. e Carrieri M. (2000), *Il popolo del 10%*, Roma, Donzelli.

Altieri G. (2006), *Dalle collaborazioni coordinate e continuative al lavoro a progetto: cosa cambia nel mercato del lavoro italiano*, in Pallini M. (a cura di), *Il "lavoro a progetto" in Italia e in Europa,* Bologna, il Mulino, pp. 19-92.

Barthélémy J. (2003), *Essai sur la parasubordination*, ‹‹Semine sociale Lamy››, 1134, pp. 6-11.

Bavaro V. (2007), *Lavoro a progetto e call center: l'inversione di tendenza concertata nell'accordo collettivo di gruppo Almaviva*, ‹‹http//www.cgil.giuridico.it››

Bologna S. (2006), *Dobbiamo rallegrarci se i lavoratori autonomi spariscono?* ‹‹Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali››, XXVIII, 3, pp. 557-568.

Bronzini G. (2007), *Il* green paper *della Commissione europea sul diritto del lavoro. Un sasso nello stagno?* ‹‹Quale Stato››, XII, 1/2, pp. 301-318.

BusinessEurope, Etuc *et al.* (2007), *Key challenges facing european labour markets: a joint analysis of european social partners*, datt.

Cairos Barreto D. (2007), *Hacia una regulacion del trabajo autonomo: comentarios al proyecto de Estatuto del Trabajador Autonomo*, ‹‹Revista de derecho social››, X, 37, pp. 83- 104.

Calvino I. (1988), *Lezioni americane*, Milano, Garzanti.

Carinci F. (2007), *Molto clamore per poco: all'indomani del d.lgs. n. 276/2003*, ‹‹il Lavoro nella giurisprudenza››, XV, 9, pp. 853-862.

Carinci M.T. (2007), *Il dialogo fra Pino Santoro Passatelli e la dottrina. Dalla parasubordinazione al lavoro economicamente dipendente: la rivincita di un'idea*, ‹‹Argomenti di diritto del lavoro››, XIII, 4-5, pp. 906-927.

Casale G. (2004), *Il rapporto di lavoro subordinato: sfide e opportunità*, ‹‹Diritto delle relazioni industriali››, XIV, 3, pp. 648-664.

Casale G. (2007), *La qualificazione del rapporto di lavoro nella raccomandazione n. 198/2006 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro*, ‹‹Rivista italiana di diritto del lavoro››, XXVI, 3-III, pp. 135-143.

Commissione europea (2006), *Libro Verde. Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, Bruxelles, datt.

Commissione europea (2007a), *Risultati della consultazione pubblica sul Libro verde della Commissione 'Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo'*, COM 627 def., Bruxelles, datt.

Commissione europea (2007b), *Commission Staff Working Document*, SEC 1373, Bruxelles, datt.

De Luca Tamajo R., Flammia R., Persiani M. (1996), *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*, ‹‹Lavoro Informazione››, XV, 15-16, pp. 75-88.

De Luca Tamajo R. (1997), *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del "lavoro coordinato"*, ‹‹Argomenti di diritto del lavoro››, III, 5, pp. 41-64.

De Luca Tamajo R. (2005), Profili *di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, ‹‹Argomenti di diritto del lavoro››, XI, 2, pp. 467-490.

Di Bella V. (2007), *Call center e co.co.pro*, ‹‹Diritto & pratica del lavoro››, XXIV, 23, pp. 1459-1463.

Fuchs M. (2007), *Precariato e welfare. Il sistema tedesco*, in Lagala C. (a cura di), *Precariato e welfare in Europa*, Roma, Ediesse, pp. 149-192.

Gallino L. (2007a), *Cosa non funziona nelle leggi sul lavoro*, ‹‹la Repubblica››, 19 giugno

Gallino (2007b), *Il lavoro non è una merce*, Bari, Laterza.

Ghera E. (2003), *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, in Aa. Vv., *Du travail salarié au travail indépendent: permanences et mutations*, Bari, Cacucci, pp. 47-89.

Ghera E**.** (2006), *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, ‹‹Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali››, XXVIII, 1, pp.1-37.

Ichino P. (2000), *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffré

Isfol (2007), *Niente è come sembra*, Roma, datt.

Marazza M. (2007), *Il mercato del lavoro dopo il caso Atesia. Percorsi alternativi di rientro dalla precarietà*, ‹‹Argomenti di diritto del lavoro››, XIII, 2, pp. 327-340.

Ministero del lavoro (2007), *Occupazione e forme di lavoro precario*, Roma, datt.

Pallini M. (2006), *Il lavoro al progetto: ritorno al … futuro?* in Id. (a cura di), *Il "lavoro a progetto" in Italia e in Europa,* Bologna, il Mulino, pp. 93-161

Persiani M. (2005), *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione ed autonomia*, ‹‹Argomenti di diritto del lavoro››, XI, 1, pp. 1-25.

Perulli A. (2003), *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, ‹‹Rivista giuridica del lavoro››, LIV, 2, p. I, pp. 221-270.

Perulli A. (2006a), *Lavori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana*, ‹‹Rivista giuridica del lavoro››, LVII, 4, p. I, pp. 731-752.

Perulli A. (2006b) in Perulli A., Santoro Passarelli G., *Opinioni sul lavoro a progetto*, ‹‹Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali››, XXVIII, 2, pp. 375-399.

Pessi R. (2007), *I problemi del diritto del lavoro: proposte per un inventario*, Padova, Cedam.

Proia G. (2006), *Verso uno Statuto dei lavori?* ‹‹Argomenti di diritto del lavoro››, XII, pp. 61-72.

Reyneri E. (2004), *Verso una nuova società del lavoro*, ‹‹il Mulino››, LIII, 6, pp. 1087-1098

Reyneri E. (2006a), *Illusioni e realtà del mercato del lavoro italiano*, ‹‹Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali››, XXVIII, 3, pp. 569-574.

Reyneri E. (2006b), *Tra autonomia professionale e subordinazione economico-organizzativa*, in Pallini M. (a cura di), *Il "lavoro a progetto" in Italia e in Europa,* Bologna, il Mulino, pp. 7-17.

Roccella M. (2000), *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, ‹‹Lavoro e diritto››, XIV, 3, pp. 351-376.

Roccella M. (2005), *Manuale di diritto del lavoro*[2], Torino, Giappichelli.

Roccella M. (2006a), *Lavori flessibili o lavori precari?* in Mariucci L. (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?* Bologna, il Mulino, pp. 55-74.

Roccella M. (2006b), *Call center: elogio degli ispettori del lavoro*, ‹‹Eguaglianza & Libertà››, 21 settembre.

Roccella M. (2007), *Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del signor B.*, ‹‹Rivista giuridica del lavoro››, LVIII, 2, p. II, pp.131-143

Salvati M. (2002), *Economia e politica: servono gli economisti del lavoro?*, ‹‹Stato e Mercato››, XXII, 2, pp. 143-173.

Santoro Passarelli G. (2004), *Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente, attraverso il lavoro a progetto*, ‹‹Rivista italiana di diritto del lavoro››, XXIII, p. 1, pp. 543-570.

Sobczak A. (2003), *Rapport comparé*, in Aa. Vv., *Du travail salarié au travail indépendent: permanences et mutations*, Bari, Cacucci, pp. 309-332.

Speziale V. (2007), *Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti "atipici" e possibili riforme*, ‹‹WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"›› .IT-51.

Supiot A. (1999), *Au-delà de l'emploi*, Paris, Flammarion.

Treu T. (2004), *Statuto dei lavori e Carta dei diritti*, ‹‹Diritto delle relazioni industriali››, XIV, 2, pp. 193-208.

Ugolini B. (2007), *I precari invecchiano e sono anche di più*, l'Unità, 20 giugno

Vettor T. (2006), *Tra autonomia e subordinazione. Problemi definitori e tendenze regolative negli ordinamenti giuridici europei*, in Pallini M. (a cura di), *Il "lavoro a progetto" in Italia e in Europa,* Bologna, il Mulino, pp. 163-204.

# Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e costituzione italiana a confronto*

Luca Calcaterra

1. Premessa. Il diritto al lavoro nella letteratura giuslavorista 36

2. Diritto al lavoro e tutela contro il licenziamento ingiustificato nella costituzione italiana: il dualismo tra esistenza della tutela e forma della tutela disegnato dalla Corte Costituzionale 43

3. (segue): la discrezionalità del legislatore ordinario, i tentativi di costruire una relazione biunivoca tra Costituzione e art. 18 st. lav. e la necessità di salvaguardare il principio di necessaria giustificatezza del licenziamento 49

4. Diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato e diritti sociali nell'ordinamento comunitario: la portata del riconoscimento operato con la Carta di Nizza 55

5. (segue): contenuto essenziale del diritto e carattere compromissorio dell'art. 30 della Carta di Nizza 61

6. Il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato e la gerarchia di valori sociali e valori economici nell'ordinamento nazionale ed in quello comunitario. La tollerabilità sul piano costituzionale interno di eccezioni al principio derivanti da fonti comunitarie 64

7. (segue): la tollerabilità sul piano comunitario di eccezioni derivanti da fonti nazionali 68

8. Possibili problemi di raccordo tra fonti in un sistema costituzionale multilivello e conformità di soluzione tra Costituzione nazionale e Carta di Nizza quanto al diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato 73

9. Rilievi conclusivi 77

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 58/2008

## 1. Premessa. Il diritto al lavoro nella letteratura giuslavorista

Un tratto singolare che accomuna vari studi[55] sull'art. 4 della Costituzione apparsi nel susseguirsi degli anni è la rilevazione della scarsa attenzione rivolta a questa norma dopo la monografia di Manlio Mazziotti del 1956[56]. Il diritto al lavoro in generale è stato piuttosto trascurato dalla letteratura specialistica[57], tanto da far dire a Gino Giugni che, pur essendo indubbia la rilevanza dell'art. 4 Cost. come principio fondante di molti degli istituti lavoristici, "del diritto al lavoro si parla poco o niente"[58]. O almeno, come si vedrà di seguito, si parlava poco o niente fino a qualche anno fa, non conferendo, secondo i più, la norma al lavoratore un diritto direttamente azionabile[59]. La recente ripresa di attenzione, a partire dal convegno per i cinquanta anni della Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale[60], è dovuta in buona parte anche all'impulso del diritto comunitario, in seno al quale ha finalmente, con Amsterdam, trovato una più piena affermazione la dimensione sociale[61], e, più in generale, agli stimoli derivanti dal diffondersi degli studi

---

[55] Cfr. G.F. MANCINI, *Sub art. 4*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 199 ss., sul punto p. 199; C. SALAZAR, *Alcune riflessioni su un tema démodé: il diritto al* lavoro, Pol. Dir., 1995, n. 1, p. 3 ss. che esplicita il concetto sin dal titolo del saggio, sottolineando nelle prime righe come "il dibattito dottrinale sul diritto al lavoro – un tempo acceso – sia oggi sopito"; di recente LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 2.

[56] M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Giuffrè, Milano, 1956, che definì il diritto al lavoro il "principe dei diritti sociali" (p. 87). Sia pure tradendone in parte la missione: cfr. C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1958, p. 143 (nota 65). Di Mazziotti cfr. anche la voce scritta nei primi anni settanta per l'Enciclopedia del Diritto Giuffrè: M. MAZZIOTTI, *Lavoro (diritto costituzionale)*, Enc. Dir., vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 339 ss., sul punto molto sinteticamente a p. 345. Anche l'unica (a quanto consta) altra voce enciclopedica è piuttosto sintetica al riguardo: cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro I) Disciplina costituzionale*, Enc. Giur. Treccani, Roma, 1990, sul punto p. 6. In entrambi i casi l'attenzione assai parziale a questo aspetto conferma quanto si va dicendo nel testo, ma si giustifica anche considerando che non si tratta di voci sul diritto al lavoro, bensì di voci relative all'intera disciplina costituzionale: il che impedisce agli Autori di diffondersi su punti specifici.

[57] Dopo la già citata monografia di Manlio Mazziotti "all'art. 4 non si dedicano più studi monografici" (cit. da LA MACCHIA, *La pretesa* cit., p. 2). O, almeno, non di giuslavoristi. Alcune voci di commentario, come quella, citata, di Giuseppe Federico Mancini, colmano solo parzialmente il vuoto.

[58] Cit. da GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni dello stato sociale*, in NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Vita e Pensiero, Milano, 1998, p. 47 ss. qui p. 58 ss. (la cit. da p. 60).

[59] Per una critica a questa posizione cfr. SALAZAR, *Alcune riflessioni* cit., p. 5, che ritiene la non azionabilità "l'epilogo necessario di un'indagine condotta dal giurista che affronti le disposizioni contenute nella Carta fondamentale armato degli strumenti forgiati per l'interpretazione delle prescrizioni di livello sub-costituzionale" (anche se poi la stessa A., a p. 14, riconosce l'indispensabilità della normativa sub-costituzionale per l'azionabilità del diritto al lavoro). Discorso, questo, condivisibile, laddove conduce ad accogliere le soluzioni già prospettate prima dell'entrata in vigore della legge 604 dalla più autorevole dottrina costituzionalista (in particolare Crisafulli e Mortati, citati *infra* alle note 33 ss. del paragrafo successivo) quanto alla possibilità di ottenere un sindacato sul licenziamento arbitrario, ma che, come ovvio, non può riguardare la pretesa al conseguimento di una occupazione nei confronti dei pubblici poteri, né la pretesa a che le scelte imprenditoriali siano indirizzate al mantenimento dei livelli occupazionali (sebbene talora si sia tentato di sostenere questa prospettiva, ma non è questa la sede per rinverdire una simile polemica). Sul punto sia consentito il rinvio, per tutti, a MANCINI, *Sub art. 4* cit., *passim* e a L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, relazione alle Giornate di studio A.I.D.La.S.S. su Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro, Venezia, 25-26 maggio 2007, di prossima pubblicazione negli atti delle stesse e in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., per ora reperibile su www.aidlass.org, p. 2 ss. della versione disponibile on line.

[60] Cfr. "Diritto al lavoro e politiche per l'occupazione": Atti del convegno di studio per il 50° anno della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale; Napoli 8 maggio 1999, Ediesse Roma, 1999 (Suppl. al n. 3/1999 della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale).

[61] Si v. il contributo monografico di M. BARBERA, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis Italia, Brescia, 2000. Sul tema, tra i primi all'indomani della nascita della Carta di Nizza, cfr. anche F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *«Costituzione» europea e diritti sociali fondamentali*, Lav. Dir., 2000, p. 281 ss.; S. GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Ordine economico e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, St. Urb., anno LXIX, 2001/02, nuova serie A, n. 53,4, p. 435 ss.; B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, Riv. Giur. Lav., 2000, I, p. 779 ss. e M. ROCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo in avanti verso l'Unione politica*, Lav. Dir., 2001, p. 329 ss. Per una valorizzazione

internazionalistici sui diritti sociali e sui diritti fondamentali in generale. L'impressione che "sotto la voce diritto al lavoro non esiste un «contenuto bibliografico», cioè un contenuto di studi che sia adeguato e capace di risultati"[62] può dunque oggi, almeno in parte, correggersi, dando atto che un contenuto bibliografico, sia pure lentamente, si sta formando negli ultimi anni.

Che il diritto al lavoro, comunque declinato, sia un tema difficile, è dato incontrovertibile, confermato d'altronde da discorsi che sono passati alla storia, come quello di Alexis de Tocqueville del 1848, animato dal timore della "minaccia socialista" che sempre può celarsi dietro l'affermazione di un siffatto diritto[63]. È dunque comprensibile che anche la complessità e la dimensione immediatamente politica del tema abbiano contribuito ad allontanare da esso gli studi giuridici.

La lunga assenza del diritto al lavoro dalle scene della letteratura lavoristica rilevata da Giugni è imputabile a una serie di fattori; tuttavia, l'invito, formulato quasi dieci anni fa da Massimo D'Antona al ricordato convegno napoletano, a prendere "sul serio" il diritto al lavoro[64] non è rimasto del tutto inascoltato.

Dei due principali piani sui quali la norma costituzionale dell'art. 4 si svolge, quello della promozione delle occasioni di impiego[65] e quello della tutela dell'interesse del singolo alla conservazione del rapporto di lavoro[66], prevalentemente il primo pare, ad oggi, avere beneficiato delle attenzioni della dottrina che ha accolto l'invito del rimpianto studioso, sicché continuano a scarseggiare

---

della dimensione sociale e del ruolo dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, cfr., da ultimo, M.M. MUTARELLI**,** *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell'Unione Europea,* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 54/2007.

[62] Cit. ancora da GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni* cit., p. 58.

[63] Il celebre discorso, tenuto il 12 settembre 1848 da de Tocqueville all'assemblea costituente francese, è stato di recente ripubblicato in Italia: cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *Discorso sul diritto al lavoro*, introdotto da A. BURGIO, manifestolibri, Roma, 1996. Nella lettura prevalente si tratta di un discorso *contro* il diritto al lavoro. Conf., da ultimo, A. CANTARO, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea*, Giappichelli, Torino, 2007, che vi dedica ampio spazio nella parte II del lavoro. Per la verità questa lettura non convince completamente o almeno convince nella misura in cui si guardi al discorso di Tocqueville con gli occhi dell'uomo contemporaneo: a metà ottocento la posizione di un liberale come Tocqueville difficilmente avrebbe potuto essere diversa. Dal discorso emerge anche l'idea di consentire il progresso delle classi che oggi diremmo svantaggiate evitando traumi rivoluzionari (il cui ricordo era ben vivo al tempo e, comunque, ravvivato dalle frequenti sommosse) e, dunque, il tentativo di condurre ad una formulazione più equilibrata della norma della Costituzione francese. Le ragioni del successo di quel discorso stanno sicuramente nella "sua straordinaria consonanza con la cultura borghese dell'epoca" (cit. CANTARO, *Il diritto dimenticato* cit., p. 110), ma anche nel suo individuare un compromesso accettabile per tutti. Anche se è indubbio che quel discorso nei fatti condusse a ridimensiore fortemente l'affermazione del diritto, va notato che il successo delle formulazioni compromissorie è una costante nell'affermazione dei diritti sociali, anche nell'odierno ordinamento comunitario (si preferisce per semplicità in questo scritto utilizzare indifferentemente questa espressione e quella "ordinamento dell'Unione", differentemente da altri autori, quali ad es. CANTARO, *Il diritto dimenticato* cit., p. 62 ss., che mi sembra utilizzi la distinzione per sottolineare il differente peso della dimensione sociale nei due). Si tratta comunque di opinione personale. Non è questa la sede per discuterne. Per maggiore approfondimento si rinvia allo stesso CANTARO, *Il diritto dimenticato* cit., p. 99 ss.; nonché a P. CRAVERI, *Genesi di una costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia*, Guida, Napoli, 1985, part. p. 67 ss.; P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. L'età delle rivoluzioni (1789-1848)*, vol. II, Laterza, Bari-Roma, 2000, part. p. 338 ss.; ed agli studi di F. De Sanctis, tra i quali, in particolare, cfr. F. DE SANCTIS, *Il governo della democrazia in Alexis de Tocqueville*, (Simeone), Napoli, 1984; ID., *Tempo di democrazia: Alexis de Tocqueville*, ESI, Napoli, 1986; ID., *Tocqueville: sulla condizione moderna*, Angeli, Milano, 1993; ID., *Tocqueville: democrazia e rivoluzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2000. Tra i giuslavoristi, per qualche cenno alle vicende francesi dell'epoca è in G. GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni dello stato sociale*, in NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Vita e Pensiero, Milano, 1998, p. 47 ss. (proprio nel primo paragrafo).

[64] D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella costituzione e nell'ordinamento comunitario*, RGL, 1999, suppl. al n. 3, p. 15 ss.

[65] Per considerazioni assai efficaci in merito cfr. GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni dello stato sociale* cit., part. p. 50 ss.

[66] La bipartizione che si fa nel testo, tra piano del mercato o collettivo e piano del rapporto o individuale, rappresenta una semplificazione che risponde alla necessità di evidenziare il versante della problematica che ha maggiormente beneficiato delle attenzioni degli

studi specificamente dedicati al rapporto tra il diritto al lavoro sancito nella Carta Costituzionale ed il diritto ad una tutela contro i licenziamenti ingiustificati[67], come concretizzata nella legislazione ordinaria. L'amplissima letteratura che si è occupata in chiave interpretativa o anche *de iure condendo* della disciplina limitativa del licenziamento ha, in genere, lasciato in ombra il problema dei vincoli che la Costituzione pone al legislatore ordinario.

Da un lato, sulla impostazione degli studi dedicati al diritto al lavoro ha influito la compiutezza della legislazione ordinaria sulla tutela dell'interesse alla conservazione del rapporto (e della dignità del lavoratore nel rapporto), che ha catalizzato le riflessioni degli studiosi assai più del suo fondamento costituzionale. Dall'altro, la difficoltà di risolvere il problema occupazionale e la generale insoddisfazione per gli strumenti normativi destinati ad affrontarlo hanno convogliato gli sforzi della dottrina su questo fronte, nel quale la struttura delle relazioni ed il ruolo dei soggetti coinvolti non consentono, al contrario di quanto accade nell'ambito di un rapporto contrattuale, di affidare al singolo la tutela dei propri interessi[68]. Proprio l'assenza di soluzioni consolidate nella lotta alla disoccupazione ha finito per spingere gli studiosi alla ricerca di modelli di intervento più efficaci e, dunque, a mantenere vivo il contatto con i principi costituzionali fondanti che devono governare quei modelli.

Comunque sia, è un fatto che il diritto al lavoro costituzionalmente riconosciuto nella sua declinazione di diritto ad una tutela contro il licenziamento ingiustificato non ha beneficiato di particolari attenzioni da parte della dottrina lavorista successiva all'entrata in vigore della l. 604 del 1966[69], che si è dedicata, e largamente, allo studio delle tutele contro il licenziamento ingiustificato concretamente approntate dal legislatore, lasciando in ombra il problema dei rapporti con il principio costituzionale fondante[70] o, talora, individuando quest'ultimo, anziché nell'art. 4, nel

---

studiosi in rapporto a quello che è oggetto di questo studio. Del fatto che si tratti di una semplificazione si è ben consapevoli: per un quadro più completo dei significati ascrivibili al diritto al lavoro cfr., per tutti, E. ALES, *Libertà e "uguaglianza solidale": il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Dir. Lav., 2001, I, p. 111 ss. e S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".*INT* – 46/2006

[67] Va del resto considerato che anche il citato convegno per i 50 anni della Rivista giuridica del lavoro era intitolato "Diritto al lavoro e politiche per l'occupazione". Fanno eccezione FLAMMIA, *I licenziamenti nella giurisprudenza della Corte costituzionale,* in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale,* Angeli, Milano, 1979, p. 225 ss.; NAPOLI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di licenziamenti*, in AA.VV., *L'apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 207 ss.; APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 182 ss. Ma si tratta prevalentemente di rassegne della giurisprudenza costituzionale. Di taglio diverso è il recente saggio di ICHINO, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti. Note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni suoi precedenti*, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale,* ESI, Napoli, 2006, p. 129 ss.

[68] La maggiore efficacia della legislazione di tutela del lavoratore nel rapporto è, ovviamente, anche dovuta al fatto che essa conferisce al singolo la possibilità di tutelare in giudizio autonomamente ed in modo efficace i propri interessi, mentre l'interesse alla promozione delle occasioni di impiego non è tutelabile che per il tramite di interventi attivi e promozionali della Pubblica Amministrazione.

[69] Lo segnala anche MANCINI, *Sub art. 4* cit., p. 231, nell'illustrare la posizione di Natoli, Crisafulli, Mortati e altri, che nota come "sull'idoneità del nostro disposto a spiegare rilevanza nel rapporto di lavoro si continuò in effetti a disputare *fino alla metà degli anni '60*, pur senza aggiungere molto alle due tesi che si divisero il campo tra il '50 e il '55" (cit. da p. 231). Sulla diversa questione del riferimento all'art. 41, comma 2 come criterio ermeneutico della disciplina dei licenziamenti, vedi, fortemente critico, M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Angeli, Milano, 1980, p. 335 ss.

[70] Sembra emblematica la prefazione di Mario Grandi alla monografia di Carmen La Macchia sul diritto al lavoro, dalla quale emerge chiaramente la (scarsa) considerazione per la norma costituzionale sotto questo profilo: "Il diritto al lavoro, modernamente inteso e ricondotto all'attualità dei suoi significati attivi, si esprime, dunque, in posizioni di pretesa, *non tanto* […] *in relazione alla consecuzione*

riferimento all'utile sociale come limite alla libertà di iniziativa economica inserito nell'art. 41 Cost.[71]. I vincoli costituzionali relativi alla definizione delle tutele in caso di recesso datoriale sono rimasti in secondo piano, tanto nella letteratura in materia di diritto al lavoro, quanto in quella relativa ai licenziamenti[72].

Qualche anno fa un'autrice lamentava il fatto che il diritto al lavoro, pur ponendosi come "antecedente e presupposto necessario"[73] di tutte le pretese del lavoratore "riceva attenzione solo indiretta"[74]. Ebbene, oggi pare che una simile osservazione sia da riferirsi assai più alla parte della norma che è presupposto delle tutele contro il licenziamento ingiustificato, che non a quella che governa gli sforzi dei pubblici poteri sul fronte occupazionale, la quale ultima ha, per le varie ragioni cui si è fatto brevemente cenno, conosciuto maggior favore della dottrina.

Superata l'urgenza della fase immediatamente post-costituzionale, nella quale si era lungamente dibattuto sui rapporti tra l'art. 4 Cost. e l'art. 2118 c.c. (che consente il recesso *ad nutum*)[75], il

---

*e conservazione del lavoro come posto di lavoro*, ma in relazione alla messa a disposizione, da parte dei pubblici poteri in primo luogo (ma non solo), di un complesso articolato e selettivo di risorse e di opportunità, sia dal lato della domanda che da quello dell'offerta, in grado di dare concretezza, secondo il modulo prescrittivo dell'effettività, ai valori personali e sociali inclusi nel diritto" (cit. da GRANDI, *Prefazione*, in LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, Giappichelli, Torino, 2000, p. XI; il corsivo nella citazione è mio).

[71] Cfr. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali* cit., p. 8 ss. che nota come "il tentativo di Natoli, rilanciato successivamente da Smuraglia, D'Antona e Luciani, di riferire il termine alla «sicurezza della propria esistenza» non ha mai avuto seguito nella giurisprudenza costituzionale." (cit. da p. 8). Anche la pregevole relazione di Nogler conferma come la norma focale sia stato l'art. 41 assai più dell'art. 4 Cost.: l'attenzione pare spostarsi, crescendo il dibattito sulla strutturazione dell'organizzazione della produzione che si confronta con la diffusione delle pratiche di decentramento, sulla libertà di iniziativa economica privata e sulla necessità di contemperarla con l'utile sociale nelle sue varie declinazioni (sia consentito il rinvio a L. CALCATERRA, *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, Mass. Giur. Lav., 2003, p. 602 ss., sul punto p. 613 ss. ove altra bibliografia). Il che ha anche importanti risvolti per il tema della libertà di recesso, poiché ciò di cui si discute è, in definitiva, la libertà del datore di lavoro di dimensionare il suo apparato produttivo e, dunque, di giustificare il licenziamento in base a questa libera scelta (per un riepilogo delle diverse posizioni, cfr. ancora GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti* cit., p. 364 ss.; tra i costituzionalisti, sull'art. 41 Cost. e la strutturazione della produzione cfr., per tutti, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, CEDAM, Padova, 1983). Tuttavia, sebbene il tema sia contiguo a quello oggetto di questo studio, più che di diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, essendo acclarata la necessità di una giustificazione, si tratta di selezionare le giustificazioni idonee a sorreggere il licenziamento per la pretesa di armonizzarle con l'utile sociale. Non sempre però le due questioni sono state affrontate come distinte. Fortemente critico verso il riferimento all'art. 41 come fondamento costituzionale della normativa in materia di licenziamenti si mostra MANCINI, *Sub art. 4* cit., p. 240, secondo il quale "se il fondamento costituzionale dei limiti posti al potere di licenziamento […] fosse da reperire […] nella tutela di un valore storicamente mutevole com'è l'utilità sociale, nulla potrebbe impedire al legislatore […] di modificare *in peius* quei limiti o addirittura di rimuoverli senza nulla sostituirvi". Cfr. invece M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979, p. 82 ss., che si segnala per l'attenzione al problema del fondamento costituzionale e, condivisibilmente, fonda l'art. 18 St. lav. sul combinato disposto dell'art. 41 cpv. e dell'art. 4 Cost., in un'ottica nella quale questa seconda norma ha una funzione, per così dire, "ancillare" rispetto alla prima. Ambedue gli studi sono comunque accomunati dal tentativo di rendere biunivoca la relazione tra art. 18 e norme costituzionali, come se non solo queste fossero presupposte dall'art. 18, ma la conservazione di quest'ultimo fosse da quelle imposta. Di questa idea, che non può allo stato essere condivisa, ci si occuperà nello svolgimento del lavoro.

[72] Anche sotto questo profilo si segnala come eccezione il già citato D'ANTONA, *La reintegrazione*, cit., p. 82 ss.

[73] L'espressione tra virgolette è di C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, *Dir. Lav.,* 1954, I, p. 149, la cit. da p. 160.

[74] Cit. da LA MACCHIA, *La pretesa* cit., p. 4 (che a sua volta, nel pezzo virgolettato, cita Mortati, citato alla nota che precede questa).

[75] Cfr., per la tesi sulla incompatibilità della disciplina del recesso *ad nutum* con il nuovo assetto costituzionale, gli autori citati alla successiva nota 35 (Crisafulli, Mortati, Natoli). Verso questa idea è critico R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro I) Disciplina costituzionale* cit., p. 6, secondo il quale "l'indirizzo dottrinale, secondo cui l'art. 2118 c.c. (sul recesso *ad nutum*) dovrebbe ritenersi illegittimo riguardo al licenziamento non giustificato […] per il ritenuto contrasto con l'art. 4 Cost. […] non regge di fronte all'obiezione che la norma del codice civile regola diversamente la materia, in base ad una scelta politica non contestabile sotto il profilo della costituzionalità". In realtà è condivisibile l'idea, poi confermata dalla Corte Costituzionale, che l'art. 2118 c.c. non sia costituzionalmente illegittimo in sé considerato, ma che vada superato come disciplina generale del recesso dal rapporto di lavoro, restando quale disciplina per casi specifici e residuali. In altre parole, deve ritenersi che la sussistenza in sé dell'art. 2118 c.c. non sia incompatibile (come appunto

tema è stato quasi abbandonato, per tornare alla ribalta soltanto in occasione dei referendum, che, in un senso o nell'altro, hanno minacciato di rimettere in discussione l'architettura delle tutele contro il licenziamento ingiustificato. All'indomani delle pronunce con le quale la Corte Costituzionale ha dichiarato ammissibili i referendum sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (tanto in senso abrogativo quanto in senso estensivo dell'ambito di applicazione)[76], quando cioè l'edificio legislativo ha mostrato segni di cedimento e si è ripreso a discutere di forme e modelli di tutela, è riemersa l'urgenza di discutere anche del loro fondamento costituzionale e dei vincoli da questo derivanti[77].

Anche sul piano comunitario valgono osservazioni di analogo tenore: la focalizzazione dell'attenzione sul piano delle politiche occupazionali assai più che su quello delle tutele relative alla conservazione del rapporto di lavoro, pur previste dalla Carta Sociale Europea e poi dalla Carta di Nizza (quest'ultima poi richiamata dal Trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007[78], e così integrata nel Trattato sull'Unione, sia pure con specificazioni nel protocollo n. 7 sull'applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito), comporta un netto sbilanciamento a favore delle prime della produzione scientifica.

Il dato di fatto con il quale si confronta chi intenda cimentarsi nell'analisi dei profili costituzionali e comunitari della tutela in esame è quindi questo: come nei pochi lavori sull'art. 4 Cost. si fa fatica a trovare parti dedicate al problema della tutela contro il licenziamento ingiustificato e l'impresa diventa impossibile se si cerchino studi che se ne occupino in via esclusiva[79], così, pur non avendo la pretesa di avere esaurito la sterminata letteratura europea, la bibliografia sull'art. 30

---

sostiene Scognamiglio) con l'art. 4: il che salva la norma dalla caducazione per illegittimità costituzionale. È invece incompatibile con l'art. 4 Cost. l'assenza di un regime di tutela contro il licenziamento in generale: il che spinge alla predisposizione di una disciplina in tal senso. Lo si chiarirà più oltre nel testo. Un quadro sinottico della dottrina, anteriore e successiva alla l. 604 del 1966, è comunque in MANCINI, *Sub art. 4* cit., p. 231 ss. e M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Angeli, Milano, 1975, p. 35 ss. e (in particolare per il giustificato motivo oggettivo) p. 364 ss. cui si rinvia per ulteriori riferimenti. V. anche, sebbene nel quadro di un discorso più ampio, M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1971, II, p. 593 ss., di recente ripubblicato nella raccolta M. PERSIANI, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 429 ss., sul punto part. p. 436 ss.

[76] Si tratta di Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 46, MGL, 2000, p. 376, con nota di RENDINA; e Corte Cost. 6 febbraio 2003, n. 41, RIDL, 2003, II, p. 218 ss. con nota di GHIRARDI.

[77] Ciò è assai ben testimoniato dalla citata relazione di NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali* cit. e dagli interventi raccolti nel volume M.V. BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema,* Giappichelli, Torino, 2007, tra i quali si segnalano M.V. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità,* ivi, p. 1 ss.; O MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, ivi, p. 31 ss.; P. ALBI, *Stabilità del posto di lavoro e accezione "debole" del rapporto di lavoro*, ivi, p. 43 ss.; G. DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate*, ivi, p. 53 ss. Ma, in particolare per il tema del fondamento costituzionale anche in rapporto alla dimensione comunitaria, i lavori di Maria Vittoria Ballestrero e Gisella De Simone. Si v. anche L. ZOPPOLI, *Licenziabilità e occupabilità: dove va l'Europa?,* DLM, 2006, p. 499 ss., che si preoccupa di invalidare il nesso tra flessibilità in uscita dal rapporto di lavoro ed incrementi occupazionali.

[78] Ai sensi dell'articolo 1, punto 8, del Trattato di Lisbona, l'articolo 6, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea sarà sostituito dal testo seguente: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali del 7 dicembre 2000, adattata il [12 dicembre 2007], che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni". La Carta, nella versione approvata nel 2007, e le relative "spiegazioni" aggiornate saranno pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

[79] Salvi, come già detto, quelli di epoca antecedente la l. 604 del 1966.

della Carta di Nizza sembra costituita da scritti piuttosto sintetici, parti di lavori ad oggetto più ampio, quando non da meri incisi.

Questo saggio intende tentare di colmare questo vuoto, in primo luogo, approfondendo specificamente il rapporto tra l'art. 4 Cost. e la tutela contro il licenziamento ingiustificato e, in secondo luogo, confrontando gli esiti dell'analisi con la conformazione che la medesima tutela ha assunto sul piano comunitario.

Il cennato silenzio della dottrina[80] impone di partire dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e dalla individuazione dei punti fermi fissati dalla Consulta, cui del resto nel nostro ordinamento è affidato il compito di definire l'esatta portata delle norme costituzionali e, dunque, nel nostro caso, l'effettiva costituzionalizzazione del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato[81].

La scelta di partire dall'esame dei principi emersi dalla giurisprudenza costituzionale si giustifica sicuramente con l'essere questo lavoro destinato ad inserirsi in un progetto di ricerca più ampio, che mira ad un raffronto tra la nostra Carta Costituzionale e le Carte europee quanto allo spazio ed allo spessore della tutela riconosciuta ai diritti sociali, ma è anche il segno di un'opzione metodologica ed interpretativa. Queste le ragioni della scelta.

In primo luogo, la giurisprudenza costituzionale costituisce parametro indefettibile per valutare la legittimità delle compressioni del diritto di cui si tratta che sono presenti nell'ordinamento.

In secondo luogo, è convinzione di chi scrive che il dualismo disegnato dalla Consulta tra esistenza della tutela e forma della tutela sia modello esegetico fondamentale per la corretta comprensione della portata anche delle norme comunitarie che si occupano del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato.

Da ultimo, partire dalla giurisprudenza significa, nella scelta tra il piano assiologico o, se si vuole, della giustizia e quello dell'analisi della realtà, optare decisamente per quest'ultimo. Non che la critica dei valori cui sono improntate le scelte del legislatore non debba interessare il giurista, solo è necessario, ad opinione di chi scrive, evitare commistioni, sempre possibili dati i confini assai sfumati che separano questi piani, che avrebbero come esito una ricostruzione della realtà del diritto distorta dalle opzioni personali dello studioso. Dunque, sintetizzando: si vuole affrontare l'argomento sul piano dell'essere, non su quello del dover essere. Poiché, a tacer d'altro, solo il primo consente un raffronto con le fonti comunitarie utile per comprendere se ed in quale misura

---

[80] Di recente interrotto dalla relazione di NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali* cit. e dalla ricerca (PRIN 2004) coordinata da Maria Vittoria Ballestrero su *Sviluppo dell'occupazione e tutela del posto di lavoro. La conciliazione possibile tra flessibilità e stabilità*, della quale sono frutto, tra l'altro, gli interventi raccolti nel già ricordato volume M.V. BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema,* Giappichelli, Torino, 2007.

[81] Ciò, beninteso, non significa che seguirà una rassegna delle sentenze della Consulta. Significa solo che si tenterà di delineare il quadro di riferimento che consente di individuare contenuto e limiti del diritto di cui ci si occupa. Le rassegne, del resto, non difettano in letteratura: cfr. i già citati scritti di FLAMMIA, *I licenziamenti nella giurisprudenza della Corte costituzionale,* in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale,* Angeli, Milano, 1979, p. 225 ss.; NAPOLI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di licenziamenti*, in AA.VV., *L'apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 207 ss.; e APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 182 ss.

queste costituiscano un momento di progresso o invece un arretramento rispetto all'assetto del nostro ordinamento.

Passando dall'astratto al concreto, si è ben consapevoli della portata della tutela reale e del fatto che, sul piano pratico e su quello tecnico-giuridico[82], la cd. stabilità obbligatoria è solo "un modo d'essere della libera recedibilità"[83] e che, a rigore, l'unica tutela effettiva e piena del lavoratore ingiustamente licenziato risiede nell'invalidità dell'atto di licenziamento ingiustificato e che la tutela piena del lavoratore licenziato è quanto giustizia richiede. Ciò tuttavia non può indurre a trovare nelle norme quel che in esse non c'è, e siccome quando si parla di norme costituzionali l'arbitro è la Corte Costituzionale, è ad essa che si deve guardare. Ferma, ovviamente, la possibilità di criticarne l'operato.

I due ultimi capoversi faranno storcere il naso a più di un lettore e da più di un punto di vista. Valga dunque uno sforzo per tentare di chiarirne e precisarne ulteriormente il senso. È certo che sul piano ermeneutico la pretesa di trattare dell'ontologia di un fenomeno è un'aspirazione semplicistica, se non una pura assurdità, poiché sempre l'attività interpretativa e applicativa implica delle opzioni valutative[84]. Tuttavia, nell'affrontare lo studio del fondamento costituzionale della tutela contro il licenziamento ingiustificato, il rischio maggiore è che si finisca per imputare alla Carta fondamentale le proprie opzioni assiologiche: e per evitare che ciò accada si deve necessariamente partire dalla norma come interpretata dalla Corte Costituzionale e considerare questa, per convenzione, come dato oggettivo. Dunque, quel che si è detto circa l'intenzione di occuparsi dell'assetto delle tutele in rapporto alla Carta fondamentale per come esso è, e non per come dovrebbe essere o sarebbe giusto che sia, non significa "disconoscere che le scelte di valore giocano un ruolo essenziale in fase applicativa", ma, al contrario, "obbligare il giudice e, più in generale, l'interprete ad esplicitare le scelte stesse", evitando, in questo caso, che esse siano masche-

---

[82] Su quello teorico, invece, tra la stabilità obbligatoria e la libera recedibilità corre l'affermazione del principio di necessaria giustificatezza del licenziamento, principio sul quale anche nel contesto sovranazionale è largo il consenso e che, in termini di civiltà giuridica, costituisce senza dubbio un passo fondamentale nell'evoluzione della disciplina. Che poi vada "approfondito il grado di effettività da assicurare negli Stati nazionali a principi ormai maturi, come quello della non arbitrarietà dei licenziamenti" (cit. da L. ZOPPOLI, *Licenziabilità e occupabilità, dove va l'Europa?*, DLM, 2006, p. 499 ss., la cit. da p. 510) è idea pienamente condivisibile e forse auspicabile, ma che si scontra con una resistenza di molti paesi, la stessa resistenza della stessa matrice di quella che ha fatto naufragare il progetto di trattato costituzionale per l'UE.

[83] Cit. da G.F. MANCINI, *Sub art. 18*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori,* in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli - Il Foro italiano, 1972, p. 243 ss. (la citazione da p. 245).

[84] Come l'attività di comprensione non può essere immune dalla precomprensione che deriva dal patrimonio culturale e di conoscenza o, se si vuole, dalla *Weltanschaung* del soggetto che comprende, così quella di applicazione non può essere intesa come attività asettica ed oggettiva, ma sempre risente delle idee di chi applica la norma. Anzi, più che nella prima, in questa seconda attività il soggetto ha la possibilità di esercitare, anche essendone pienamente consapevole, il proprio arbitrio. Cfr., per tutti, J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalita nella prassi decisionale del giudice*, trad. it. a cura di S. PATTI e G. ZACCARIA, ESI, Napoli, 1983. Ma si tratta ormai di concetti scontati in filosofia del diritto e teoria dell'interpretazione: per avvedersene, è sufficiente una scorsa agli indici della rivista *Ars Interpretandi* e la lettura di qualcuno dei tanti saggi sull'argomento, nelle sue varie sfaccettature, in essa pubblicati negli ultimi anni. Si v. www.arsinterpretandi.it. Cfr. anche F. VIOLA, G. ZACCARIA*, Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

rate o, meglio, presentate come proprie del legislatore costituente e necessitate per quello ordinario[85].

## 2. Diritto al lavoro e tutela contro il licenziamento ingiustificato nella costituzione italiana: il dualismo tra esistenza della tutela e forma della tutela disegnato dalla Corte Costituzionale

La dottrina, nella maggior parte dei casi in cui si è occupata dei profili costituzionali della tutela contro i licenziamenti, sembra essersi posta più nella prospettiva di ricercare una giustificazione costituzionale di scelte già fatte dal legislatore ordinario[86], che non in quella di comprendere di quali vincoli quelle scelte risentano. In altri termini, si è considerata la normativa costituzionale più in quanto presupposto e fondamento della legislazione ordinaria, che non quale fonte sovraordinata, rispetto alla quale chiarire quale sia il livello minimo compatibile di tutela. Sebbene, in parte, sia ovvio che in tempo di abbondanza non si pensi alla carestia e, fuor di metafora, naturale che considerato l'elevato livello di tutela presente nel nostro ordinamento non ci si sia occupati di soglie minime di tutela, quella che può apparire come mera questione di prospettiva ha fatto sì che l'interesse per la normativa costituzionale in sé considerata scemasse. E la rilevanza di questa prospettiva emerge ancor più oggi, nel confronto con la normativa sopranazionale.

La Consulta ha avuto modo di tornare più volte sui rapporti tra la norma costituzionale in oggetto e il recesso datoriale dal rapporto di lavoro nell'ottica dei vincoli che dalla prima discendono[87]. Sebbene, infatti, siano vari gli istituti ricollegabili all'esigenza di garantire la conservazione del rapporto di lavoro (si pensi ad es. alla sospensione del rapporto[88]), l'art. 4 sembra essere richiamato prevalentemente nella giurisprudenza costituzionale sui licenziamenti.

La presenza nella Costituzione di una norma sul diritto al lavoro condusse presto la dottrina ad interrogarsi sulla legittimità di una disciplina che consentisse, come fa l'art. 2118 c.c., il recesso *ad nutum* dal rapporto di lavoro[89], lasciando il prestatore esposto al rischio di ritornare sul mer-

---

[85] In questo l'approccio scelto è conforme all'esortazione di L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali* cit., dal quale sono tratti entrambi i pezzi citati tra virgolette (cfr. p. 2 della versione presente online).

[86] E facendo riferimento, come si è detto al paragrafo precedente, più all'art. 41 che all'art. 4 della Costituzione o, al limite, al combinato disposto dei due: cfr., anche su questo aspetto, le osservazioni di NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali* cit., p. 7 ss. (sempre della versione disponibile on line).

[87] Per una rassegna di maggiore dettaglio delle pronunce della Consulta cfr. i già citati FLAMMIA, *I licenziamenti nella giurisprudenza della Corte costituzionale,* in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale,* Angeli, Milano, 1979, p. 225 ss.; NAPOLI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di licenziamenti*, in AA.VV., *L'apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 207 ss.; APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 182 ss. A questi lavori si rinvia anche per la bibliografia relativa alle singole pronunce. Per le sentenze più recenti, in un'ottica particolare, v. il saggio di P. ICHINO, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti. Note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni suoi precedenti*, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale,* ESI, Napoli, 2006, p. 129 ss.

[88] Si v. MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, Dir. Lav., 1954, I, p. 149 ss., sul punto p. 169.

[89] Per tutti, cfr. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, Riv. Giur. Lav., 1951, I, p. 161 ss., sul punto 168 ss. secondo il quale (p. 170) l'art. 4 funziona come norma programmatica che impone uno scopo al legislatore ordinario e, al tempo stesso, come criterio interpretativo delle norme vigenti (tra cui l'art. 2118 c.c., anche se l'A. non specifica poi in che senso: ma è agevole dedurre che sia appunto in quello di cui si dice qui sopra nel testo, vale a dire nel senso della preclusione della legittimità di licenziamenti arbitrari); lo scritto è ripubblicato in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio,* Giuffrè, Milano, 1952; MORTATI,

cato anche per semplice capriccio della controparte, con le ovvie conseguenze sulla sua vita familiare e sociale. La tesi secondo la quale il diritto al lavoro, benché norma programmatica[90], doveva necessariamente implicare anche un divieto di licenziamenti illegittimi o arbitrari, in origine minoritaria[91], non tardò a prevalere, una volta chiarito dalla Corte Costituzionale[92] che il legislatore doveva ritenersi vincolato alla predisposizione di una disciplina limitativa del recesso idonea ad "assicurare a tutti la continuità del lavoro" attraverso la individuazione di "doverose garanzie" e di "opportuni temperamenti" per i casi in cui il licenziamento si renda comunque necessario[93]. E ciò pur non potendo l'art. 2118 c.c. ritenersi costituzionalmente illegittimo poiché

---

*Il lavoro nella costituzione* cit., p. 169 ss. secondo il quale (p. 171) si tratta sostanzialmente di ammettere la sindacabilità del recesso in situazioni assimilabili all'eccesso di potere amministrativo o, comunque, si direbbe, all'abuso del potere di recesso stesso; NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955; ID., *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso* «ad nutum», Riv. Giur. Lav., 1951, n. 3.

[90] Sul valore delle norme costituzionali programmatiche in materia di lavoro è tornato proprio di recente C. SMURAGLIA, *Il lavoro nella Costituzione*, Riv. Giur. Lav., 2007, I, p. 425 ss., part. p. 433 s., che traccia poi un bilancio sullo stato di attuazione e sull'effettività dei principi in materia di lavoro (p. 434 ss.).

[91] Cfr. M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Angeli, Milano, 1975, spec. p. 40 ss., che segnala come, essendo minoritaria, la tesi dell'interpretazione costituzionale rimase esclusa non solo dal dibattito dottrinale, ma anche dalla verifica nell'esperienza giurisprudenziale (cfr. p. 41). Esperienza nella quale, lo segnala la stessa A. (cfr. p. 40), godeva di favore la tesi dell'irrilevanza dei motivi del recesso *ad nutum*.

[92] Cfr. Corte Cost. 9 giugno 1965, n. 45, *Giur. Cost.*, 1965, p. 655, con nota di CRISAFULLI, *Diritto al lavoro e recesso* ad nutum (p. 663 ss.). Anche Giugni presenta questa sentenza come l'origine della disciplina dei licenziamenti (è bene ribadirlo anche se può sembrare ovvio, poiché vi è anche chi dubita del fatto che la disciplina in questione possa essere considerata attuativa del dettato costituzionale): v. G. GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni* cit., p. 60 s. Sulla sentenza in questione e sul valore delle affermazioni in essa contenute cfr. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali* cit., p. 16 ss.

[93] Prima dell'intervento della Consulta le cose stavano ben diversamente, almeno quanto alle conseguenze sanzionatorie: cfr. MORTATI, *Il lavoro nella costituzione* cit., p. 170, secondo il quale l'opinione dominante in dottrina alla metà degli anni '50 (il saggio di Mortati è del '54) "è nel senso di ritenere che solo limite per la risoluzione del rapporto nel caso prospettato sia il dovere di preavviso, con il conseguente obbligo in caso di violazione del risarcimento limitatamente al periodo di preavviso" (cit. da p. 170, I colonna). Per questa posizione cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Diritto del lavoro* (Jovene, Napoli?), 1952, p. 195 (citato da MORTATI, *op. loc. cit.*). Per un riepilogo della situazione antecedente la sentenza 45 del 1965 cfr. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro* cit., p. 143 ss. (p. 147 ss. per le conseguenze sanzionatorie), il quale, pur segnalando come la dottrina prevalente fosse di diverso avviso, afferma: "sotto qualunque profilo si esamini la questione, la conseguenza non può che essere quella della nullità dell'atto di recesso. Le ipotesi di contrasto con le norme imperative, di frode della legge, di motivo determinante illecito, di abuso del diritto, di sviamento del potere, e così via, conducono tutte, inevitabilmente, a ritenere la nullità dell'atto; il quale pertanto deve essere considerato come improduttivo di effetti". Sulla stessa linea v., più di recente, F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Liguori, Napoli, 1982, p. 79 ss., che ipotizza vi siano ancora oggi gli spazi per un discorso sulla invalidità del licenziamento assolutamente ingiustificato "anche fuori dalla sfera di applicabilità della legge sui licenziamenti" (cit. da p. 81). L'idea che da una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2118 c.c. potesse discendere una tutela assai più incisiva di quella assicurata dalla l. 604 del 1966 è indirettamente confermata anche dalle osservazioni, ad altro proposito (il discorso è relativo alla spettanza dell'indennità di anzianità), di ICHINO, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti* cit., p. 133 ss., che, se non altro, dimostrano come la l. 604 non possa essere considerata da vari punti di vista vantaggiosa per i lavoratori (anche se v., fortemente critica, DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate* cit., p. 62). Chiaramente prescindendo dall'affermazione, fondamentale conquista di civiltà giuridica, del principio della giustificazione necessaria del licenziamento. Più in generale, sulla dottrina del periodo precedente la l. 604, cfr. ancora GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti* cit., spec. p. 35 ss., ma che in tutto il primo capitolo fornisce con notevole chiarezza il quadro, non solo dottrinale, della questione; su piano diverso cfr. C. ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988, part. p. 135 (il testo sopra la nota 7), ove considera siano risultati vani gli sforzi della dottrina di trarre dall'art. 4 della Costituzione l'esclusione della libertà di licenziamento. Non del tutto vani, per vero, dal momento che la Corte Cost. 45 del 1965 può a buon diritto considerarsi prodotta anche da quel dibattito. Anche se è chiaro (e condivisibile) il senso nel quale l'A. intende la frase, cioè che quella dottrina non prevalse prima dell'intervento della Corte Costituzionale. V. poi anche il par. 7 del cap. II, p. 84 ss. per l'inquadramento della questione nell'ambito del dibattito sull'uso della categoria dell'interesse legittimo nel diritto privato. Su quest'ultimo punto si ricorda il fondamentale studio di L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 207 ss. (ma risultano anche edizioni del 1964 e del 1976).

non espressivo di un principio generale dell'ordinamento (stante la presenza di una contrattazione collettiva e di interventi legislativi settoriali limitativi del potere datoriale di recesso).

L'intervento della Consulta trovò prontamente risposta nell'approvazione della legge 604 del 1966, che introduce nella legislazione ordinaria il principio di necessaria giustificatezza del licenziamento[94]. Un intervento normativo che, benché criticabile per la tenuità dell'apparato sanzionatorio e per l'esiguità dell'ambito di applicazione, va apprezzato nella sua fondamentale importanza per l'affermazione del principio e per la rottura di una situazione nella quale era ormai chiaro come "la politica legislativa di conservare una libertà di licenziamento solidale agli interessi immediati della ristrutturazione capitalistica del dopoguerra non fosse aggirabile con la sola utilizzazione di strumenti interpretativi, tecnicamente validi, ma destinati a scontrarsi con la compattezza di un sistema normativo in cui la costituzione entrava solo come «promessa tradita»"[95]. Dunque, un intervento che consentì l'avvicinamento ai valori costituzionali della disciplina in materia di licenziamenti[96].

Una parte della dottrina legge l'assunto della Consulta in chiave di strumentalità del diritto al lavoro rispetto all'obiettivo del pieno impiego[97]. Questo nesso sussiste certamente; tuttavia, da esso non discende la conseguenza che quella dottrina pretende di trarne, e cioè che il principio dell'art. 4 Cost., può "coesistere con un assetto di piena e libera recedibilità dal contratto di lavoro"[98]. Anche in regime di piena occupazione, come si è appena visto citando la Consulta, va fatta salva la necessità di assicurare la continuità dell'impiego, circondando di opportune garanzie

---

[94] Cfr. ancora G. GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni* cit., p. 60 s.

[95] Cit. da GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti* cit., p. 44.

[96] *Contra* DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate* cit., p. 61, secondo la quale la l. 604 non può essere letta come intervento di costituzionalizzazione della disciplina del recesso, "posto che tra l'entrata in vigore della Costituzione e l'entrata in vigore della legge n. 604/1966 è intercorso un significativo lasso di tempo". La posizione è degna di ogni considerazione e ancor più lo sarebbe se la si fondasse, come pure è stato da altri fatto, sull'essere la tutela obbligatoria mero modo di essere della libera recedibilità (v. MANCINI, *Sub art. 18* cit., p. 245); tuttavia, l'opinione espressa nel testo fonda sul fatto che la l. 604 è il frutto della sentenza n. 45 del 1965 (nello stesso senso, cfr. ancora G. GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni* cit., p. 60 s.), con la quale la Corte Costituzionale pose fine ad un dibattito, quello sulla compatibilità tra art. 2118 c.c. e Costituzione, che durava da anni ed il cui esito, in assenza di quella presa di posizione della Consulta, sarebbe stato con ogni probabilità l'opposto. La l. 604, ad opinione di chi scrive, non fa che seguire quella presa di posizione, recependo in buona parte anche l'elaborazione dei contratti collettivi e mutando così il corso che l'evoluzione dottrinale stava dando alla conformazione della disciplina. Cfr. anche, in diversa prospettiva (che peraltro conferma indirettamente quanto si sostiene nel testo), PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto* cit., p. 443, che osserva come gli interventi della Corte Costituzionale prima e del legislatore poi possano essere letti come frutto della elaborazione dottrinale del periodo immediatamente postcostituzionale: "probabilmente proprio la circostanza che la dottrina, nel corso degli anni cinquanta, sia stata in grado di superare il condizionamento derivante dalle concezioni tradizionali di cui si è detto, unitamente al contemporaneo tentativo di dare rilievo all'illiceità dei motivi del licenziamento, costituirono la premessa culturale che consentì al legislatore, per la prima volta nel 1963, di porre un limite assoluto al licenziamento per causa di matrimonio sancendone la nullità. E su questa via la legge ha poi proseguito sancendo nel 1966, la nullità dei licenziamenti determinati da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali e poi, nel 1970, l'invalidità di ogni licenziamento non determinato da giustificato motivo o da giusta causa" (cit. da p. 443).

[97] Si tratta di PERA, *Diritto del lavoro,* Cedam, Padova, 1996, p. 63, secondo il quale l'impostazione data al problema dalla Consulta implica la necessità "di un indirizzo politico che vincola lo Stato a determinare comunque, con tutti gli strumenti che ha a disposizione, una situazione di pieno impiego"; obiettivo, questo, "che non comporta, di per sé, la necessità di instaurare o no un determinato regime per quanto attiene alla risoluzione del contratto di lavoro", anche se "una limitazione del recesso potrà essere opportuna e forse costituzionalmente doverosa in base ad altri principi" (tutte le citt. sono da p. 63).

[98] Cit. ancora da PERA, *Diritto del lavoro* cit., p. 63.

la facoltà di recesso datoriale: a prescindere dalla concreta possibilità di trovare facilmente e rapidamente un nuovo impiego, qui è in gioco la dignità del lavoratore nel rapporto e la necessità di considerare l'occupazione non come mera variante macroeconomica, ma come strumento di garanzia dello sviluppo della persona. Il Costituente, deve ritenersi, tutela il diritto al lavoro non in quanto tale, ma conscio dell'essere il lavoro il primo strumento di promozione dello sviluppo dell'individuo, come singolo e nel contesto sociale nel quale vive. Non a caso l'art. 4 segue immediatamente il comma 2 dell'art. 3, che assegna alla Repubblica il compito di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". Anzi, da questo punto di vista potrebbe dirsi che l'art. 4, comma 1 interviene a chiarire e specificare quanto discende già naturalmente dal testo del secondo comma dell'articolo precedente[99].

Per questa ragione, a tacer d'altro, deve essere adeguatamente valorizzata la parte della citata pronuncia della Corte Costituzionale che fa esplicito riferimento alla necessità di circondare la facoltà datoriale di recesso di opportune cautele, atte a garantire che il licenziamento sia adottato solo quando "si renda necessario". Il che significa che è ben vero che l'art. 4 nulla impone in termini di forma di tutela contro il licenziamento ingiustificato, e questo assunto può ormai dirsi consolidato nella giurisprudenza costituzionale, ma è altrettanto vero che impone una qualche tutela, quale che ne sia la forma, essendo la relativa scelta rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario. Dunque, dall'art. 4 non discende "un vero e proprio diritto soggettivo alla conservazione del posto"[100], ma discende per il legislatore la necessità di approntare una disciplina che consenta il recesso quando sia necessario, vale a dire quando non sia arbitrario. Ciò è a dire che la norma costituzionale in discorso non impone un particolare regime o apparato di tutela, non riguarda la forma della tutela, che resta nella discrezionalità del legislatore ordinario, ma impone solo la preclusione del licenziamento arbitrario e, dunque, la sindacabilità del recesso e l'esistenza di una qualsivoglia tutela contro il licenziamento ingiustificato[101].

Quanto precede non significa la messa al bando di tutte le ipotesi di licenziamento *ad nutum*; significa solo che tali ipotesi non possono costituire espressione di un principio generale del nostro ordinamento e, quindi, vanno correlate a specifiche esigenze sottostanti le relative fattispecie, che il legislatore ordinario ha ritenuto degne di considerazione. Un caso venuto in rilievo nella

---

[99] Conf. PERA, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 90 s.; per il riferimento all'art. 3, comma 2 Cost., tra i lavoristi, cfr. anche D'ANTONA, *La reintegrazione* cit., p. 85 e, molto prima, SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema* cit., p. 45 ss. (part. pp. 48-49). Ma si tratta di affermazione assolutamente condivisa, per il che sarebbe impossibile (e forse neanche utile) dare conto di tutti coloro che se ne sono occupati.

[100] Cfr. Corte Cost. n. 81 del 1969, *Giur. Cost.*, 1969, p. 1150.

[101] Cfr. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali* cit., p. 16 ss., secondo il quale l'affermazione che il licenziamento deve essere consentito quando è necessario fonda le regole del *repêchage* e dell'adeguatezza del licenziamento per inadempimento: "si afferma spesso riduttivamente che la garanzia costituzionale riguarderebbe la sola garanzia per il lavoratore di non subire un licenziamento ingiustificato. Indipendentemente dallo spazio di discrezionalità che viene riconosciuto al legislatore, sul quale tornerò nel § 14, la giustificazione è però nella giurisprudenza costituzionale sempre in funzione della stabilità. Sicché è corretto individuare il punto di bilanciamento tra gli artt. 41 e 4 Cost. nel principio dell'*extrema ratio* che, incidendo direttamente sulla portata dell'art. 3, l. n. 604 del 1966 contribuisce alla configurazione delle regole del *repêchage* e dell'adeguatezza del licenziamento per inadempimento" (cit. da p. 17-18).

giurisprudenza costituzionale è quello del recesso *ad nutum* in pendenza del periodo di prova[102]: qui è chiaro che la libera recedibilità, intesa come libera valutazione dell'esito della prova, è ontologicamente connaturata alla (e quindi necessitata dalla) funzione stessa dell'istituto.

Più in generale sembra potersi dire che quella appena descritta è la posizione assunta dalla Consulta nel corso del quarantennio successivo alla citata sentenza n. 45 del 1965. L'art. 4 non impone né l'opzione per una certa forma di tutela contro il licenziamento ingiustificato (reale od obbligatoria)[103], né l'assolutizzazione del principio di necessaria giustificatezza del licenziamento, vale a dire la completa scomparsa dall'ordinamento di ipotesi di libera recedibilità dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato[104]. Ciò che però la norma costituzionale impone è, come si è detto, che queste ultime ipotesi vedano una giustificazione di fondo per la permanenza in esse della regola del libero recesso o, in altri termini, che il rapporto regola-eccezione sia ricostruito nel senso che la prima è costituita dalla l. 604 del 1966 e dal principio in essa contenuto.

Benché l'intervento del legislatore, con lo Statuto dei lavoratori prima e con le leggi 11 maggio 1990, n. 108 e 23 luglio 1991, n. 223 poi, sia valso a consolidare l'assetto descritto, non si può dire che la questione abbia valore meramente storico o teorico[105], poiché l'esatta delimitazione della portata dell'art. 4 Cost. resta fondamentale per delineare gli argini ad eventuali mutamenti della legislazione, dovuti tanto all'iniziativa parlamentare, tanto a quella popolare attraverso gli istituti di democrazia diretta[106].

A conferma della lettura che si sta dando della giurisprudenza costituzionale possono essere ricordate alcune tra le più note sentenze con le quali la Consulta nel corso del tempo ha affrontato il problema da diversi punti di vista. Sentenze nelle quali la Corte Costituzionale ha ribadito, da un lato, la discrezionalità del legislatore ordinario nella scelta del regime di tutela contro il licenziamento ingiustificato e, dall'altro, la legittimità di ipotesi di libero recesso, purché giustificate da esigenze obiettive.

Tra le sentenze nelle quali la Consulta ha difeso la discrezionalità del legislatore ordinario nella scelta della forma di tutela applicabile contro il licenziamento ingiustificato si può ricordare la

---

[102] Cfr. Corte Cost. n. 180 del 1980, *Giur. Cost.*, 1980, p. 1629.

[103] Cfr. Corte Cost. 19 giugno 1975, n. 152, *Giur. Cost.*, 1975, p. 1389; Corte Cost. 8 luglio 1975, n. 189, *Giur. Cost.*, 1975, p. 1514; Corte Cost. 14 gennaio 1986, n. 2, *Giur. Cost.*, 1986, p. 9; Corte Cost. 14-26 gennaio 1988, n. 106, *Giur. Cost.*, 1988, p. 319. In dottrina, da ultimo, cfr. S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali* cit., p. 12 s.

[104] Oltre il caso del periodo di prova vanno ricordate le prime pronunce sull'art. 345 c.nav.: cfr. Corte Cost. n. 120 del 1975, *Giur. Cost.*, 1976, p. 911; Corte Cost. 26 maggio 1976, n. 129, *Mass. Giur. Lav.*, 1976, pp. 319 e 667 con nota di LONGOBARDI, *Disciplina dei licenziamenti individuali e statuto dei lavoratori in tema di risoluzione dei contratti di lavoro nella navigazione marittima ed aerea*. Anche se, è bene sottolinearlo, si tratta di orientamento poi superato: Corte Cost. 26 marzo 1987, n. 96 (*Mass. Giur. Lav.*, 1988, p. 242 con nota di LONGOBARDI, *La disciplina dei licenziamenti individuali del personale della navigazione marittima nel nuovo orientamento della Corte Costituzionale*) ha esteso infatti l'applicazione dell'art. 18 st. lav. anche al personale di mare delle imprese di navigazione; Corte Cost. 17 gennaio 1991, n. 41 (*Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, II, p. 258, con nota di MARIANI) ha fatto lo stesso per il personale delle imprese di navigazione aerea. Sul punto cfr. APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro* cit., p. 201 s.

[105] Sembra invece di questo avviso PERA, *Diritto del lavoro* cit., p. 62 s., secondo il quale "la questione […] ha perso, in parte, interesse concreto (non in termini teorici; di principio), a seguito del recente superamento del principio del recesso *ad nutum*".

[106] Ed infatti la norma è venuta in rilievo nel vaglio di ammissibilità dei referendum sull'art. 18: cfr. Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 46, MGL, 2000, p. 376, con nota di RENDINA; e Corte Cost. 6 febbraio 2003, n. 41, RIDL, 2003, II, p. 218 ss. con nota di GHIRARDI.

sentenza n. 194 del 1970[107], con la quale la Corte ha respinto l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 8 della l. 604 del 1966, e le altre sentenze nelle quali essa ha rigettato le eccezioni di incostituzionalità relative ai limiti fissati dall'art. 35 st. lav. all'ambito di applicazione della tutela reale[108]. Tra quelle che invece hanno ribadito la compatibilità con la norma costituzionale di ipotesi di libero recesso, oltre a quella già citata relativa al recesso durante il periodo di prova, possono ricordarsi le sentenze sul licenziamento del lavoratore che abbia conseguito il diritto alla pensione, statuendo la legittimità della previsione del recesso *ad nutum* nei confronti di lavoratori ultrasessantacinquenni con diritto al trattamento pensionistico[109] e, per converso, la illegittimità della medesima previsione quando il lavoratore, benché ultrasessantacinquenne, non abbia comunque diritto al trattamento[110]. O anche quelle relative alla disciplina del licenziamento dei lavoratori domestici[111].

In sostanza, dunque, e salvi i casi nei quali ritiene legittima, in via residuale e per effetto di speciale giustificazione, la previsione del libero recesso, la Corte Costituzionale sembra essersi orientata nel senso di far discendere dall'art. 4 della Costituzione un diritto del lavoratore a non subire un licenziamento arbitrario, non radicalizzando la portata della norma fino a farne discendere un diritto ad una determinata forma di tutela, ma in linea di massima richiedendo che il sacrificio dell'interesse del lavoratore alla conservazione del rapporto sia dettato da obiettive esigenze della controparte e non da puro capriccio o motivo illecito[112]. Medesima impostazione la Corte segue quando ritiene legittima la libera recedibilità in costanza della prova, salvaguardando così la discrezionalità del datore di lavoro quanto alla valutazione dell'esito: è una discrezionalità che va intesa limitata dalla funzione dell'istituto nell'ambito del quale si esplica. Al tempo stesso la Consulta ha dimostrato di volere tenere conto dell'interesse del prestatore, fino al punto da enucleare dalla norma costituzionale un vincolo per il legislatore ordinario, ma solo se e nella misura in cui il rapporto di lavoro costituisca effettivamente la principale fonte di reddito, tanto appunto

---

[107] Corte Cost. 28 dicembre 1970, n. 194, *Giur. Cost.*, 1970, p. 2222.

[108] Cfr. le pronunce citate *supra* alla nota 49.

[109] Cfr. Corte Cost. 1 febbraio 1983, n. 15, *CS*, 1983, I, 178 e 1985, II, 871 con nota di NODARO, *Ancora sulla costituzionalità del licenziamento ad nutum del lavoratore pensionato*) secondo la quale l'assenza di tutela contro il licenziamento è giustificata dal fatto che il diritto alla percezione del trattamento pensionistico rappresenta per l'anziano "una sufficiente ed obiettiva ragione di esclusione della garanzia di stabilità dell'impiego".

[110] Cfr. Corte Cost. 7 luglio 1986, n. 176, reperibile su www.cortecostituzionale.it

[111] Cfr. Corte Cost. 5 febbraio 1974, n. 27, *Giur. Cost.*, 1974, I, p. 94; Corte Cost. 14 gennaio 1976, n. 9, *Giur. Cost.*, 1976, I, p. 46; Corte Cost. 7-15 marzo 1994, n. 86, *Giur. Cost.*, 1994, I, p. 838, con nota di PICCININNI, *Specialità del rapporto di lavoro domestico e tutela della lavoratrice madre contro il licenziamento, Giur. Cost.*, 1994, II, p. 2981; Corte Cost. 8-12 luglio 2002, n. 334, *Giur. Cost.*, 2002, II, p. 2562.

[112] Diversamente SALAZAR, *Alcune riflessioni* cit., p. 13 ss., che, dopo avere condivisibilmente distinto, nell'ambito dell'art. 4, tra il principio – riconoscimento del diritto al lavoro – ed il programma – promozione delle condizioni che rendano effettivo tale diritto (p. 14), parla di stabilità del lavoro come fosse sinonimo di giustificatezza e senza distinguere il profilo dell'esistenza della tutela da quello della forma di tutela. Neanche ci si sente di condividere la valutazione della confusione del legislatore della l. 604 (p. 16) e l'affermazione della impossibilità di un'abrogazione secca delle norme attuative del diritto alla stabilità (considerazione smentita dalla recente valutazione di ammissibilità di un referendum abrogativo dell'art. 18: cfr. la già citata Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 46); a meno che per abrogazione secca si intenda l'abrogazione di ogni forma di tutela (ma l'A., invero, cita solo lo Statuto e la l. 108/90, con il che sembra si riferisca alla stabilità reale, dunque alla forma della tutela e non alla esistenza in sé della tutela).

da considerare legittima l'esclusione di qualsiasi tutela a favore del lavoratore che abbia diritto alla percezione di un trattamento pensionistico[113].

### 3. (segue): la discrezionalità del legislatore ordinario, i tentativi di costruire una relazione biunivoca tra Costituzione e art. 18 st. lav. e la necessità di salvaguardare il principio di necessaria giustificatezza del licenziamento

Il vincolo al legislatore ordinario che risulta da questa giurisprudenza costituzionale sembra, nel complesso, il frutto di un adeguato bilanciamento tra le esigenze di dinamismo e flessibilità della parte datoriale e quelle di tutela della parte debole del rapporto. Di fronte a questo assetto interpretativo consolidato da oltre quaranta anni di pronunce, la dottrina – pur non priva di voci contrarie a ritenere costituzionalmente necessario persino il minimo di tutela considerato indefettibile dalla Consulta[114] – ha proposto ricostruzioni che potessero dimostrare l'esistenza del vincolo costituzionale non solo quanto alla sussistenza di una tutela contro il licenziamento ingiustificato, ma anche alla forma che questa tutela deve assumere, in particolare cercando di configurare l'indefettibilità e quindi l'immodificabilità della tutela reale[115] secondo una linea interpretativa che è stata poi definitivamente smentita, come si è detto, dalla Corte Costituzionale nelle sentenze che nel 2000 e nel 2003 hanno dichiarato ammissibili i referendum (di segno opposto) abrogativi (in tutto o in parte) dell'art. 18 st. lav.[116].

Il tentativo di cui si tratta merita comunque qualche ulteriore considerazione, poiché il "desiderio" di rinvenire un vincolo costituzionale siffatto sembra, comprensibilmente, diffuso ancora oggi nella dottrina. Esso fonda sull'idea di un rapporto biunivoco tra le norme costituzionali e l'art. 18 st. lav., come se non solo le prime fossero presupposte dall'art. 18, ma la conservazione di quest'ultimo fosse da esse imposta. Idea, questa, che, per quanto brillantemente sostenuta, non può essere condivisa. A prescindere dal fatto che la norma costituzionale di riferimento sia individuata nell'art. 4, come sembra preferibile, o nell'art. 41 e nel limite dell'utile sociale quale criterio di indirizzo dell'attività economica privata (idea criticata per la variabilità di quel limite, che

---

[113] Sembrano sostanzialmente confermare questo ordine di idee le successive Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 331, su www.cortecostituzionale.it; Corte Cost. 8 febbraio 1991, n. 60, Riv. It. Dir. Lav., 1992, II, 14, con nota di MARIANI; Corte Cost. 15 luglio 1993, n. 318, *Giur. Cost.*, 1993, 2580; Corte Cost. 17 marzo 1995, n. 86, Mass. Giur. Lav., 1995, 150, con nota di PELAGGI; Corte Cost. 4 dicembre 2000, n. 541 www.cortecostituzionale.it; Corte Cost. 10 febbraio 2006, n. 56 www.cortecostituzionale.it.

[114] Il riferimento è al già criticato PERA, *Diritto del lavoro* cit., p. 63, secondo il quale il principio dell'art. 4 Cost. potrebbe "coesistere con un assetto di piena e libera recedibilità dal contratto di lavoro".

[115] Cfr., in particolare, MANCINI, *Sub art. 4* cit., p. 240 s. e D'ANTONA, *La reintegrazione*, cit., p. 82 ss., l'impostazione dei quali differisce essenzialmente perché il primo è contrario all'individuazione del fondamento costituzionale dell'art. 18 st. lav. nell'art. 41 cost., ed in particolare nel limite dell'utile sociale, considerato (a ragione) valore storicamente mutevole, non sufficiente ad arginare tentativi di modifica della disciplina positiva della tutela reale. Tentativi, tuttavia, come anche si è detto, che la Corte Costituzionale non ha voluto arginare neanche fondando la disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato sull'art. 4 cost., nel momento in cui ha rimesso alla discrezionalità del legislatore ordinario la scelta della forma in cui quella tutela si estrinseca. L'idea che il fondamento della tutela contro i licenziamenti ingiustificati dovesse essere rinvenuta principalmente nell'art. 41 Cost. risale principalmente a V. CRISAFULLI, *Diritto al lavoro e recesso* ad nutum, nota a Corte Cost. 45 del 1965, Giur. Cost., 1965, p. 663 ss.

[116] Cfr. Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 46, MGL, 2000, p. 376, con nota di RENDINA; e Corte Cost. 6 febbraio 2003, n. 41, RIDL, 2003, II, p. 218 ss. con nota di GHIRARDI.

lascia esposta la legislazione ordinaria al vento dei mutamenti politici[117]), o nel combinato disposto di questi due articoli[118], deve escludersi che le norme in questione possano essere lette come impositive di un determinato regime sanzionatorio. Il che, naturalmente, non significa che chi scrive prenda con ciò posizione in merito all'opportunità dell'uno o dell'altro regime. Significa solo che la relativa scelta deve essere riguardata come opzione politica, legata alla valutazione discrezionale della sua opportunità, non ad inesistenti vincoli giuridici.

L'opinione che si contesta troverebbe appiglio nella sentenza n. 45 del 1965, in base alla quale con l'art. 18 st. lav. "il legislatore non ha fatto che adempiere un preciso dovere prescrittogli"[119] dall'art. 4 ed in particolare nel passo in cui la Consulta avrebbe affermato (secondo Mancini[120]) che dall'art. 4 il legislatore "era *obbligato* a «circondare di doverose garanzie (…) e di opportuni temperamenti i casi in cui si rende necessario far luogo a licenziamenti»". Ma è facile accorgersi che si tratta di una lettura ipervalutativa del portato vincolistico di quella pronuncia. Al contrario, lo spirito della sentenza rivela la preoccupazione della Corte di salvaguardare l'autonomia e, dunque, la discrezionalità del potere legislativo. Preoccupazione, che, come si è visto, ha con i dovuti limiti guidato tutta l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia. La Consulta afferma infatti che "l'art. 4 della Costituzione, come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione (il che è reso evidente dal ricordato indirizzo politico imposto allo Stato, giustificato dall'esistenza di una situazione economica insufficiente al lavoro per tutti, e perciò da modificare), così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto. 4. - Con ciò non si vuol dire che la disciplina dei licenziamenti si muova su un piano del tutto diverso da quello proprio dell'art. 4 della Costituzione. Se, infatti, è vero che l'indirizzo politico di progressiva garanzia del diritto al lavoro, dettato nell'interesse di tutti i cittadini, non comporta la immediata e già operante stabilità di quelli di essi che siano già occupati, ciò non esclude, ma al contrario *esige che il legislatore* nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale *adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina* dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie - particolarmente per quanto riguarda i principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell'ordinamento giuridico con efficacia erga omnes, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tener conto anche nell'interpretazione ed applicazione del diritto vigente - e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti."[121]. Dunque, come si vede, nessun "obbligo" per il legislatore quanto alla forma della tutela, ma solo il dovere di provvedere ad apprestare una tutela "*sulla base delle valutazioni di sua competenza*": se il legislatore fosse vincolato come pretende la ricordata opinione, non si comprende in cosa mai potrebbero consistere tali valutazioni.

---

[117] La critica, come si è già detto (nota 50), è di MANCINI, *Sub art. 4* cit., p. 240 s.

[118] Come afferma D'ANTONA, *La reintegrazione*, cit., p. 82 ss. Sul punto, per un quadro d'insieme, cfr. ancora NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 8 ss.

[119] Cit. da MANCINI, *Sub art. 4* cit., p. 240.

[120] Ancora MANCINI, *Sub art. 4* cit., p. 240, dal quale è tratta anche la seconda citazione (nella quale il corsivo è mio).

[121] Cit. da Corte Cost. 45/1965, già cit. (reperibile comunque su www.cortecostituzionale.it).

Oltre questa lettura della sentenza della Corte costituzionale del 1965, una relazione biunivoca tra norme costituzionali ed art. 18 dello Statuto dei lavoratori fonda sull'idea per la quale il diritto alla conservazione del posto di lavoro diviene effettivo "*solo* quando i limiti posti al potere di recesso abbiano carattere reale"[122]. Il che non è dubbio sul piano assiologico. E non lo è neanche su quello puramente logico. Il problema sta nel fatto che è dubbio che il diritto al lavoro si identifichi nel diritto alla conservazione del posto e non piuttosto nel diritto ad una tutela contro il licenziamento ingiustificato, vale a dire nel diritto che al licenziamento ingiustificato seguano delle sanzioni a carico del datore di lavoro[123]. In altri termini, la relazione biunivoca che si discute fonda su una premessa logica che è però tutta da dimostrare, benché apprezzabile sul piano della giustizia sostanziale. Ma qui non si tratta di condividere una opzione assiologica, bensì di verificare quale sia, nei fatti, la portata di una norma. A parte la considerazione che è difficile, ora come allora, reclamare l'esistenza di un nesso di consequenzialità necessaria tra Costituzione e art. 18 st. lav., dopo la lunga convivenza, sotto gli occhi della stessa Corte Costituzionale, di diritto al lavoro e recesso *ad nutum*[124].

Sul piano strettamente logico, poi, una cosa è dire che una scelta del legislatore ordinario è compatibile con la Costituzione o, anche, fondata su di essa (giudizio che in ambedue i casi concerne il risultato della scelta), altra cosa è affermare che si tratta di una scelta irrevocabile o di una scelta effettuata seguendo una direzione imposta dalla Costituzione e che non può essere messa in discussione senza andare in contrasto con quest'ultima (giudizio e vincolo che non riguardano il prodotto della scelta, ma la stessa facoltà di scegliere e, dunque la discrezionalità del potere legislativo)[125].

Queste osservazioni escono corroborate dalla conformazione che la Consulta ha dato alla tutela che discende dall'art. 4 della Costituzione e, come si vedrà nel seguito, da quella che la tutela contro il licenziamento ingiustificato sta assumendo sul piano comunitario. Una conformazione, va sottolineato, che nasce dall'esigenza, anche logica, di non confondere il principio con sue affermazioni concrete o, se si vuole, con le diverse regole compatibili con esso e, quindi, di non sottrarre agli organi depositari della sovranità popolare valutazioni e decisioni loro spettanti, presentando come unica soluzione giuridicamente legittima ciò che è invece il frutto di opzioni politiche fondate sui valori di alcuni. Comunque, che le conclusioni cui si è giunti circa i rapporti tra art. 4 Cost. e art. 18 st. lav. siano oggi difficilmente controvertibili è ammesso pacificamente anche da quella dottrina che le ritiene insoddisfacenti sul piano delle esigenze di tutela del prestatore di lavoro subordinato nella fase di uscita dal rapporto[126].

---

[122] Cit. ancora da MANCINI, *Sub art. 4* cit., p. 241.

[123] Cfr. già Corte Cost. n. 81 del 1969, *Giur. Cost.*, 1969, p. 1150, secondo la quale "resta tuttavia escluso che possa parlarsi in relazione all'art. 4 della Costituzione di un vero e proprio diritto soggettivo alla conservazione del posto da parte del lavoratore" (la citazione è tratta dal testo reperibile su www.cortecostituzionale.it).

[124] È il rilievo, dettato da sano pragmatismo analitico, di R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, Angeli, Milano, 1978, p. 178, riportato da D'ANTONA, *La reintegrazione* cit., p. 84 s.; che non lo condivide, pur osservando come il rilievo sia valido pur dopo l'entrata in vigore della l. 604 e dello statuto dei lavoratori, data la sopravvivenza di fattispecie di libera recedibilità.

[125] V. però SALAZAR, *Alcune riflessioni* cit., p. 15, che parla di "un fenomeno di «impoverimento» della discrezionalità legislativa".

[126] Cfr., in termini del tutto condivisibili, BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità* cit., p. 12 ss. e NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 16 ss. e part. p. 70 ss.

Dunque, è ben vero che la tutela cd. obbligatoria non può essere considerata, almeno per come oggi è disegnata, una tutela veramente efficace; anzi essa, a rigore, non è che un modo di atteggiarsi della libera recedibilità, considerato che il licenziamento, benché illegittimo, resta atto valido e produttivo degli effetti suoi propri[127]. Per fare fronte a questa inadeguatezza è però necessario, ad avviso di chi scrive, tentare di formulare delle valide proposte alternative che possano trovare spazio nel dibattito che sta investendo la materia e fare anche da contraltare alle proposte modificative (in senso riduttivo) della tutela reale. Con l'obiettivo, possibilmente, di arrivare ad un sistema più organico, con una forma unica di tutela che tenga conto dell'esigenza di assicurare una protezione effettiva al lavoratore, ma anche della necessità di non consegnare il datore ad anni di incertezza sull'esito della vicenda. Di queste esigenze tiene adeguatamente conto la proposta elaborata dalla Commissione istituita presso il Ministero del Lavoro e presieduta da Raffaele Foglia, che dedica ampia attenzione sia al problema di garantire un'effettiva tutela al lavoratore, sia a quello di garantire, nell'interesse di entrambe le parti, una ragionevole durata dei processi, proponendo l'introduzione di un procedimento sommario per il giudizio in materia di licenziamenti e trasferimenti. La proposta di riforma prevede anche, "a garanzia dell'attuazione effettiva del capo del provvedimento (ordinanza o sentenza) di condanna alla reintegra", "una forte misura coercitiva di carattere pecuniario, individuata sul modello francese delle *astreintes*, connotata dalla irripetibilità delle somme (corrisposte o da corrispondere) in caso di successiva sentenza (di primo grado o d'appello) dichiarativa della legittimità del licenziamento"[128]. Qui, se è indubbia la necessità di risolvere il problema della incoercibilità dell'obbligo di reintegra[129], la irripetibilità delle somme anche in caso di successiva dichiarazione di legittimità del licenziamento è soluzione draconiana che si rifà ad una certa visione della modalità di garantire i valori implicati nel rapporto di lavoro. Una visione che ben può essere condivisa, ma deve restare chiaro che si tratta di un'opzione politica, non di una conclusione imposta dal dettato costituzionale[130].

---

[127] Cfr. in questo senso MANCINI, *Sub art. 18* cit., p. 245.

[128] Le citt. sono tratte dalla relazione, p. 17. Della necessità di considerare attentamente le proposte di riforma in materia processuale in relazione al problema della giustificazione causale del licenziamento parla anche L. ZOPPOLI, *Flexicurity e licenziamenti: la strict Employment Protection Legislation*, ID. (a cura di), *Flexicurity e tutele del lavoro tipico e atipico*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".*INT* – 57/2007, p. 15. Sul progetto di riforma del processo del lavoro elaborato in sede governativa, cfr. poi A. ALLAMPRESE - L. FASSINA (a cura di), *Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro*, Ediesse, Roma, 2007. La relazione della Commissione Foglia sulla riforma del processo del lavoro sottolinea che "l'intervento riformatore è stato dettato dalla constatazione che la lunghezza del rito del lavoro si pone con accenti di speciale gravità allorché la controversia ha ad oggetto aspetti essenziali del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alle questioni in materia di trasferimento dei lavoratori e di licenziamento" (cit. da p. 2); avvertendo poi specificamente della "necessità di individuare meccanismi processuali di urgenza per la definizione delle controversie di lavoro in materia di trasferimenti e licenziamenti" (cit. da p. 3). Cfr. anche NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 64, che parla di "persistente inadempienza del legislatore nel predisporre un adeguato sistema di misure coercitive indirette finalizzate a premere sul datore di lavoro perché adempia spontaneamente", mostrando poi apprezzamento per la proposta della Commissione Foglia (cfr. p. 72).

[129] Peraltro, come sulla scia di Mengoni sottolinea giustamente NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 63, non si tratta di un obbligo infungibile di fare: "le attività richieste al datore di lavoro non sono infungibili «per la loro natura, cioè in quanto espressione di qualità personali irripetibili». Le obbligazioni del datore di lavoro sono, piuttosto, escluse dal campo di operatività dell'esecuzione diretta per via di surroga per una precisa scelta di valore (cd. infungibilità giuridica)".

[130] Come invece potrebbe far pensare la relazione della Commissione Foglia, la cui parte sui licenziamenti si apre proprio con il riferimento alla Costituzione e all'art. 30 della Carta di Nizza: "il diritto alla conservazione del rapporto di lavoro è diritto fondamentale della persona ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione, in quanto attinente alla conservazione del luogo, *id est* dell'inserimento nella formazione sociale, dove si svolge la sua personalità. Da ultimo la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, ha reso più visibile il valore fondamentale della tutela contro ogni licenziamento ingiustificato (articolo 30, Carta dei Diritti)" (cit. da p. 15). Anche qui deve ribadirsi che la Commissione non sostiene assolutamente la sua proposta sia imposta dalla

Altre sono invero le critiche che possono essere mosse alla Consulta, ed investono l'operatività dello stesso principio di necessaria giustificatezza del licenziamento, vale a dire, l'esistenza stessa di una tutela, qualche che ne sia la forma. Su questo piano, altra dottrina[131] fa osservare che è ben difficile ammettere la ragionevolezza e la costituzionalità della esclusione, in origine, dei datori di lavoro con minor numero di dipendenti dall'applicazione del principio di necessaria giustificatezza del licenziamento e, ancora oggi, dei dirigenti[132]. Qui il discorso ha indubbiamente ragion d'essere, dal momento che si tratta dello stesso diritto ad una tutela contro il licenziamento ingiustificato.

Della prima esclusione cui si è fatto riferimento ha fatto giustizia il legislatore nel 1990[133]; qui può solo osservarsi che l'area di esenzione era individuata tramite un criterio, quello del numero dei dipendenti, che, se è può essere discutibile per la scelta del regime di tutela[134], è assolutamente inidoneo a supportare l'esclusione della stessa esistenza della tutela, poiché, per fare ciò, dovrebbe trovare giustificazione nella tutela di un interesse prevalente, anch'esso costituzionalmente protetto. Il che non è[135]. In altri termini, il criterio del numero dei dipendenti è criticabile in ogni caso ed a ragione, se si pensa che bene avrebbe potuto il legislatore affiancare a quello del numero dei dipendenti un criterio economico puro, come ad es. il fatturato, più affidabile nella individuazione della dimensione reale sul piano economico dell'organizzazione datoriale[136]. Questa critica, tuttavia, non può, ad opinione di chi scrive, essere fondata sul piano costituzionale. Certo, si può richiamare il principio di uguaglianza sostanziale considerato dal lato dei lavoratori,

---

Costituzione o dall'art. 30 della Carta di Nizza. Tuttavia, questa citazione in apertura, che vuole in realtà individuare il fondamento della disciplina proposta, rischia di creare qualche confusione al riguardo, proprio per la sottigliezza della distinzione, che si ricordava in apertura del paragrafo 2 di questo lavoro, tra la considerazione delle norme costituzionali come fondamento e presupposto di scelte normative o come produttive di vincoli al legislatore ordinario. Fa riferimento alla necessità di misure di coercizione indiretta anche NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 72.

131 Cfr. F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Liguori, Napoli, 1982, p. 76 ss.

132 Si tratta di questione poi superata dalla l. 108 del 1990, che ha ridotto notevolmente l'area della libera recedibilità.

133 Sulla legge 108/90 cfr. per tutti R. DE LUCA TAMAJO – M. D'ANTONA, *Disciplina dei licenziamenti individuali (l. 11 maggio 1990 n. 108).*, Le nuove leggi civili commentate, Cedam, Padova, 1991.

134 Ed è infatti assai discusso: cfr., da ultimo, in modo assai efficace, NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali* cit., p. 70 s. secondo il quale è vero che "la Corte cost. ha sempre negato che il bilanciamento tra gli artt. 4 e 41 Cost. imponga un determinato regime di tutela la cui messa a punto è affidata alla discrezionalità del legislatore", ma "discrezionalità non significa […] libertà totale del legislatore ovvero insindacabilità delle sue scelte regolative. Con l'affermarsi della logica dei principi, sempre più spesso tali scelte sono, infatti, sottoposte a controlli di ragionevolezza e di razionalità interna al sistema. E da questo diverso punto di vista, si dovrebbe prendere definitivamente atto che gli argomenti utilizzati a sostegno del modo in cui è stata esercitata la discrezionalità legislativa nel bipartire le aree di tutela non appaiono più sufficienti. Essi confondono spesso la continuità del rapporto con quella dell'adibizione concreta alle mansioni. Inoltre poggiano su una presunta (e mai dimostrata) rilevanza diretta della fiducia del rapporto e sul criterio della compatibilità ambientale, clamorosamente contraddetta da una serie di dati di diritto positivo afferenti, quindi, proprio alla razionalità interna al sistema. È l'ipotesi dell'unità produttiva con meno di sedici dipendenti in organizzazioni datoriali con più di sessanta dipendenti nel complesso. Infine, viene chiamato in gioco pure il criterio economico la cui ragionevolezza è stata però anch'essa messa in crisi dalla l. n. 108 del 1990 la quale, con scarsa coerenza, si accontenta, a volte, di sedici dipendenti mentre, altre volte, ne richiede almeno sessanta. Né va dimenticato, sempre dal punto di vista della ragionevolezza, che «oggi non può dirsi marginale l'ipotesi di un'impresa con alto investimento di capitale e ingente fatturato, e tuttavia con meno di (…) 16 dipendenti». È ragionevole equiparare, ad es., il piccolo bar di periferia e il laboratorio artigianale pienamente inserito in un distretto industriale?" (la cit. è tratta dalla fine della p. 70 e l'inizio della p. 71 della versione disponibile sul sito www.aidlass.org).

135 Per altre considerazioni cfr. MAZZIOTTI, *Il licenziamento* cit., p. 76 ss.

136 Cfr. ancora NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 71.

tutti bisognosi della medesima tutela[137]. Ma già quando si consideri la questione in base allo stesso principio di eguaglianza sostanziale visto dalla parte datoriale le cose cambiano, poiché il diverso numero di dipendenti muta non poco l'organizzazione del datore (ed è spesso anche indice della consistenza economica di questa organizzazione)[138]. Il punto è però altro ed emerge chiaramente dall'assetto della giurisprudenza costituzionale (in questo non tacciabile di contraddizioni): fino a quando si discuta del regime di tutela spetta al legislatore ordinario la discrezionalità di scegliere nel modo che reputi più opportuno ed in base ai criteri che ritenga efficienti. Lo stesso non può dirsi quando si discuta della stessa esistenza della tutela, ovverosia del principio in base al quale il licenziamento deve essere sorretto da adeguata giustificazione, poiché questo principio trova copertura costituzionale diretta nell'art. 4 Cost. e, come detto, per essere superato richiede delle ragioni, costituzionalmente fondate, che legittimino questo superamento e che, nella specie, manca(va)no del tutto. Non si vede infatti per quale ragione i datori di minori dimensioni (anche ammessa l'affidabilità del criterio fondato sul numero dei dipendenti) dovrebbero essere esentati dal giustificare le proprie scelte in materia di gestione del personale[139].

Per quanto concerne i dirigenti, la critica va integralmente condivisa. Sebbene valgano per essi le regole previste dai contratti collettivi, che sostanzialmente non consentono il recesso quando arbitrario, o comunque del tutto privo di giustificazione, non c'è ragione che possa "salvare" dalla censura di incostituzionalità l'esclusione dal diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato e, quindi, da critiche la sentenza con la quale la Corte Costituzionale ha rigettato quella censura[140]. L'affermata natura fiduciaria del rapporto di lavoro dirigenziale, che nella misura in cui è rilevante, qualifica la causa del contratto di lavoro, incide sulle nozioni di giusta causa e giustificato motivo, ma non si vede perché debba precludere il sindacato sulle ragioni del recesso. A parte ogni considerazione sulla multiforme realtà della categoria dirigenziale, che indurrebbe a reputare arcaica l'idea del dirigente quale collaboratore *alter ego* del datore di lavoro (della quale ha peraltro fatto giustizia la giurisprudenza di legittimità più avveduta[141]), la sottrazione ad ogni tutela legale del rapporto di lavoro dirigenziale urta contro l'affermazione del diritto ad una tutela contro il licenziamento ingiustificato. Ciò mentre legittima sarebbe una differenziazione delle tutele rispetto alle altre categorie di lavoratori. Con l'intento di limitare all'alta dirigenza la sottrazione di tutela si spiega, forse, quella giurisprudenza che mantiene ferma l'idea del dirigente quale *alter ego* del datore di lavoro.

Sul piano della singola pronuncia della Consulta va tuttavia riconosciuto che la censura era stata mossa impropriamente, sulla base del sempre in voga principio di eguaglianza (che sembra spesso

---

137 V. infatti MAZZIOTTI, *Il licenziamento* cit., p. 76 il quale sembra contestare la razionalità del criterio anche quanto alla scelta del regime di tutela.

138 Si mostra invece critico MAZZIOTTI, *Il licenziamento* cit., p. 76 ss.

139 In senso difforme dal testo si esprime, da ultimo, NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 70 ss., secondo il quale la discrezionalità del legislatore non impedisce di parlare di vincoli costituzionali, non solo per quel che concerne l'esistenza della tutela, ma anche per la forma della tutela, la cui scelta andrebbe sindacata sul piano della ragionevolezza e della razionalità interna al sistema.

140 Si tratta di Corte Cost. 6 luglio 1972, n. 121, DL, 1973, II, p. 116 ss. (estremi di pubblicazione rinvenuti in MAZZIOTTI, *Il licenziamento* cit., p. 79, leggo la sentenza da www.cortecostituzionale.it)

141 Cfr. da ultimo, per tutti, A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, ESI, Napoli, 2000, part. p. 81 ss.; in precedenza P. TOSI, *Il dirigente d'azienda: tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, Angeli, Milano, 1974. Specificamente sulle questioni relative al licenziamento: F. BASENGHI, *Il licenziamento del dirigente*, Giuffrè, Milano, 1991.

svolgere nei giudizi di costituzionalità il ruolo che correttezza e buona fede hanno nei giudizi ordinari), non sulla base dell'art. 4 della Costituzione. Forse diverso esito avrebbe avuto il giudizio di costituzionalità con una censura mossa per via differente.

## 4. Diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato e diritti sociali nell'ordinamento comunitario: la portata del riconoscimento operato con la Carta di Nizza

Alle considerazioni più specificamente dirette a vagliare la portata della disposizione comunitaria relativa al diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato (art. II-90 del progetto di Trattato Costituzionale, poi stralciato; art. 30 della Carta di Nizza, oggi richiamata dal Trattato nella versione firmata a Lisbona il 13 dicembre 2007, che recita: "Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali"[142]) vanno comunque premesse alcune notazioni sintetiche sul ruolo, la portata e l'efficacia degli atti che di questo diritto costituiscono l'attuale *sedes materiae*. La recentissima firma di Lisbona rende vincolante la Carta di Nizza e consolida definitivamente il volto politico dell'Unione Europea[143]. Non è questa la sede per una valutazione compiuta del Trattato di Lisbona in relazione alla Carta dei diritti fondamentali, ma è necessario spendere qualche riflessione sull'accaduto, poiché molto probabilmente quella firma inciderà sul diritto del quale ci si occupa.

Il passo compiuto a Nizza nel 2000 con l'approvazione della Carta resta di fondamentale importanza: per la prima volta, pur se in un documento non vincolante, l'Unione dispone di un testo unico, nel quale, con una serie di innovazioni, confluiscono la CEDU, la Carta Sociale Europea, varie direttive comunitarie e principi espressi dalla Corte di Giustizia, che ha la funzione ed il merito di rendere finalmente visibili i diritti sociali in un solo articolato con il valore tipico delle dichiarazioni di diritti[144] e che dà corpo e sede normativa alla sua dimensione sociale[145]. Tuttavia,

---

[142] L'art. II-90 del progetto riproduceva il testo dell'art. 30 della Carta di Nizza, intitolato "Tutela in caso di licenziamento ingiustificato". Specificamente sulla norma in questione della Carta di Nizza si v. il commento (peraltro piuttosto sintetico) di A. GIORGIS, *Sub artt. 30 e 31*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 222 ss.; nonché le parti relative in M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2001; e in L. FERRARI BRAVO, F.M. DI MAJO, A. RIZZO (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti, Giuffrè, Milano, 2001. Cfr. poi G. BRONZINI, *Art. 30: diritto al lavoro*, in rete all'indirizzo http://www.golemindispensabile.ilsole24ore.com/index.php?_idnodo=8715; e G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Unione européenne*, Edition du Seuil, Paris, 2001, pp. 180-181. Si tratta comunque di contributi (o materiali) tutti assai sintetici.

[143] Sulla portata e l'importanza della incorporazione delle disposizioni della Carta di Nizza nel Trattato, cfr., per tutti, G. DEMURO, *I diritti fondamentali e la loro tutela,* in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi,* Rass. Dir. Pub. Eur., Quaderni, 2003, n. 1, p. 159 ss. che si sofferma anche sulle modalità dell'incorporazione e sulle scelte operate nella elaborazione del progetto della Convenzione presieduta da V. Giscard d'Estaing.

[144] Cfr. G. DELLA CANANEA, *Il lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, St. Urb., anno LXIX, 2001/02, nuova serie A, n. 53,4, p. 403 ss., sul punto p. 406.

[145] Cfr. specificamente sul valore della Carta per la dimensione sociale M. FERIGO, *La dimensione sociale europea nella Convenzione europea sul futuro dell'Unione*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il Trattato Costituzionale nel processo di integrazione europea*, Jovene, Napoli, 2005, Tomo II, p. 1539 ss., sul punto p. 1541. Più in generale, A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, Giur. Cost., 2001, p. 193 ss., che sottolinea come la Carta ben possa svolgere una funzione di orientamento e di influenza sull'attività delle istituzioni comunitarie in modo analogo a quanto farebbe una carta costituzionale, dalla quale comunque si distingue per l'assenza di un sistema di ripartizione ed organizzazione dei poteri. In prospettiva parzialmente diversa, ma non confliggente, altri (G.C. PERONE, *I diritti sociali nella nuova Costituzione Europea*, in *Quaderni del dottorato d ricerca in Diritto ed economia* – Università di Napoli Federico II, 2005, p. 228) sottolinea come tra i meriti principali della Carta c'è quello di recepire nel diritto positivo comunitario una serie di principi presenti nelle tradizioni costituzionali degli ordinamenti del vecchio continente.

l'innegabile importanza della Carta in sé considerata non può fare obliterare le corpose incertezze circa il suo valore generate dall'assenza di efficacia vincolante, ben evidenziate dallo sviluppo del dibattito dottrinale. Rispetto a queste il Trattato di Lisbona, nell'allegare la Carta di Nizza al Trattato sull'Unione, dichiarandola vincolante per venticinque dei ventisette Paesi membri (le eccezioni sono relative a Regno Unito e Polonia[146]) segna una svolta. Manca ancora la ratifica dei Parlamenti nazionali, che potrebbe rivelarsi ostacolo di non poco conto, se si ricorda che furono proprio le consultazioni nazionali ad aprire la strada al "naufragio" del precedente e più ampio progetto. Ma non può farsi a meno di considerare storico questo passaggio, che, sia pure con tutti i limiti derivanti dal carattere necessariamente compromissorio dei documenti politici e, massimamente, dei trattati, sanziona l'obbligo per istituzioni dell'Unione e Stati membri di rispettare i diritti fondamentali e, tra questi, i diritti sociali. Su questo, sebbene il nuovo assetto impedisca di parlare, per ora, di una vera Costituzione europea, non sono ammissibili scetticismi: si tratta di un progresso decisivo, poiché la vincolatività della Carta di Nizza apre una stagione che tira definitivamente fuori il diritto sociale europeo, e in specie i diritti sociali, dalle secche e dalle ambiguità della dimensione politica, traducendoli sul piano giuridico.

Se quella che precede è la valutazione relativa all'efficacia, quanto alla sostanza del documento deve invece ammettersi che la firma di Lisbona non supera affatto tutti i dubbi che sono connessi alla formulazione ed al contenuto della Carta di Nizza. Di fronte a chi, già qualche anno fa, sottolineava l'importanza della Carta nella prospettiva di un suo inserimento nel Trattato Costituzionale[147], resta la visione assai più prudente di chi osserva come la dimensione sociale della Carta, già "dai contorni nebulosi e sfumati", vada poi "a coniugarsi ad un quadro di riferimento nel quale la concorrenza assurge a principio assoluto […], nell'ambito di un'economia di mercato fortemente competitiva"[148]. Per non parlare, poi, del dato oggettivo costituito dalla persistente esclusione della retribuzione, dell'associazione sindacale, dello sciopero e della serrata dalle materie di competenza comunitaria[149].

Rivolgendo ora lo sguardo specificamente al testo del documento approvato a Nizza ed oggi allegato al Trattato, vanno fatte alcune considerazioni di sistema che aiutino a tracciare differenze e

---

Nello stesso senso, cfr. anche DELLA CANANEA, *Il lavoro nella Carta dei diritti fondamentali* cit., p. 408. Sul valore della Carta di Nizza, tra i molti, v. anche M.V. BALLESTRERO, *Dalla politica ai diritti. I diritti sociali nella Carta dell'Unione Europea*, Dir. Merc. Lav., 2001, p. 3 ss.; T. TREU, *Diritti sociali europei: dove siamo*, Lav. Dir., 2000, p. 429 ss.

[146] Peraltro può notarsi come la preoccupazione di questi due membri stia essenzialmente nel fatto che la Carta diventi veicolo di estensione delle competenze comunitarie e, comunque, che sia considerata utilizzabile di fronte ad organi giurisdizionali nazionali o che, in altri termini, possa essere ritenuto conferisca diritti azionabili. cfr. infatti il Protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea alla Polonia e al Regno Unito, che, all'art. 1, punto 2 specifica: "In particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno.".

[147] Cfr. ad es. F. BANO, *L'«Europa sociale» nel Trattato costituzionale*, Riv. Giur. lav., 2005, I, p. 821 ss.

[148] Cit. da A. LUCARELLI, *Diritti sociali e principi «costituzionali» europei,* in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea* cit., p. 173 ss. (cit. da p. 176). Contro, sembra, S. GIUBBONI, *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, Riv. Dir. Sic. Soc., 2004, p. 489 ss., sul punto p. 496 s., secondo il quale le ambiguità della Carta non toccano il punto della «promozione» dei diritti sociali "a diritti di rango almeno equiordinato a quello delle libertà economiche" (cit. da p. 497).

[149] Lo sottolinea bene, tra i molti, C. VIGNEAU, *La Costituzione europea nella prospettiva dell'Europa sociale: progressi dalla portata incerta*, Dir. Lav. Merc., 2006, p. 123 ss. e part. p. 133, che non esitava a definire incerta la portata dei progressi compiuti dal progetto di trattato costituzionale in materia sociale.

punti comuni rispetto al nostro art. 4 Cost.

Il primo punto che deve essere tenuto fermo nel tentativo di definire il valore del diritto del lavoratore ad una tutela contro il licenziamento ingiustificato (art. 30 della Carta) sta nel fatto che la Carta di Nizza abbandona la distinzione tra diritti fondamentali e diritti sociali[150]. La Carta infatti raggruppa i diritti in Capi, retti ciascuno da un principio fondamentale (la dignità della persona umana; la libertà; l'uguaglianza; la solidarietà; la cittadinanza; la giustizia)[151].

Secondo la dottrina che sembra preferibile, «essendo "fondamentale" il principio che regge i diritti sanciti nel relativo capo, la qualità di "fondamentale" si trasmette dal principio ai diritti. Per questa via, oltre a superare la "divisione", e con essa la gerarchia tra generazioni di diritti, la Carta supera anche quella riduzione dei diritti fondamentali ai soli diritti universalistici ed eguali, ancora sostenuta da quanti escludono i diritti sociali, che universali (nel senso dei primi) non sono, dal novero dei diritti fondamentali»[152]. Anche prescindendo da questa osservazione, tuttavia, può notarsi come il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato ben si presti di per sé ad una considerazione in termini relativamente universalistici, poiché, se è vero che necessita dell'intervento concretizzatore del legislatore ordinario, è anche vero che non è, come altri diritti sociali e lo stesso diritto al lavoro in altra prospettiva considerato, un diritto a prestazione e, dunque, il suo effettivo godimento non è limitato dalle risorse disponibili e dalla concreta capacità delle strutture organizzative pubbliche di "raggiungere" il soggetto[153].

Tuttavia, anche "promossi" i diritti sociali al rango di diritti fondamentali[154], il problema che restava fino a ieri ineludibile, e che resterà centrale fino alle ratifiche del Trattato di Lisbona da

---

[150] Si sofferma sull'importanza dell'elevazione del diritto al lavoro al rango di diritto fondamentale R. FOGLIA, *La Carta dei diritti (sociali) fondamentali dell'Unione Europea*, Riv. Dir. Sic. Soc., 2001, p. 6 ss., sul punto p. 9, che ritiene la Carta di Nizza costituisca "un primo fondamentale passo verso una costituzione sociale europea, intesa non solo come catalogo esaustivo di diritti sociali basilari, ma soprattutto come sistemazione, in chiave antropocentrica e solidaristica dei principi ispiratori della costruzione comunitaria, in tal modo sempre più orientata verso il sociale e meno incline al puro mercantilismo dei Trattati originari". V. anche R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, Dir. Rel. Ind., 2001, p. 335; T. TREU, *L'Europa Sociale: problemi e prospettive*, Dir. Rel. Ind., 2001, p. 307 ss.; più di recente F. BANO, *L'«Europa sociale» nel Trattato costituzionale*, Riv. Giur. lav., 2005, I, p. 821 ss., sul punto p. 826, secondo il quale "l'inserimento nel Tc della Carta dei diritti fondamentali […] conferma e rafforza l'idea che la nuova Ue si presenti molto meno sbilanciata in senso economico, proprio grazie alla qualificazione come fondamentali di una serie, ancorché limitata, di diritti sociali. È evidente, infatti, che una tale qualificazione potrà, meglio di quanto non sia stato possibile finora, orientare l'interpretazione del diritto comunitario, in primo luogo da parte della Corte di Giustizia".

[151] Cfr. G. PROIA, *Lavoro e Costituzione europea* cit., p. 527, che parla di una "sistematica del tutto innovativa, ispirata, cioè, alla individuazione di sei diversi «*valori*» fondamentali, posti su un piano paritario ed indivisibile".

[152] Cit. da M.V. BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".*INT* – 55/2007, p. 12.

[153] Per questi tratti il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato si allontana dai diritti sociali, almeno se questi sono intesi come strumenti finalizzati "a garantire la realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale, mediante un'azione sistematica dei pubblici poteri" (cit. da LUCARELLI, *Diritti sociali e principi «costituzionali» europei,* in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea* cit., p. 180). G. SANTORO PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea*, Europa e Dir. Priv., 2005, p. 63 ss., sul punto p. 96, sottolinea che "i diritti cd. sociali sono spesso diritti di prestazione e di ripartizione e non si prestano, diversamente dai diritti di libertà, a un controllo giudiziario, e, comunque, presuppongono politiche pubbliche nazionali ed europee che sono il risultato di difficili compromessi fra valutazioni di costi e risorse da un lato, ed esigenze di competitività dall'altro".

[154] Analogamente, del resto, a quanto accade per la Costituzione Italiana: cfr. S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 46/2006, p. 3, secondo il quale «è innanzi tutto in ragione di questa loro stretta immanenza e coessenzialità ai valori fondanti dell'ordinamento democratico repubblicano, che nella Costituzione italiana i diritti sociali condividono, coi diritti "nati nel tronco dell'idea di libertà", lo status di diritti in

parte dei Parlamenti nazionali, era il carattere non vincolante della Carta. Di fronte a questo dato obiettivo si era tuttavia da più parti sottolineato, con buona dose di ottimismo, che il contenuto della Carta avrebbe potuto comunque trovare una propria via alla vincolatività anche a prescindere dall'approvazione di un trattato costituzionale europeo o dal suo inglobamento, come che sia, in fonti comunitarie vincolanti. La sostanza del documento, si diceva, avrebbe potuto acquisire efficacia vincolante per il tramite dei riferimenti ad esso fatti dalla giurisprudenza comunitaria[155].

Simile ottimismo si scontrava con l'atteggiamento della Corte di Giustizia Europea, piuttosto restia a fare riferimento alla Carta di Nizza (contrariamente, per vero, ad alcuni Avvocati generali). Alla luce di questo atteggiamento si sarebbe dovuto valutare la portata del documento e la effettiva possibilità per i diritti in esso elencati di trovare soddisfacente tutela[156], così come la tendenza dei giudici nazionali a dare diretta applicazione alle norme della Carta di Nizza, che difficilmente avrebbe potuto trovare copertura in assenza di prese di posizione del giudice europeo[157] e che sicuramente non avrebbe trovato argine in una Corte Costituzionale che tende a tenersi fuori dalle questioni di competenza del giudice comunitario[158].

---

senso proprio fondamentali.». Sulla diversa questione della inviolabilità dei diritti sociali, pur intesi come fondamentali, e per il relativo dibattito cfr. D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003.

155 Cfr. gli autori citati alla successiva nota 103.

156 Cfr. S. GIUBBONI, *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario* cit., sul punto p. 498. Lo stesso autore afferma poi (p. 501) che "la Carta di Nizza contiene dunque un corposo catalogo di diritti sociali fonti di situazioni giuridiche soggettive immediatamente azionabili, la cui portata spetterà in primo luogo ai giudici europei valorizzare adeguatamente": affermazione rispetto alla quale deve usarsi una certa cautela, poiché nella maggior parte dei casi non sembra potersi dire si tratti di posizioni giuridiche soggettive immediatamente azionabili o, comunque, non è chiaro in che termini lo siano. Per la decisività dell'interpretazione del giudice comunitario si pronunciano anche G. PROIA, *Lavoro e Costituzione europea* cit., p. 527 (ma al di fuori della questione dell'efficacia vincolante della Carta e dell'azionabilità diretta dei diritti in essa elencati) e SANTORO PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea* cit., p. 96.

157 Cfr. D. IZZI, *Stabilità* versus *flessibilità nel diritto comunitario: quale punto di equilibrio?*, Lav. Dir., 2007, p. 327 ss., sul punto p. 360, ove cita R. GRECO, *Il modello sociale della Carta di Nizza*, *Riv. Giur. Lav.*, 2006, I, p. 519 ss. (sul punto p. 531) e A. BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona".*INT* – 47/2006, p. 22. Per la verità qualche accenno cominciava a fare la sua comparsa nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo: v. la sentenza 27 giugno 2006, C-540/03, in materia di ricongiungimento familiare (su cui cfr. G. BRONZINI e V. PICONE, *La Corte di Lussemburgo "scopre" la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela "multilevel" dei diritti fondamentali*?, reperibile in rete all'indirizzo http://www.cgil.it/GIURIDICO/Spazio%20aperto/nota%20bronzini.pdf ma anche in *RCDL*, 2006) e la sentenza *Unibet* (13 marzo 2007, C-432/05), nelle quali la Corte ha fatto espresso riferimento alla Carta. Secondo gli autori da ultimo citati (Bronzini e Picone) "dal momento della sua approvazione (da parte della Commissione, del Consiglio e del Parlamento europeo i cui organi di rappresentanza hanno siglato l'atto), ancorché come documento di cui non si è voluto precisare la natura giuridica, la Carta ha conosciuto un lento, ma costante processo di ricezione e valorizzazione, sia sul piano politico che su quello propriamente giurisdizionale, portando così a un graduale superamento della questione del carattere vincolante o meno delle sue norme". Cfr. anche F. AMATO, *La Carta dei diritti dell'Unione e il lavoro flessibile: il valore delle regole e l'interpretazione della giurisprudenza*, Riv. Giur. Lav., 2002, I, p. 613 ss., sul punto p. 634 s. (ove informazioni rilevanti su occasioni nelle quali organi comunitari hanno fatto riferimento alla Carta), che qualche anno fa considerava che "non è […] avventato considerare che attraverso l'«ossequio» della Corte di Lussemburgo nei fatti la Carta si troverà «autointegrata» nei Trattati" (cit. da p. 635). Anche A. CARNAROLI, *La tutela dei diritti individuali dei lavoratori nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, St. Urb., anno LXIX, 2001/02, nuova serie A, n. 53,4, p. 413 ss. ritiene che parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia dimostri "in modo eclatante la forza dei principi e dei diritti contenuti nella Carta" (con riferimento specifico alle conclusioni dell'Avv. generale Tizzano nella causa C-173/99 Bectu c. Secretary of State for Trade and Industry). Per vero, in una valutazione rigorosa dell'impatto effettivo del dato giurisprudenziale sul valore della Carta di Nizza nel sistema delle fonti del diritto europeo, pur condividendosi l'impressione di una lenta ma progressiva crescita di rilevanza dei riferimenti alla Carta, non poteva non convenirsi con chi (BALLESTRERO, *Europa dei mercati* cit., p. 10, in nota 19) riteneva questi ultimi ancora troppo limitati e recenti per trarne come conseguenza il superamento del problema dell'assenza di carattere vincolante.

158 Sul punto cfr. ancora BALLESTRERO, *Europa dei mercati* cit., p. 10 s.

Considerate queste premesse, in dottrina si era anche evidenziato come una qualche prospettiva sarebbe potuta scaturire dalle direttive c.d. di seconda generazione sui divieti di discriminazione[159], che si applicano "all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione"[160]. Il riferimento a queste direttive da parte della giurisprudenza comunitaria avrebbe potuto condurre ad una estensione della tutela prevista in caso di licenziamento discriminatorio ad altre fattispecie di licenziamento arbitrario[161], rendendo quindi sostanzialmente vincolante una norma come l'art. 30 della Carta di Nizza. Non solo, ma si ipotizzava anche di poter trovare in queste direttive una via che consentisse di non fermarsi alla "emersione ed interpretazione di una tutela costituzionale europea contro i licenziamenti arbitrari" per "andare verso una più marcata armonizzazione" delle tutele, non limitata a questo zoccolo duro[162].

Entrambe le prospettive citate, per vero, non sembravano risolutive: da un lato, divieti di discriminazione, con sanzioni anche molto incisive, esistono in molti ordinamenti privi di una tutela contro il licenziamento ingiustificato (e non hanno indotto la costruzione giurisprudenziale di una tutela)[163]; dall'altro, le direttive di cui si tratta ripetono il dualismo tra esistenza della tutela e forma della tutela che, come si sta vedendo, rappresenta lo schema di riferimento in caso di licenziamento[164], senza sostegno ad alcun ulteriore ravvicinamento delle legislazioni sul piano sanzionatorio. Per il che si impone cautela sulle virtù progressive del diritto antidiscriminatorio.

Al massimo, quindi, si sarebbe potuto ipotizzare che da quelle direttive potesse scaturire un orientamento della Corte di Giustizia volto a generalizzare la tutela contro i licenziamenti arbitrari, sostanzialmente rendendo vincolante il principio/regola[165] canonizzato dall'art. 30 della Carta di

---

[159] Sul tema del diritto antidiscriminatorio, tra piano comunitario e piano nazionale, cfr., tra i molti, DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate* cit., p. 53 ss., sul punto p. 58 ss. (ove segnala come la Corte di Giustizia abbia avuto parecchie occasioni di intervenire in materia di licenziamenti proprio applicando il diritto antidiscriminatorio) e p. 74 ss. e M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in ID. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, nonché i contributi raccolti nel medesimo volume. Sui rapporti tra queste direttive e la Carta di Nizza cfr. ALES, *Libertà e "uguaglianza solidale"* cit., p. 116 ss., secondo il quale "questi elementi convergenti consentono di delineare un quadro regolativo senza precedenti, a livello comunitario, per solidità e completezza, profilando, se non altro per le disposizioni della Carta che riaffermano i predetti principi, un futuro certamente fruttuoso" (cit. da p. 117-118).

[160] Lo segnala ZOPPOLI, *Licenziabilità e occupabilità* cit., p. 511. Si tratta della Direttiva 2000/43 e della Direttiva 2000/78 (il pezzo tra virgolette è tratto dall'art. 3 di entrambe le direttive).

[161] Sull'uso del diritto antidiscriminatorio quale base per costruire argini alla flessibilità cfr., tra i molti, D. IZZI, *Stabilità* versus *flessibilità nel diritto comunitario* cit., p. 349 ss. e poi, per la giurisprudenza in materia di licenziamenti p. 358 ss. Va comunque notato che il fatto che la Corte di Giustizia (cfr. CGCE 30 novembre 1993, Causa C-189/91**,** Petra Kirsammer-Hack V. Nurhan Sidal**,** Racc. 1993, p. 6185 ss.) abbia in passato affermato la legittimità di differenziali di tutela contro il licenziamento obiettivamente giustificati da altre esigenze è sicuramente indice di una certa tolleranza, ma difficilmente può essere considerato rilevante per una previsione delle valutazioni che la Corte farà al cospetto di una norma come l'art. 30 della Carta di Nizza. V. anche *infra* quanto si dirà al par. 7.

[162] Così invece ZOPPOLI, *Licenziabilità e occupabilità* cit., p. 511, dal quale le citazioni tra virgolette nel testo.

[163] Si consideri l'esempio degli USA, sul quale cfr., da ultimo, Cass. 9 maggio 2007, n. 10549, in Or. Giur. Lav., 2007, n. 3, parte IV, p. 539 ss., con nota di PICCIARIELLO, nonché di prossima pubblicazione in Riv. It. Dir. Lav., 2008, II, con nota di TIMELLINI. Una sentenza interessante anche perché conferma il dualismo esistenza della tutela / forma della tutela anche sul piano della nozione di ordine pubblico.

[164] Cfr., da ultimo, CGCE 11 ottobre 2007, C-460/2006, Paquay (reperibile su http://curia.europa.eu/).

[165] Non è questa la sede per affrontare il tema della distinzione tra regole e principi, che, e non è clausola di stile, potrebbe facilmente impegnare uno studio di teoria generale. Qui può solo dirsi che la norma dell'art. 30 della Carta di Nizza, ad avviso di chi scrive, partecipa di entrambe le nature o, più esattamente, parteciperebbe di entrambe le nature qualora divenisse vincolante. Per qualche considerazione cfr. DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate* cit., p. 53 ss., sul punto p. 56, che si rifà essenzialmente a R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, Giur. Cost., 2006, p. 743 ss., sul punto p. 768

Nizza. E già questo orizzonte sembrava lontano. Oltre era ed è difficile andare, anche oggi dopo la firma di Lisbona. È lo stesso Zoppoli a notare che, in ogni caso, le direttive in materia di discriminazione "non escludono sanzioni risarcitorie"[166]; e la Corte di Giustizia, anche da ultimo, ha ribadito (sia pure con riferimento alla sola Dir. 76/207) che la normativa di cui si discute "non impone agli Stati membri una sanzione determinata in caso di trasgressione del divieto di discriminazione, ma lascia loro la libertà di scegliere fra le varie soluzioni atte a conseguire lo scopo della direttiva 76/207, in relazione alle diverse situazioni che possono presentarsi (sentenze 10 aprile 1984, causa 14/83, von Colson e Kamann, Racc. pag. 1891, punto 18, e Marshall, cit., punto 23)"[167]. Il che induce prudenza quanto alla idoneità delle direttive di cui si tratta a fondare prospettive di ulteriore incremento dei livelli di tutela contro il licenziamento arbitrario o di un più alto grado di armonizzazione normativa all'interno dell'Unione[168].

Le riflessioni che precedono conservano attualità poiché il Trattato di Lisbona sembra spazzare via ogni dubbio quanto all'efficacia vincolante della Carta di Nizza, ma deve pur sempre essere ratificato dai Parlamenti nazionali per entrare in vigore nel 2009[169].

La questione si pone in modo diverso per la Carta Sociale Europea, già ratificata in Italia con legge ordinaria[170] e, dunque, a partire da quella legge di ratifica, vincolante in via diretta per i nostri

---

ss.; cfr. poi anche BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità* cit., p. 16, secondo cui la formulazione dell'art. 30 della Carta di Nizza è tale che "ove la strada per la sua entrata in vigore, ancora lunga e incerta, fosse finalmente compiuta, il diritto dei lavoratori ad essere tutelati contro i licenziamenti ingiustificati sarebbe espressamente sancito da una norma di rango costituzionale immediatamente precettiva". Cfr. anche, per uno spunto quanto all'art. 4 Cost. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 17, quando parla di principi precettivi. L'importanza della classificazione come regola attributiva di un diritto emerge chiara se si pensa che "i principi enunciati dalla Carta non sono giustiziabili nella misura in cui non attribuiscono diritti soggettivi": cit. da A. LO FARO, in A. LO FARO – A. ANDRONICO, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2005, p. 513 ss., sul punto p. 523 ss., p. 525-526. Indirettamente sembra confermi quanto nel testo anche BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Unione européenne* cit., p. 180, che, nel distinguere la formulazione dell'art. 30 da quella dell'art. 24, ritiene quest'ultima norma configuri una prescrizione per i legislatori nazionali, non conferendo ai lavoratori un diritto soggettivo. V. invece DELLA CANANEA, *Il lavoro nella Carta dei diritti fondamentali* cit., p. 409, secondo il quale "non c'è, insomma, una disciplina europea, ma una varietà di discipline, sia pure nel quadro di un principio comune": se non è necessariamente una presa di posizione contro l'idea che l'art. 30 sia di per sé anche regola, è sicuramente una conferma del fatto che si tratti (anche) di principio.

[166] Conf. anche DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate* cit., p. 58.

[167] Cit. da CGCE 11 ottobre 2007, C-460/2006, Paquay (reperibile su http://curia.europa.eu/).

[168] Cfr. ancora DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate* cit., p. 58, che sottolinea come la sanzione non sia necessariamente reintegratoria neanche in caso di licenziamento discriminatorio.

[169] Per quanto riguarda l'Italia, la Camera dei Deputati, XIV Commissione, ha già (cfr. Allegato B, Seduta n. 257 del 13/12/2007, Atti di indirizzo) impegnato il Governo "ad adoperarsi per garantire, sia a livello nazionale che nelle sedi europee competenti, una piena attuazione della Carta dei diritti fondamentali, promuovendo il rispetto dei valori e dei diritti da essa affermati; a promuovere, attraverso le attività e gli strumenti appropriati, una piena ed effettiva conoscenza dei contenuti della Carta e delle opportunità che il riconoscimento della sua forza vincolante attribuisce ai cittadini italiani e alle persone stabilite in Italia. (7-00316) «Frigato, Bimbi»".

[170] Si tratta della legge 9 febbraio 1999, n. 30 che ratifica la Carta Sociale Europea nel testo riveduto a Strasburgo nel 1996. Sebbene dunque sott'ordinata alla Costituzione essa è vincolante per il nostro Paese e deve essere applicata dai nostri giudici. Inoltre, va considerato che le leggi di ratifica di trattati internazionali, sebbene di rango ordinario, sono ritenute comunemente fonti "rafforzate" (sia detto in senso atecnico) rispetto alle comuni leggi ordinarie, poiché trovano fondamento in un impegno preso dallo Stato. Dalla ratifica e dal relativo ordine di esecuzione discende un vincolo interpretativo delle leggi successive, che, nell'impostazione preferibile, per prevalere devono contenere una chiara indicazione della volontà del legislatore di contravvenire al trattato: "occorre convincersi del fatto che il trattato, una volta acquistata in qualsiasi modo validità formale all'interno dello Stato, finisce con l'essere sorretto nell'ambito dell'ordinamento interno da una *duplice* volontà normativa: da un lato la volontà che certi rapporti siano disciplinati così come li disciplina la norma internazionale; dall'altro la volontà che gli impegni assunti verso altri Stati siano rispettati. Occorre dunque, per far prevalere una legge posteriore, che entrambe le volontà siano annullate; occorre che *la norma posteriore riveli non solo e non*

giudici[171]. Se il punto ha in questa sede rilievo marginale, poiché questo studio ha ad oggetto la Carta di Nizza in rapporto alla nostra Costituzione, e sebbene la Carta Sociale vincoli solo alcuni Stati membri dell'Unione[172], un riferimento alle vicende applicative della Carta Sociale Europea è pertinente. L'efficacia vincolante che è auspicabile la Carta di Nizza acquisti per venticinque dei ventisette membri dell'Unione supera, è vero, la necessità di fare riferimento ad altre fonti vincolanti di contenuto analogo quale "supporto" all'efficacia di quest'ultima. Ma l'efficacia che la Carta di Nizza andrà ad acquistare è quella della legge di ratifica, dunque di una legge ordinaria, come tale sott'ordinata alla nostra Carta Costituzionale, rispetto alla quale non si pone problema di coordinamento[173], o, meglio, se il problema si pone va risolto nel senso della prevalenza di questa seconda (anche a prescindere dall'orientamento della nostra Corte Costituzionale sulla tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale cui si farà cenno nel seguito). Dunque la Carta di Nizza, dal punto di vista dell'efficacia, finirà probabilmente per trovarsi nella gerarchia delle fonti in una situazione non dissimile dalla Carta Sociale Europea. Sebbene sia chiaro che assai diversa è l'importanza dei due documenti sul piano storico e su quello politico e istituzionale.

## 5. (segue): contenuto essenziale del diritto e carattere compromissorio dell'art. 30 della Carta di Nizza

Passando a considerare specificamente l'art. 30 della Carta di Nizza, se su alcune questioni deve rilevarsi una sostanziale convergenza di soluzioni per la norma in questione e per quelle relative agli altri diritti sociali, non altrettanto sembra doversi dire per il carattere compromissorio proprio delle fonti comunitarie ed internazionali. Qui la norma dell'art. 30 della Carta di Nizza merita una duplice valutazione. L'idea secondo la quale «ogni formulazione esprime […] quel "compromesso dei compromessi costituzionali", buono a formare un "minimo comune denominatore", accettabile dagli Stati membri, perché basato sulle loro comuni tradizioni costituzionali e sui loro comuni

---

*tanto la volontà di disciplinare in modo diverso gli stessi rapporti quanto quella di ripudiare gli impegni internazionali già contratti*" (cit. da B. CONFORTI, *Diritto internazionale,* ES, Napoli, 1995, p. 303, al quale – cfr. p. 298 ss. – si rinvia per maggiore approfondimento della questione).

[171] L'articolo 24 della Carta, intitolato "Diritto ad una tutela in caso di licenziamento", prevede:
"Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s'impegnano a riconoscere:
a. il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio;
b. il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione.
A tal fine, le Parti si impegnano a garantire che un lavoratore, il quale ritenga di essere stato oggetto di una misura di licenziamento senza un valido motivo, possa avere un diritto di ricorso contro questa misura davanti ad un organo imparziale.". Benché la norma sia più dettagliata di quella contenuta nella Carta di Nizza, anch'essa nulla dice quanto alla forma della tutela che deve essere assicurata in caso di licenziamento ingiustificato: conf. DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate* cit., p. 60. Secondo BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Unione européenne* cit., p. 180 rispetto all'art. 30 della Carta di Nizza qui il diritto in questione lo si ritrova con un'attenuazione e tre precisazioni. La prima sta nel fatto che la previsione è diretta agli Stati e non riconosce un diritto soggettivo ai lavoratori: con il che l'A. sembra affermare implicitamente che tanto faccia l'art. 30 della Carta di Nizza.

[172] Cfr. http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=163&CM=1&DF=&CL=ITA: al 6 agosto 2007 la Carta non risulta ratificata, tra gli altri, da Austria, Germania, Gran Bretagna, Grecia, Lussemburgo, Polonia, Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca, Spagna, Ungheria. La fonte è il sito web dell'Ufficio Trattati del Consiglio d'Europa: http://conventions.coe.int/.

[173] Cfr., per tutti, CONFORTI, *Diritto internazionale* cit., p. 305.

obblighi internazionali»[174] può essere riferita alla norma della quale ci si sta occupando solo se si ha riguardo al fatto che il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato sussiste in conformità (oltre che al diritto comunitario) alle legislazioni e prassi nazionali[175]. Se invece si ha riguardo solo al nucleo essenziale della norma, vale a dire all'attribuzione del diritto ad una tutela in caso di licenziamento ingiustificato ed alla previsione che questo deve essere inteso come regola, suscettibile di eccezioni sì, ma pur sempre regola, chiaramente non può dirsi lo stesso[176].

Il compromesso (se di compromesso si vuol parlare) implicito nella norma dell'art. 30 ("Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali") è dunque nell'assenza di riferimenti alla forma di tutela contro il licenziamento ingiustificato e nel rinvio alle legislazioni e prassi nazionali, da intendersi riferito alla forma di tutela ed alle eccezioni alla regola della tutela[177]. Ma, lo si è visto, l'assenza di vincolo quanto alla forma della tutela è proprio anche della nostra Carta Costituzionale.

Non c'è compromesso possibile sul nucleo del diritto: qui va anzi sottolineato il rilievo della eventuale costituzionalizzazione del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, che, se trova riconoscimento in norme internazionali o in norme interne, non sembra assurga al rango costituzionale (almeno in forma così esplicita)[178], con la sola eccezione del Portogallo[179]. Questa rigidità della norma la rende assai lontana dall'idea della individuazione di un minimo comun denominatore, sicché è ben difficile in questo caso parlare di compromesso al ribasso. Anzi, in caso di costituzionalizzazione questa è sicuramente una delle norme che dovrebbe indurre in alcuni Paesi membri un adeguamento delle legislazioni nazionali.

---

[174] Cit. da BALLESTRERO, *Europa dei mercati* cit., p. 13. Cfr. anche G. PROIA, *Lavoro e Costituzione europea*, Arg. Dir. Lav., 2004, 519 ss., sul punto part. p. 526, ove parla di "inevitabile logica compromissoria"; CARNAROLI, *La tutela dei diritti individuali dei lavoratori nella Carta* cit., p. 415, che segnala come la concisione del testo, più che ad una scelta legislativa, risponda alla faticosa ricerca di un compromesso nella individuazione di un minimo costituzionale comune.

[175] Da questo punto di vista si deve riconoscere, con G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Unione européenne* cit., p. 180 che "sa formulation est faible": da altri, come si vedrà nello sviluppo del discorso, assai meno. V. sin d'ora F. AMATO, *La Carta dei diritti dell'Unione e il lavoro flessibile* cit., p. 627 s. ove individua nell'art. 30 una delle tre norme fondamentali nella definizione di un "*plafond* di garanzie per ogni forma e modalità esplicativa di lavoro, comprese anche tutte quelle flessibili" (cit. da p. 627, ma il riferimento all'art. 30 è a p. 628).

[176] Mi sembra sottolinei questo carattere "rigido" del nucleo della norma G. ARRIGO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, Dir. Lav. Merc., 2005, p. 275 ss., sul punto p. 292 s., che parla di riflessi costituzionali "notevoli" della norma (anche se, direi, potenziali).

[177] Sembra obliterare quasi del tutto questo aspetto BRONZINI, *Art. 30: diritto al lavoro* cit., che si pone una serie di problemi quanto ai destinatari della tutela (cittadini e non cittadini, lavoratori subordinati e non), che non sembra abbiano senso di porsi vista la formulazione della norma. La stessa formulazione della norma priva di ogni fondamento i dubbi che l'A. ritiene di prospettare sulla idoneità della nostra tutela obbligatoria (l.604/66) al rispetto della Carta di Nizza. In generale (non con riguardo alla formulazione della Carta di Nizza), per l'idea che solo la tutela reale ex art. 18 st. lav. risponda in modo adeguato al diritto al lavoro inteso come diritto sociale di cittadinanza, cfr. L. CAVALLARO, *Costituzioni e diritto al lavoro. Un'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Riv. It. Dir. Lav., 2003, I, p. 227 ss., sul punto 231 ss. Sembra, realisticamente, si esprima nel senso di cui nel testo anche DELLA CANANEA, *Il lavoro nella Carta dei diritti fondamentali* cit., p. 409, che rileva come l'art. 30 sia proprio un esempio della lontananza della Carta dalla tecnica dell'armonizzazione.

[178] Cfr. ancora ARRIGO, *I diritti sociali* cit., p. 293, che osserva come "almeno su questo aspetto il Trattato non è più arretrato rispetto alle Costituzioni nazionali".

[179] L'art. 53 della Costituzione portoghese, intitolato alla "sicurezza nell'impiego" (segurança no emprego) recita infatti testualmente: "É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos". Un riferimento alla Costituzione Portoghese è anche in GIUGNI, *Il diritto al lavoro* cit., p. 50.

Se si considera il nucleo essenziale del diritto, sul piano del compromesso, dunque, il *proprium* della norma che ci occupa è quello comune agli altri diritti sociali e rinvenibile nei limiti al riconoscimento di questi ultimi operato con la Carta di Nizza. La portata di questo riconoscimento deve essere indagata alla luce delle disposizioni della stessa Carta, che non sembra discostarsi dal rispetto della gerarchia assiologica consueta per l'ordinamento comunitario, nella quale i valori dell'economia e del mercato prevalgono su quelli sociali[180], come si deduce piuttosto chiaramente dagli artt. 51 e 52 della Carta.

La conservazione degli equilibri e delle gerarchie interni all'ordinamento comunitario emerge chiaramente dal testo dell'art. 51, che al primo comma sancisce espressamente che "Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". Come a dire che la Carta non crea nuovo diritto, ma criteri e linee guida da osservarsi nell'attuazione del diritto comunitario. Se dovesse ritenersi che questa formula lasci margini di incertezza, chiude invece ogni spazio, ad avviso di chi scrive, quella del secondo comma della stessa disposizione, per la quale "La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati"[181]. La ripetizione preoccupata del concetto della non incisività della Carta sull'assetto dell'ordinamento comunitario ed il fatto che i trattati siano costituiti come argine ai diritti sociali danno la misura del progresso (assai relativo per ora) della dimensione sociale in ambito comunitario[182].

---

[180] G. MAESTRO BUELGA, *I diritti sociali nella Costituzione europea*, Riv. Dir. Sic. Soc., 2006, p. 89 ss., che parla di "tensione tra Costituzione economica e diritti sociali" (cit. da p. 90) e di "prevalenza nell'ordinamento comunitario della integrazione economica" (cit. da p. 116); cfr. anche D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella costituzione* cit., p. 16, che parla di "tensione costituzionale"; A. LO FARO, in A. LO FARO – A. ANDRONICO, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali* cit., p. 523 ss., ove giudica "non troppo felice" o "insoddisfacente" la disciplina dei diritti fondamentali contenuta nella Carta di Nizza, chiarendo poi che questo giudizio è dovuto proprio alla operatività delle clausole orizzontali, vale a dire le disposizioni generali che presiedono all'interpretazione e applicazione della Carta (cfr. p. 524). Assai più ottimista sembra F. BANO, *L'«Europa sociale» nel Trattato costituzionale* cit., p. 825, secondo il quale "le norme di principio del Tc nell'abbracciare un orizzonte assiologico molto più vasto e articolato di quello in cui si muoveva il Trattato di Roma del 1957 (e i successivi), per un verso, delegittimano argomentazioni parziali improntate a considerazioni di ordine prettamente mercantile e, per altro verso, indeboliscono una pregiudiziale subordinazione delle questioni sociali rispetto a quelle economiche. Non esiste cioè, una gerarchia legalmente precostituita dei fini privilegiati in seno all'ordinamento Ue, bensì una dialettica politica fra principi equiordinati". Ma si tratta di ottimismo che non sembra diffuso in dottrina.

[181] Cfr. le osservazioni in proposito di C. PINELLI, *Diritti e politiche sociali nel progetto di trattato costituzionale europeo*, Riv. Dir. Sic. Soc., 2004, p. 477 ss., sul punto p. 483 s., ove parla di finalità ricognitiva della redazione della Carta di Nizza, sottolineando che dando maggiore spazio alla prospettiva sociale, "i redattori della carta non hanno […] scelto il modello socialdemocratico a scapito del modello neoliberale" poiché una simile opzione avrebbe richiesto "strumenti e istituti necessari a far valere i diritti fondamentali, su cui la Carta […] tace volutamente e necessariamente". Sul punto v. anche S. SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, Arg. Dir. Lav., 2001, p. 391 ss. Per GIUBBONI, *Verso la Costituzione europea* cit., p. 496 s. "i diritti sociali europei sono messi su un piano assiologicamente e normativamente pariordinato a quello occupato dalle libertà economiche"; questa considerazione è forse accoglibile sul piano dei principi, ma non toglie che gli equilibri di fatto presenti nell'ordinamento comunitario vedano ancora una preminenza dei temi economici, dovuta anche alle resistenze di alcuni dei membri dell'Unione a vincolarsi sul piano delle politiche sociali: in questi termini si v. ancora MAESTRO BUELGA, *I diritti sociali* cit., p. 115 ss., secondo il quale, ove anche la Carta venisse costituzionalizzata "la riconduzione della Carta nell'ambito del diritto costituzionale formale […] non la trasforma nel centro del sistema costituzionale, che rimane incentrato sulla prevalenza del progetto di integrazione economica" (cit. da p. 117).

[182] Sul punto v. A. LO FARO, in A. LO FARO – A. ANDRONICO, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali* cit., p. 524, che parla di "evidenti implicazioni politiche di tali limitazioni", citando diversi documenti ufficiali. Sono evidenti i casi del diritto alla negoziazione collettiva rispetto alla persistente esclusione del diritto di associazione e del diritto di sciopero dalle competenze comunitarie e del diritto dei disabili a beneficiare di misure che ne agevolino l'inserimento rispetto alla negazione della competenza comunitaria in materia di esclusione sociale. Per considerazioni sul peso assai relativo della dimensione sociale in ambito comunitario anche dopo

Per di più la limitazione vale anche da un altro punto di vista: gli Stati membri devono essere ritenuti vincolati dalla Carta "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione": il che significa che quando essi agiscono fuori da vincoli comunitari sono liberi di non rispettare i diritti fondamentali sanciti dalla Carta[183].

Se questo non bastasse, l'art. 52 chiarisce che i diritti fondamentali elencati nella Carta sono inderogabili solo nel loro "contenuto essenziale" e che "nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui". Ora, non può non notarsi come, anche a prescindere dalla individuazione del concetto di "contenuto essenziale"[184], tra le "finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione" rientrano in primo luogo proprio quelle di tutela del corretto funzionamento del mercato e della concorrenza, spesso in contrasto con le esigenze di tutela dei diritti sociali. Pure da questo punto di vista, dunque, esce confermata la subordinazione della dimensione sociale a quella economica e di mercato. Tuttavia, se è vero che in alcuni casi la questione può porsi con una certa urgenza[185], in altri l'ammissione di possibili limitazioni al contenuto dei diritti sociali ed all'ambito di applicazione delle relative norme non è esclusiva dell'ordinamento comunitario, e non va vissuta drammaticamente: un esempio per tutti sta proprio nel diritto del quale ci si sta occupando, uscendo confermata (come si è visto) dalla nostra giurisprudenza costituzionale la discrezionalità del legislatore ordinario non solo nella scelta del regime di tutela, ma anche nella individuazione di aree residue per l'applicazione del regime di libera recedibilità, che all'evidenza significa negazione del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, sia pure in casi e per finalità particolari.

## 6. Il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato e la gerarchia di valori sociali e valori economici nell'ordinamento nazionale ed in quello comunitario. La tollerabilità sul piano costituzionale interno di eccezioni al principio derivanti da fonti comunitarie

Il maggiore problema (o uno dei maggiori problemi) sta, dunque, nella diversa forza che i diritti sociali ed i diritti fondamentali hanno nell'ordinamento comunitario ed in quello interno, vale a dire nella preminenza che la nostra Carta Costituzionale assegna ai diritti ed alla dimensione so-

---

Nizza, cfr. LUCARELLI, *Diritti sociali e principi «costituzionali» europei,* in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea* cit., p. 176 ss.

[183] Cfr. ancora, in senso fortemente critico, A. LO FARO, in A. LO FARO – A. ANDRONICO, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali* cit., p. 528, il quale sottolinea la fragilità del confine tra l'azione statale in attuazione del diritto comunitario e quella autonoma, osservando, sulla base delle Spiegazioni ufficiali, che la situazione non muterebbe neanche in caso di approvazione di una Costituzione che incorpori la Carta (p. 528 fondo). Va notato come, nonostante ciò (o proprio per questo), il Protocollo per Regno Unito e Polonia allegato al Trattato di Lisbona ribadisce ulteriormente il concetto. V. poi AMATO, *La Carta dei diritti dell'Unione e il lavoro flessibile* cit., p. 632 s.

[184] Cfr. ZOPPOLI, *Licenziabilità e occupabilità* cit., p. 508, che si chiede appunto cosa debba intendersi per contenuto essenziale, affermando che non è dubbio che "non può non esserci una sanzione in caso di licenziamento ingiustificato". Per un riferimento, sia pure sintetico, ai concetti di essenzialità (del contenuto dei diritti e libertà) e proporzionalità (delle limitazioni) cfr. anche T. GROPPI, *Sub art. 52*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti* cit., p. 351 ss., part. p. 355, ove sottolinea la difficoltà di specificare in via interpretativa un concetto giuridico indeterminato come quello di contenuto essenziale. Per il concetto di contenuto essenziale, tra gli autori citati dalla Groppi, cfr. in particolare A.L. MARTÌNEZ PUJALTE, *La garantìa del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1997.

[185] Cfr. BALLESTRERO, *Europa dei mercati* cit., p. 13 ss., con riferimento specifico ai recenti casi *Laval* e *Viking*.

ciale su quella economica e del mercato. Questo, in linea di massima, è un problema di impostazione non superabile, o, almeno, che non sarà superato se non quando dovesse esservi una decisa sterzata nell'evoluzione normativa dell'ordinamento comunitari[186]. Tuttavia, se dalle affermazioni di principio contenute nella nostra Carta Costituzionale si passa alla lettura della giurisprudenza costituzionale, se cioè dalla costituzione formale si passa a quella materiale, accade spesso che il contrasto con i temperamenti che la matrice economicistica dell'ordinamento comunitario impone ai diritti sociali si attenui. Lo si ripete, non in ogni caso, ma talora il contrasto è meno stridente e la questione meno drammatica di quanto possa sembrare, pur essendo evidente la differenza di impostazione della nostra Carta Costituzionale, che inserisce il diritto al lavoro tra i principi fondamentali (e non fa altrettanto per la libertà di iniziativa economica). D'altronde, si trattava della (ri)nascita di uno Stato nazionale, non della formazione di un agglomerato di Stati con interessi economici potenzialmente convergenti e solo nella mente, o forse nei sogni, di pochi visionari di una possibile futura Unione fra Stati.

Questo ad oggi innegabile ordine di cose fa sì che resti problematico stabilire la prevalenza di un diritto sociale fondamentale, cui l'ordinamento interno di uno Stato membro riconosca valore prioritario, o di una delle libertà economiche fondamentali per i Trattati, come testimoniano i recenti casi in materia di diritto di sciopero e libera prestazione di servizi *Laval*[187] e *Viking Line*[188] e, più ancora, la vicenda della direttiva *Bolkestein* in materia di libera prestazione di servizi, che nella formulazione inizialmente proposta avrebbe riconosciuto, per la disciplina applicabile ai lavoratori coinvolti, il principio del paese d'origine, consentendo dunque alle imprese operanti in più Stati membri di scegliere come sede quello con la disciplina più vantaggiosa, potendo poi

---

[186] Cfr. A. CANTARO, *Il secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea*, Ediesse, Roma, 2006, p. 132, che osserva come nella carta europea "l'assenza del «diritto al lavoro», il più celebre tra i diritti sociali fondamentali, e la presenza del «diritto di lavorare» (e «la libertà di cercare un lavoro») (art. II-75) tra le disposioni afferenti al titolo dedicato alle libertà sono tutt'altro che casuali". Secondo l'A., infatti, "il «diritto al lavoro» è assente, non solo in quanto è considerato un obiettivo politico […] di competenza – al più – delle politiche nazionali, ma soprattutto in quanto considerato una di quelle «pretese sociali» riconosciute legittime solo in quanto compatibili con il principio dell'economia di mercato sancito «nella costituzione economica europea»". Parla apertamente di "frigidità sociale" dell'Unione M. FERIGO, *La dimensione sociale europea nella Convenzione europea sul futuro dell'Unione* cit., p. 1541, ove indica in questa una delle lacune fondamentali che il processo di costituzionalizzazione dovrebbe colmare. Secondo S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di* soft law, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 16/2003, p. 11 "Nonostante le lacune dell'ordinamento, la costruzione dell'Europa sociale si sta svolgendo consapevolmente, come reazione al pericolo di una sua marginalizzazione. L'inclusione dei diritti sociali nella Carta di Nizza conferma che è stato avviato un importante processo di costituzionalizzazione.". Resta ovviamente da vedere quali siano i limiti di questo processo e, dunque, dell'affermazione dell'Europa sociale: pur se è certamente auspicabile che ciò avvenga nei termini più ampi, non sembra per ora si tratti di un deciso mutamento di rotta. In ogni caso va notato, con A. CANTARO, *Il secolo lungo* cit., p. 83 che "l'eredità laburista e welfarista" costuitisce un tratto (se non il tratto) fondamentale dell'identità europea: "essa continua, anzi, ad essere il più rilevante tratto distintivo della società e civiltà europea rispetto alla società e civiltà americana" (cit. da p. 83). E serpeggia il timore, anche tra i comuni cittadini europei, che l'Unione diventi un veicolo per sfuggire alla tradizione degli Stati nazionali nel senso della protezione sociale. In senso analogo F. AMATO, *La Carta dei diritti dell'Unione e il lavoro flessibile* cit., p. 631 sottolinea come l'opinione pubblica spinga ora per la formale recezione della Carta di Nizza tra le fonti comunitarie.

[187] Causa C-341/05 della quale sono reperibili in rete le conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi depositate il 23 maggio 2007 all'indirizzo http://curia.europa.eu selezionando dalla banca dati on line della giurisprudenza della Corte di Giustizia. La sentenza, del 18 dicembre 2007, è ora reperibile sullo stesso sito e nel settore documentazione su www.lex.unict.it/eurolabor.

[188] Causa C-438/05 della quale sono reperibili in rete le conclusioni dell'Avvocato generale Pojares Maduro depositate il 23 maggio 2007 all'indirizzo http://curia.europa.eu selezionando dalla banca dati on line della giurisprudenza della Corte di Giustizia. La sentenza, dell'11 dicembre 2007, è ora reperibile sullo stesso sito nel settore documentazione su www.lex.unict.it/eurolabor.

applicarla ai propri dipendenti ovunque avessero svolto la propria attività in regime di distacco[189].

Se si guarda specificamente alla questione della giustificatezza del licenziamento ed al caso dell'ordinamento italiano, il problema è ridimensionato dalla non assolutezza del principio che emerge chiaramente da una lettura della giurisprudenza costituzionale (oltre che della legislazione ordinaria). E, una volta che si siano ammesse delle limitazioni al principio costituzionale in questione, non sembra di potersi sostenere che la competenza a legittimare limitazioni e temperamenti al principio sia esclusiva della nostra Corte Costituzionale[190]. O, meglio, la questione è mal posta in questi termini; e ciò per due ordini di ragioni.

In primo luogo, una volta che la tolleranza dimostrata dalla Consulta verso eccezioni o limitazioni al principio ha chiarito che non si tratta di principio assoluto, ma di principio soggetto a bilanciamento, non si vede motivo per il quale non possano essere delineate dal legislatore ordinario altre eccezioni oltre a quelle già individuate e che hanno ricevuto l'avallo della Consulta. Starà poi a quest'ultima valutare fino a che punto possano essere tollerate senza mettere in crisi la scala di valori propria della nostra Costituzione. Se tanto è possibile per il legislatore nazionale, non vi è motivo per cui non debba esserlo anche per quello comunitario. E, del resto, anche la giurisprudenza di legittimità ha avuto più volte modo di ribadire che di ordine pubblico può essere considerato solo il principio che impone una tutela contro il licenziamento ingiustificato, non anche le regole relative alla forma di quella tutela[191]. Il che attenua ancor più l'urgenza del problema.

In secondo luogo, come anche si è pur sinteticamente cercato di illustrare, la giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale consente di leggere, dietro le ipotesi di licenziamento *ad nutum* (e dietro quelle inerenti la limitazione delle tutele del lavoratore) delle linee guida, che dimostrano la tollerabilità di eccezioni al principio oggettivamente giustificate.

Entrambe le ragioni appena esposte conducono ad individuare nella Corte Costituzionale solo l'estremo argine di fronte a compressioni dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, inammissibili perché in contrasto (non con la Costituzione integralmente considerata, ma) "con i

---

[189] Sulla direttiva *Bolkestein* cfr. *infra* quanto si dirà nelle conclusioni. Sin d'ora, cfr., per tutti, A. BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro* cit., p. 26 ss. (ma tutto lo scritto per i problemi relativi al cd. *dumping sociale*); U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 49/2006 e R. SANTAGATA, *La nuova direttiva sui servizi: le ripercussioni nel diritto del lavoro*, Dir. Lav. Merc., 2006, p. 591 ss., part. 599 ss., che segnala come anche il testo definitivo dell'art. 16 non sia privo "di ambiguità e di incoerenze, soprattutto perché nel rimuovere il principio del paese d'origine non riconosce cittadinanza al principio opposto del paese di destinazione, né, comunque, fornisce una indicazione univoca in merito alla legge da applicare nel caso in cui un fornitore di servizi sposta in tutto o in parte la propria attività in un altro Stato membro" (cit. da p. 605). Sebbene vi siano poi garanzie di salvaguardia dell'applicazione della disciplina comunitaria in materia di distacco.

[190] Sulla questione dei rapporti tra Corti Costituzionali nazionali e Corte di Giustizia cfr. un cenno anche in FOGLIA, *La Carta dei diritti* cit., p. 21, che richiama G.F. MANCINI, *La Corte di giustizia: uno strumento per la democrazia nella Comunità europea*, in Il Mulino, 1993, p. 603 e S. SCIARRA, *Diritti sociali fondamentali,* in AA. VV., *Dizionario del diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1996, p. 71. Cui *adde*, almeno, i saggi contenuti in G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea,* Il Mulino, Bologna, 2004. Sulla tutela giurisdizionale dei diritti sociali in Europa cfr., tra i lavori più recenti, G. ZILIO GRANDI, *Diritti sociali e diritti nel lavoro,* Giappichelli, Torino, 2006, parte I, cap. IV, nonché, nell'orizzonte europeo, i contributi raccolti in G. DE BURCA, B. DE WITTE (eds.), *Social rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

[191] Cfr., da ultimo, Cass. 9 maggio 2007, n. 10549, di prossima pubblicazione in Riv. It. Dir. Lav., 2008, II, con nota di TIMELLINI.

principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale"[192], analogamente a quanto in generale affermato nella giurisprudenza costituzionale italiana[193] e tedesca[194].

Pur non sottovalutando la questione, si crede che essa, almeno finché non vi sia una vera e propria Costituzione Europea, vada trattata analogamente alle questioni di compatibilità già affrontate con riguardo ai Trattati comunitari dalle Corti Costituzionali nazionali, costituitesi in via residuale supremo garante della irrinunciabilità di alcune (non tutte, appunto) tutele dei diritti fondamentali. Dunque, e considerato che anche gli ordinamenti nazionali ammettono ipotesi di compressione dei diritti sociali, non può non giungersi alla conclusione che debbano seguirsi l'assetto e gli equilibri definiti dalla giurisprudenza comunitaria, salvo appunto un intervento del giudice costituzionale nei termini chiariti.

Se ciò è vero, che il diritto comunitario tolleri limitazioni ai diritti dei lavoratori, pur essendo un aspetto che va ben sorvegliato, non è forse così drammatico, almeno fino a quando non si tratti di sostituire le costituzioni nazionali con una Costituzione europea (ipotesi per ora lontana): è, probabilmente, un problema di prospettive, laddove la nostra Costituzione adotta un'ottica di maggiore attenzione ai diritti dei lavoratori rispetto alle esigenze del mercato. Siccome tuttavia anche quest'ultima ammette delle eccezioni e delle limitazioni alla tutela dei diritti sociali, purché adeguatamente giustificate, si tratterà di valutare in primo luogo la congruenza delle eccezioni dovute all'applicazione del diritto comunitario con i valori della nostra carta fondamentale e, quando questa difetti, di rimettere la questione alla Corte Costituzionale nei limiti appena delineati. Solo così, è da credersi, può porsi la questione del contrasto tra la prevalenza assegnata alle esigenze del mercato dai Trattati comunitari e quella riconosciuta ai diritti sociali dalla nostra Carta fondamentale.

Il quadro delineato esce confermato anche dalla lettura congiunta delle disposizioni generali contenute al capo VII della Carta di Nizza, laddove le previste (ex art. 52) limitazioni all'esercizio dei diritti non solo devono comunque fare salvo il contenuto essenziale di questi ultimi (sempre ex art. 52), ma non possono neanche "essere interpretat(e) come limitativ(e) o lesiv(e) dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti […] dalle costituzioni degli Stati membri" (art.

---

[192] Questa era del resto anche l'opinione molto prima autorevolmente espressa in dottrina da CONFORTI, *Diritto comunitario e diritto degli Stati membri*, Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1966, p. 5 ss.

[193] Il pezzo tra virgolette che precede è citato da Corte Cost. 21 aprile 1989, n. 232 al par. 3.1, che si riporta di seguito: "Vero è che l'ordinamento comunitario - come questa Corte ha riconosciuto nelle sentenze sopra ricordate ed in altre numerose - prevede un ampio ed efficace sistema di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei singoli, di cui il ricorso incidentale alla Corte di Giustizia ex art. 177 del Trattato C.E.E. costituisce lo strumento più importante; ed è non meno vero che i diritti fondamentali desumibili dai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri costituiscono, secondo la giurisprudenza della Corte delle Comunità europee, parte integrante ed essenziale dell'ordinamento comunitario. Ma ciò non significa che possa venir meno la competenza di questa Corte a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana. In buona sostanza, quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile; inoltre, va tenuto conto che almeno in linea teorica generale non potrebbe affermarsi con certezza che tutti i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale si ritrovino fra i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri e quindi siano compresi nell'ordinamento comunitario." La sentenza si può leggere per intero sul sito www.cortecostituzionale.it.

[194] La Corte costituzionale federale tedesca ebbe modo di chiarire, in un'ordinanza del 12 maggio 1989 (in Riv. Dir. Int., 1990, p. 424 ss.), la persistenza della sua competenza ove attraverso la tutela assicurata dalla Corte comunitaria non fosse assicurato "lo standard di protezione dei diritti umani considerato irrinunciabile dalla Legge fondamentale".

53)[195]. Questa norma, tra l'altro, almeno se nella locuzione diritti dell'uomo e libertà fondamentali si facciano rientrare, come sembra corretto, anche i diritti sociali, dovrebbe contribuire ad attenuare le preoccupazioni di una parte della nostra dottrina per il rischio che le costituzioni nazionali si vedano superate e scavalcate da una carta europea più restrittiva e meno rispettosa dei diritti sociali[196]. E in ogni caso, vista l'attuale prospettiva, la Carta di Nizza ed il Trattato di Lisbona non sembra possano essere considerati idonei a scavalcare in alcun modo le costituzioni nazionali.

## 7. (segue): la tollerabilità sul piano comunitario di eccezioni derivanti da fonti nazionali

La tutela dei valori dell'ordinamento nazionale resta quindi affidata, fisiologicamente, alla Corte Costituzionale, sia pure nei limiti, individuati dalla stessa Consulta, dei quali si è sommariamente detto.

Quando tuttavia la norma della Carta di Nizza dovesse divenire vincolante (con le leggi di ratifica del Trattato di Lisbona) si porrebbe anche la questione inversa. Vale a dire, ci si dovrebbe chiedere se le eccezioni al principio legittimate dalla nostra Corte Costituzionale possano essere considerate ammissibili in base alla normativa comunitaria. Per comprendere gli esatti termini della questione si deve procedere all'analisi relativa al rapporto della disposizione comunitaria sul diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato con la norma della Costituzione italiana sul diritto al lavoro.

La prospettiva aperta dal Trattato di Lisbona impone di iniziare a confrontarsi con i problemi che potrebbero nascere dall'esigenza di un coordinamento delle fonti nazionali e di quelle comunitarie con riferimento alla formulazione delle rispettive norme. Ciò anche alla luce della preoccupazione per la preminenza (almeno originaria) nell'ordinamento comunitario delle libertà economiche sui diritti sociali, che pare piuttosto viva tra gli studiosi, almeno italiani[197].

Dunque, la questione merita attenta considerazione; anche perché per alcune norme, come quella che ci occupa, il problema potrebbe essere l'inverso. Nel caso di specie ci si trova infatti di

---

[195] La norma dell'art. 53 è riferita testualmente a "nessuna disposizione della presente Carta"; tuttavia è ovvio che riguardi, per il tramite dell'art. 52, le limitazioni da questa seconda norma dichiarate ammissibili. Sostanzialmente nello stesso senso cfr. M. RUSCIANO, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione Europea*, Riv. Giur. lav., 2006, I, p. 891 ss. sul punto p. 893 fondo, ove fa riferimento all'art. II-112, par. 4, a norma del quale i diritti fondamentali, risultanti dalle tradizioni comuni agli Stati membri "sono interpretati in armonia con dette tradizioni". Cfr. poi anche, in termini analoghi, F. BANO, *L'«Europa sociale» nel Trattato costituzionale* cit., p. 826, ove osserva che nel garantire la tutela dei diritti fondamentali "la Corte fa riferimento, in primo luogo, alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri".

[196] Fanno riferimento a queste preoccupazioni, tra gli altri, M.V. BALLESTRERO, *Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano, Lav. Dir.*, 2000, n. 4, p. 547 ss. (sul punto p. 547) e M. FERIGO, *La dimensione sociale europea nella Convenzione europea* cit., p. 1542 che, quanto ai diritti fondamentali, parla di rischio di "oscuramento del nucleo stesso dei sistemi costituzionali nazionali" e, quanto alla dimensione sociale, sottolinea come "se lo sviluppo di un sistema di tutela dei diritti fondamentali marcatamente pretorio – elaborato dalla Corte di giustizia a partire dalla sent. *Stauder* – riuscì lentamente a colmare le lacune relative alla tutela delle libertà civili ed economiche, esso ha lasciato fuori, pressoché totalmente, la sfera dei diritti sociali fondamentali". Sfera che è venuta poi emergendo attraverso il dialogo con le Corti nazionali, ma non fino al punto di risolvere lo "strutturale paradosso" che vede l'ordinamento costituzionale comunitario, improntato ai valori del libero mercato, sintesi del tutto impropria di tradizioni costituzionali nazionali che antepongono i valori sociali a quelli del mercato e della concorrenza.

[197] Cfr. ancora BALLESTRERO, *Brevi osservazioni su costituzione europea* cit., p. 547.

fronte una norma nazionale dal contenuto ampio, che ha lasciato in cinquanta anni ampia possibilità al giudice costituzionale di disegnare dei limiti ai principi che ne discendono, ed una norma comunitaria dal contenuto preciso, si direbbe perfetto nel suo nucleo essenziale sino al punto di poterne ipotizzare un'efficacia diretta anche nei rapporti interprivati[198].

Va intanto detto che, per quanto concerne la tipologia di tutela che il legislatore nazionale ordinario può ritenere di predisporre contro il licenziamento ingiustificato, sembra indubbio, tanto per la norma nazionale quanto per quella comunitaria, sussistano spazi lasciati alla discrezionalità del legislatore ordinario nazionale. Ciò è, come si è visto, esplicitamente affermato dalla nostra Corte Costituzionale per quanto concerne l'art. 4[199], ma deve ritenersi implicito anche nella formulazione della norma comunitaria: il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato non reca in sé alcuna indicazione quanto alla tipologia di tutela da predisporre. Il precetto riguarda solo l'esistenza in sé di una tutela per quelle ipotesi nelle quali il recesso non sia sorretto da adeguata giustificazione. Anche a prescindere dal fatto che nello stesso art. 30 il riconoscimento del diritto avviene in conformità alle legislazioni e prassi nazionali, la norma riconosce il diritto alla tutela, non imponendo, analogamente a quanto accade nel diritto comunitario antidiscriminatorio, vincolo alcuno quanto alla tipologia delle sanzioni conseguenti al licenziamento illegittimo[200].

L'affermazione esplicita del diritto nella Carta di Nizza mette in luce un ipotizzabile problema di compatibilità delle due disposizioni, nazionale e comunitaria, poiché questa seconda non sembra consentire eccezioni al principio. Al contrario, come si è visto, la nostra Corte Costituzionale (in modo criticabile in alcuni casi, condivisibile in altri) ha preservato spazi alla libera recedibilità, tendendo al vaglio delle ipotesi di recesso *ad nutum* sulla base della sussistenza di adeguate ragioni giustificative del regime di licenziamento. Ora, è chiaro che la Consulta ha potuto più facilmente seguire questa linea interpretativa perché il testo dell'art. 4 Cost. tutela il diritto al lavoro, ma non specifica in cosa questa tutela vada a concretarsi: manca cioè in quel testo l'espressa

---

198 Sulla valenza dell'affermazione esplicita nell'art. 30 della Carta di Nizza del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato cfr. DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate* cit., p. 55-56. Cfr. anche BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità* cit., p. 16, che vede nella formulazione della norma i caratteri sufficienti perché possa essere considerata immediatamente precettiva qualora divenga vincolante. Si può ritenere che proprio norme come l'art. 30 della Carta di Nizza siano all'origine delle già segnalate preoccupazioni che hanno indotto alla precisazione, contenuta nel Protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea alla Polonia e al Regno Unito, che, all'art. 1, punto 2 specifica: "In particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno.". Non è un caso, del resto, che la precisazione riguardi il solo titolo IV della Carta.

199 Cfr. le già citate Corte Cost. 28 dicembre 1970, n. 184, *Giur. Cost.*, 1970, p. 2222, sulla tutela obbligatoria; Corte Cost. 19 giugno 1975, n. 152,

200 Da questo punto di vista è quindi prevedibile che la Corte di Giustizia confermi l'orientamento già manifestato sulla tolleranza dei regimi differenziali di tutela per le imprese di minori dimensioni (cfr. CGCE 30 novembre 1993, C-189/91**,** Petra Kirsammer-Hack v. Nurhan Sidal**,** Racc. 1993, p. 6185 ss.). Tuttavia, rispetto a quanto affermato nella sentenza citata, di fronte ad un art. 30 divenuto vincolante, la differenza tollerabile dovrebbe pur sempre consistere in una tutela meno incisiva, come accade in Italia per la tutela cd. obbligatoria, non nella completa assenza di qualsivoglia tutela, come sembra fosse nel caso Petra Kirsammer-Hack. Cfr. anche CARNAROLI, *La tutela dei diritti individuali dei lavoratori nella Carta* cit., p. 422, secondo la quale il contenuto essenziale del diritto di cui all'art. 30 non si esaurisce nel principio di necessaria giustificatezza del licenziamento, ma abbraccia anche un principio volto ad imporre la congruità e l'adeguatezza del regime sanzionatorio. Opinione, questa, che ha un sicuro fondamento logico (che senso avrebbe la sanzione di un diritto se poi la si può disattendere costruendo tutele inadeguate), ma si scontra con la formulazione della norma dell'art. 30, che lascia inequivocabilmente liberi i legislatori nazionali nella valutazione della adeguatezza delle tutele predisposte (purchè sussista una tutela).

affermazione del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato o, se si vuole, la canonizzazione del principio della necessaria giustificatezza del licenziamento. L'art. 30 della Carta di Nizza, sancendo invece espressamente "il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato" rende ben più difficile preservare margini alla libera recedibilità: a prescindere da ogni altra considerazione è evidente già sul piano logico che il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato presuppone la sindacabilità della giustificatezza del recesso (se non si identifica del tutto con essa). Anzi, una parte della dottrina ha ritenuto di trarre dalla formulazione della norma, che parla di licenziamento ingiustificato invece che di licenziamento illegittimo o privo di motivazione, la conclusione che "debba trattarsi di una condizione di legittimità qualificata e non di una qualsiasi motivazione", vale a dire che "la disciplina dettata dal diritto comunitario o dalle legislazioni o prassi nazionali deve prevedere motivazioni fondate su elementi, soggettivi o oggettivi, rispondenti a requisiti rilevanti sul piano sociale"[201]. Per vero, sebbene sia apprezzabile l'intento che muove quella dottrina e certo che non potrebbero reputarsi ammissibili "giustificazioni ingiustificate", ovverosia regole che impongano una giustificazione apparente di scelte datoriali sostanzialmente libere, la esatta comprensione della norma necessita di considerare anche il contesto normativo nel quale è inserita. Altre norme della Carta sembrano deporre in senso contrario alla possibilità di fare discendere dall'art. 30 vincoli in capo al legislatore comunitario o nazionale quanto alla scelta delle fattispecie giustificative, se non nel limitato senso di cui si è detto, vale a dire di impedire la costruzione di assetti normativi che rendano sostanzialmente libero il licenziamento nella generalità dei casi.

Nella comprensione dell'effettiva portata dell'art. 30 soccorre, in parte, l'art. 52 della Carta, a norma del quale "eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà": limitazioni ai diritti sono consentite, comunque sia formulata la norma sulla quale il diritto fonda. Si diceva che questa norma aiuta solo in parte, perché in effetti non è del tutto chiaro cosa debba intendersi per contenuto essenziale del diritto nel caso che ci occupa[202]. La presenza di una tutela in caso di licenziamento ingiustificato non sembra suscettibile di gradazioni. Piuttosto, forse, di compressioni, vale a dire di ipotesi nelle quali la tutela venga "sospesa". Invece nell'ordinamento nazionale italiano si riscontra una serie di ipotesi nelle quali la tutela è del tutto esclusa: nelle ipotesi di libera recedibilità il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato non è rispettato neanche nel suo contenuto essenziale (ammesso che sia possibile identificarlo). La dottrina più attenta non ha tardato a porsi una serie di interrogativi, ritenendo

---

[201] Le citazioni sono di ALES, *Libertà e "uguaglianza solidale"* cit., p. 122-123. Cfr., in senso analogo, ma partendo dall'idea che l'art. 30 della Carta di Nizza recepisca l'idea del licenziamento come *extrema ratio* quale criterio di bilanciamento delle esigenze delle parti (e dei principi costituzionali che ad esse presiedono), anche NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 18, secondo il quale "si delinea in tal modo, proprio sulle orme (se non dell'efficacia almeno) dei contenuti che Natoli attribuì alla norma costituzionale, il nucleo essenziale del principio della stabilità al quale l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea conferirebbe visibilità". Non si vuole assolutamente negare che la consacrazione del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, in una norma della Carta che si avvia, auspicabilmente, a diventare vincolante per 25 dei 27 Stati membri, abbia una portata considerevole. Solo, come si dice nel testo, una lettura delle altre norme della Carta, in specie delle cd. clausole orizzontali, e una considerazione realistica del carattere compromissorio della stessa norma dell'art. 30 inducono ad una maggiore prudenza nella valutazione del suo portato vincolistico.

[202] La stessa domanda si pone ZOPPOLI, *Licenziabilità e occupabilità* cit., p. 508. Cfr., in generale, per il valore del riferimento all'essenzialità GROPPI, *Sub art. 52*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti* cit., p. 351 ss., part. p. 355.

fuor di dubbio che di fronte ad una norma così formulata non sono ammissibili ipotesi di libero recesso e chiedendosi piuttosto se tanto debba valere anche per i lavoratori assunti con contratti di lavoro flessibile[203].

In verità, sembra che l'ammissibilità di ipotesi di libera recedibilità rientri nella questione più ampia della portata del riferimento alla conformità agli ordinamenti e prassi nazionali contenuto nell'art. 30. Se si ritiene che quel riferimento valga per la forma della tutela e non per la sua sussistenza, dovrebbe ritenersi che l'ambito di applicazione della tutela non possa essere rimesso al legislatore nazionale. E ciò si potrebbe, riprendendo l'elegante espressione di una penna ben più autorevole[204], sostenuti dall'ottimismo della volontà. Guidati dal pessimismo della ragione, tuttavia, si è costretti ad osservare che questa soluzione si scontra con il dato dell'esistenza in vari ordinamenti (tra cui il nostro) di aree di libera recedibilità, per cui una valutazione realistica, che tenga conto anche del fatto che l'art. 30 è il frutto di un compromesso politico, fa propendere per una diversa soluzione, in base alla quale "contenuto essenziale" è espressione sintetica che indica non tanto l'esistenza della tutela in assoluto, ma la sua esistenza in senso relativo, vale a dire come regola suscettibile di eccezioni. È chiaro che al momento si tratta di un'opinione priva di riscontri e solo (la eventuale futura vincolatività della norma e, quindi,) la giurisprudenza della Corte di Giustizia potrà sciogliere il dubbio, così come deve essere chiaro che si tratta di una opinione non fondata su valutazioni assiologiche: in base a queste ultime è ben comprensibile il tentativo di fondare sull'art. 30 una tutela che, quanto al diritto alla giustificatezza del licenziamento, appare persino più corposa di quella assicurata dalla nostra legislazione nazionale, tendendo ad escludere la legittimità, sul piano comunitario, di deroghe al principio della necessaria giustificatezza del licenziamento ammesse dalla nostra Corte Costituzionale. Così come è ben comprensibile la tentazione, non infrequente nella dottrina italiana[205], di fondare sull'art. 4 della Carta Costituzionale non il principio di necessaria giustificatezza del licenziamento, ma lo strumento principe della tutela reale[206].

Quanto al punto specifico relativo ai rapporti flessibili, non sembra possa essere revocata in dubbio la illegittimità di discipline che tendano ad identificare la libera recedibilità come regola fondamentale e deve essere recisamente criticata la scelta legislativa di rimettere alla disponibilità

---

[203] ZOPPOLI, *Licenziabilità e occupabilità* cit., p. 508.

[204] Cfr. BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti* cit., p. 21.

[205] Più entusiasti i costituzionalisti: cfr. SALAZAR, *Alcune riflessioni* cit., p. 15, che vede la Consulta in bilico tra il vecchio ed il nuovo, dove il nuovo sarebbe il riconoscimento del diritto al lavoro come diritto alla stabilità (ma qui lo scritto risente di una non chiara distinzione tra stabilità come tutela contro il licenziamento ingiustificato e stabilità come tutela reale); e APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro* cit., p. 182 ss. ove intitola un paragrafo alla "progressiva stabilità del rapporto di lavoro" (sic); sulle quali, in senso critico e condivisibilmente cfr. M.V. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità* cit., p. 12, ove afferma che "è quantomeno dubbio" che nella giurisprudenza costituzionale possa leggersi "la progressiva affermazione del diritto alla stabilità"; assai più cauti i lavoristi: cfr. ad es. M. D'ANTONA, *La reintegrazione* cit., p. 83-84, dove ritiene (come già MANCINI, *Sub art. 4* cit., pp. 240-241) contrasti con l'art. 4 un "cammino a ritroso" rispetto al livello di tutela assicurato contro il licenziamento; BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità* cit., p. 16, ove si legge un timido accenno, legato anche alle fonti europee, ma nella piena consapevolezza che lo stato del diritto vivente è ben altro.

[206] Come si è già visto, anche in questo caso l'intenzione di rispondere ad esigenze di giustizia si scontra con la realtà di orientamenti inequivocabili della nostra Consulta, che ha sempre ritenuto l'esatto contrario, tanto da ribadire in diverse occasioni la legittimità di consultazioni referendarie che, senza incidere sul citato principio, colpissero in un senso o nell'altro l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori: cfr. le più volte citate Corte Cost. 46/2000 e Coste Cost. 41/2003.

delle parti contrattuali l'opzione per la libera recedibilità, come accade per il lavoro a progetto[207]: una cosa è che vi possano essere delle eccezioni, specificamente individuate dal legislatore e rigorosamente giustificabili in base ad una logica compatibile con i valori costituzionali (come accade ad esempio per il lavoro domestico), cosa ben diversa è concretare una fattispecie di rapporto pressoché universalmente utilizzabile in ogni situazione e per fare fronte ad esigenze del tutto diverse, nella quale la libera recedibilità costituisce la regola. Qui vanno ribadite con ancora maggior forza le conclusioni esposte trattando del licenziamento dei dirigenti, essendo presente oltretutto l'aggravante della sicura posizione di debolezza dei lavoratori flessibili[208].

La norma comunitaria può essere intesa come norma che impone (meglio: imporrebbe qualora divenisse vincolante) agli ordinamenti di riconoscere il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, salva la possibilità di individuare una serie di eccezioni, ma che, appunto, devono restare nel rapporto tra regola ed eccezione, ove la regola deve essere quella del diritto alla tutela (contenuto essenziale) e le eccezioni le ipotesi di libera recedibilità (limitazioni al contenuto essenziale). E non possono, ad avviso di chi scrive, essere considerate tali opzioni che consentano il libero recesso in rapporti di lavoro che sono utilizzabili in contesti produttivi completamente diversi.

Il nocciolo del problema sta dunque nella possibilità di qualificare come vere eccezioni alla regola le ipotesi di libera recedibilità disegnate dal legislatore nazionale. In questi termini deve essere intesa, ad avviso di chi scrive, la norma della Carta di Nizza quando fa riferimento alla sussistenza del diritto in conformità "alle legislazioni e prassi nazionali".

Così stando le cose, è chiaro che la tenuta dell'art. 30 e la sua reale portata dipendono in buona parte dalle opzioni dell'interprete, che, beninteso, potrebbe invece scegliere di valorizzare ancor più la richiesta o ammessa conformità alle legislazioni e prassi nazionali, per affermare che tutto è lecito al legislatore nazionale. In questo caso per il nostro ordinamento valgono comunque i limiti che discendono dall'interpretazione dell'art. 4 fornita dalla Corte Costituzionale, ed in base a questi è da ritenersi dubbia la legittimità di una disciplina come quella relativa al lavoro a progetto. Ma discorso diverso potrebbe valere per altri ordinamenti, ove il diritto di cui si discute è diversamente conformato.

Se così è, nonostante la formulazione in apparenza assai stringente del diritto che ci occupa nella versione comunitaria, siamo di fronte ad un diritto che è enunciato in via di principio in quella

---

[207] Cfr. U. GARGIULO, *Il recesso nel lavoro a progetto tra volontà delle parti e diritto dei contratti*, ADL, 2004, p. 895 ss., sul punto p. 904 ss. Sul punto specifico cfr. anche AMATO, *La Carta dei diritti dell'Unione e il lavoro flessibile* cit., p. 627 s. che individua nell'art. 30 della Carta di Nizza una delle garanzie che devono valere anche per il lavoro flessibile. Secondo questo Autore l'art. 30 "risulta […] sintomatico della scelta generale (e generalizzabile attraverso lo strumento dell'interpretazione estensiva) di tutela contro gli arbitri dei «poteri privati»". Citando come esempio di una siffatta possibile interpretazione estensiva la giurisprudenza di legittimità italiana in materia di recesso per giusta causa da rapporti di agenzia (cfr. la nota 75 a p. 628).

[208] Sembra esprimersi conformemente a quanto nel testo anche NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 17, secondo il quale il principio, che discende dalla citata Corte Cost. 45 del 1965 quanto alla doverosità di circondare di garanzie le ipotesi nelle quali il recesso si renda effettivamente necessario, "in considerazione dell'espressione lata utilizzata dal Costituente, si potrebbe, *mutatis mutandis*, estendere […] a tutti i titolari di un impiego remunerativo della loro attività personale".

sede, ma deve ricostruirsi poi, caso per caso, sulla base della singola legislazione nazionale[209]. Certo è che, letto l'art. 30 della Carta in questa maniera, è assai difficile parlare di un avanzamento o consolidamento del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato in sede comunitaria.

In realtà, argine alla discrezionalità dell'interprete è proprio l'art. 52 della stessa Carta di Nizza, il quale, contrariamente alla funzione autolimitativa che gli è sovente attribuita, ha qui un ruolo "corroborante" del diritto, laddove ammette le sole limitazioni che non ne ledano il contenuto essenziale[210]. Dunque, eccezioni sono legittime e sono rimesse alla valutazione compiuta dai legislatori nazionali, ma l'obliterazione completa del diritto o, se si preferisce, la lesione del suo contenuto essenziale, no[211]. E l'interprete non può andare in contrario avviso sulla base del solo rinvio alla conformità alle legislazioni e prassi nazionali.

## 8. Possibili problemi di raccordo tra fonti in un sistema costituzionale multilivello e conformità di soluzione tra Costituzione nazionale e Carta di Nizza quanto al diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato

Resta la questione, già segnalata, di compressioni del diritto che provengano non dalla sede nazionale, ma dalla stessa sede comunitaria. Qui si è visto come la questione vada risolta con l'attribuzione alla Corte Costituzionale del ruolo di supremo guardiano dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale. Peraltro, i problemi discussi potrebbero anche risolversi alla luce di una complementarità, vale a dire che le eccezioni al principio di tutela contro il licenziamento ingiustificato, ossia le ipotesi di libera recedibilità ritenute giustificate dalla Consulta, potrebbero coincidere con le ipotesi nelle quali sia considerata tollerabile a livello comunitario una compressione del diritto alla tutela. Ovviamente, tuttavia, non è detto che così accada, e si ritorna dunque alla triplice alternativa: ove la Carta di Nizza non diventi vincolante il problema non si pone; ove essa divenga vincolante al livello degli attuali Trattati comunitari (come sembra dopo la firma di Lisbona) il problema andrà risolto in conformità alla consolidata giurisprudenza costituzionale; ove infine la Carta assurga a rango costituzionale, il problema andrebbe trattato in maniera del tutto diversa, in dipendenza del fatto che si ritenga la Costituzione Europea pariordinata o sovraordinata rispetto a quelle nazionali. Quest'ultima prospettiva appare oggi ancora molto lontana. Tuttavia, l'attuale formulazione della norma dell'art. 30 della Carta di Nizza (perfettamente in armonia con il tradizionale ruolo delle fonti normative comunitarie), che parla di conformità alle legislazioni e prassi nazionali, sembra di per sé ridimensionare il problema. Per aversi, nel caso di pariordinazione o sovraordinazione di una Costituzione europea rispetto alle Costituzioni nazionali, un conflitto vero e proprio, sarebbe necessario immaginare che la nuova Costituzione non fissi alcun criterio di raccordo con le legislazioni nazionali anche del massimo rango[212].

---

[209] Per questa ragione non sembra potersi dire che la norma della Carta di Nizza, pur con la sua formulazione esplicita (che la differenzia dalla maggior parte delle Carte Costituzionali dei Paesi membri), costituisca un vero e proprio passo in avanti, se non rispetto a quegli ordinamenti nazionali che non prevedono alcuna forma di tutela.

[210] Conf. BRONZINI, *Art. 30: diritto al lavoro* cit.

[211] Per quanto detto più sopra, non è da ritenersi che possa così essere qualificata la tutela obbligatoria contro il licenziamento ingiustificato: si tratta comunque di una forma di tutela, rimessa quindi alla discrezionalità del legislatore nazionale. *Contra* cfr. BRONZINI, *Art. 30: diritto al lavoro* cit., secondo il quale "è quindi dubbio che l'attuale normativa italiana sui licenziamenti nelle piccole imprese rispetti la dichiarazione di Nizza". Ma è dubbio che sembra fondato più dalla volontà di prospettarlo che da solide basi giuridiche.

[212] Ciò mentre oggi l'art. II-112, par. 4 afferma la necessità di un raccordo: cfr. RUSCIANO, *Il diritto del lavoro* cit., p. 893.

Il che pare quanto meno improbabile, considerate già oggi le disposizioni del capo VII della Carta di Nizza (le cd. clausole orizzontali).

La preoccupazione più generale per il rischio che le costituzioni nazionali si vedano superate e scavalcate da una carta europea più restrittiva e meno rispettosa dei diritti sociali sembra, almeno allo stato e con riguardo alla norma che ci occupa, priva di fondamento[213]. Fino a quando cioè la formulazione delle norme comunitarie contemplerà un rinvio alle legislazioni nazionali[214] non si vede neanche la possibilità di un vero contrasto tra Carte fondamentali (a prescindere dal fatto che, per la norma che si sta considerando, la enucleazione esplicita del principio di necessaria giustificazione del licenziamento potrebbe essere considerato un avanzamento e non un arretramento della tutela[215]).

Anche tralasciando questa notazione e considerando l'ipotesi che in sede comunitaria non ci si occupi affatto dei problemi di raccordo con le Costituzioni nazionali, non sembra possibile seguire del tutto l'opinione, pur autorevole, secondo la quale, «se dalle vicende dei prossimi due anni dovesse uscire confermata l'integrazione della Carta come capitolo sui "diritti fondamentali" di un TC, la sussidiarietà (verticale) dovrebbe essere messa da parte, almeno quando fosse in discussione la tutela effettiva dei diritti sanciti, che diverrebbe compito precipuo dell'UE, la quale, integrando la Carta dei diritti nel proprio Trattato istitutivo, avrebbe fatto della Carta il diritto costituzionale proprio dell'Unione. Ma questo non ci metterebbe ancora al riparo dal bilanciamento alla stregua dei valori propri dell'UE e dei suoi equilibri interni, nei quali i paesi "conservatori" del sud dell'Europa stentano talora a riconoscersi e che appaiono messi vieppiù in crisi dall'ingresso di nuovi Stati, portatori di interessi chiaramente in conflitto con i modelli sociali propri dei paesi conservatori»[216]. Ammesso che si realizzi una simile integrazione della Carta di Nizza in un Trattato Costituzionale, prospettiva che dopo Lisbona sembra ancor più lontana, è da vedere se davvero la nascita di un diritto costituzionale dell'Unione significhi necessariamente la scomparsa o l'abdicazione al proprio ruolo dei diritti costituzionali nazionali. Ad opinione di chi scrive è difficile escludere una forma di convivenza tra Costituzioni nazionali (che comunque dovrebbero conti-

---

[213] Nello stesso senso mi sembra si esprima anche RUSCIANO, *Il diritto del lavoro* cit., p. 893, con riferimento non limitato all'art. 30 della Carta. Anche PROIA, *Lavoro e Costituzione europea* cit., p. 528 sottolinea, condivisibilmente, come l'eventuale difforme individuazione di un diritto nel Trattato costituzionale rispetto alla Costituzione nazionale quanto al livello di tutela non debba impensierire: "in questi casi, la minore garanzia assicurata dalla Carta non ha impatto nell'ordinamento interno, posto che – ai sensi della clausola generale di cui all'art. II-53 della Carta stessa – nessuna sua disposizione può essere «*interpretata come limitativa o lesiva*» dei diritti dell'uomo già riconosciuti da altre fonti, comprese le «*costituzioni degli Stati membri*»." Conferma (indiretta) di quanto si sta dicendo è anche in SANTORO PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti* cit., p. 96, ove sottolinea che "i diritti fondamentali devono essere interpretati in armonia con le tradizioni comuni agli Stati membri".

[214] Del resto, il collegamento con gli ordinamenti nazionali è reso esplicito già dal preambolo della Carta di Nizza (inserito all'inizio della parte II del progetto di Costituzione): "La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti della Comunità e dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull'Unione europea e dai trattati comunitari, dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo".

[215] Conf. ARRIGO, *I diritti sociali* cit., p. 293.

[216] Cit. da M.V. BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti* cit., p. 21 s.

nuare ad occuparsi della divisione dei poteri, delle strutture di governo politico, della magistratura ecc. ecc.) ed una eventuale Costituzione europea[217].

La tutela contro il licenziamento ingiustificato resta, per ora, affidata, tanto sul piano nazionale quanto su quello comunitario, al dualismo tra la sussistenza di una tutela, che si va consolidando come diritto sociale fondamentale, e la concretizzazione di questa secondo i diversi modelli ipotizzabili, secondo una scelta che appare rimessa al legislatore ordinario nazionale senza vincoli di alcun genere[218]. Difficilmente ci si poteva attendere di più da una norma come quella inserita nella Carta di Nizza, frutto faticoso di un compromesso politico tra gli Stati membri, in un'epoca nella quale la tutela reale contro il licenziamento ingiustificato è messa in discussione persino negli ordinamenti nazionali con la più alta tradizione di tutela del lavoro dipendente[219]. E difficilmente si potrebbe ipotizzare un ritorno della nostra Corte Costituzionale sui passi di una giurisprudenza consolidata in un quarantennio, la cui opzione per questo dualismo esce oggi confermata anche dalla normativa comunitaria e dalla rinnovata consapevolezza del necessario rispetto della discrezionalità del legislatore ordinario, valorizzata, sul piano comunitario, come spazio lasciato al legislatore nazionale e, su quello interno, come ossequio per le prerogative dell'organo depositario della sovranità popolare.

Quanto a questo stato di cose valgano due ordini di considerazioni.

La difesa dell'operato della Corte Costituzionale non vuol dire sua supina recezione, giustificata solo dal valore che la giurisprudenza costituzionale ha nel nostro ordinamento[220]: si è ben consapevoli che le pronunce della Consulta prestano talora il fianco a critiche, anche fondate[221]. La difesa della posizione assunta dal giudice costituzionale è dovuta invece al suo legame con il carattere politico e compromissorio delle norme costituzionali e, soprattutto, con il necessario rispetto delle prerogative degli organi costituzionali, che sarebbe tradito dalle più nette prese di

---

[217] Sui problemi relativi alla ipotesi di una Costituzione multilivello ed alla sua interazione con il sistema di diritti riconosciuti agli individui, cfr., per tutti, I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, Eur. Law Rev., 2002, n. 27, p. 511 ss., i saggi contenuti in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Bari-Roma, 2003 (in part. ancora I. PERNICE con F. MAYER, *La Costituzione integrata*) e, tra i lavoristi, da diverso punto di vista, B. CARUSO, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella* governance *multilivello)*, Arg. Dir. Lav., 2004, p. 801 ss. di particolare interesse per la considerazione unitaria del problema tra livello nazionale e sopranazionale (cfr. p. 805 ss. per considerazioni in merito); F. BANO, *L'Europa sociale nel Trattato costituzionale* cit., p. 829 ss.; nonché, in prospettiva storico-teorica, L. GAETA**,** *Sussidiarità e sicurezza sociale: una prospettiva storica dell'approccio "a più livelli",* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 32/2005. Fanno riferimento alla prospettiva di una tutela multilivello dei diritti fondamentali anche AMATO, *La Carta dei diritti dell'Unione e il lavoro flessibile* cit., p. 632 s. e CARTABIA, *Sub art. 51*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti* cit., p. 344 ss.

[218] Conf., con un cenno, DELLA CANANEA, *Il lavoro nella Carta dei diritti fondamentali* cit., p. 409, che ritiene l'art. 30 bene esemplifichi la distanza della Carta dalla tecnica dell'armonizzazione. Peraltro, precisa ancora l'Autore, se nella Carta "la disciplina del lavoro è basata sulla disgiunzione tra l'enunciazione dei principi comuni e il riconoscimento della differenziazione degli istituti applicativi", ciò "risponde al principio di fondo della preservazione delle differenze, sancito dal Trattato e confermato dalla Carta, il cui articolo 22 stabilisce che l'Unione «rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica»" (cit. da p. 410). Opinione, questa, che coglie indubbiamente una parte del problema. L'altra sta, come sottolineano più decisamente i giuslavoristi (v. ad es. Lorenzo Zoppoli e Maria Vittoria Ballestrero, citati in queste pagine), nella difficoltà di incrementare gli *standards* di tutela obbligatori.

[219] Cfr. anche BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità* cit., p. 17, che parla di "generale constatazione che la reintegrazione è ovunque in crisi".

[220] Semmai, come si è detto all'inizio del lavoro, questo valore giustifica la decisione di partire dalla giurisprudenza costituzionale nell'analisi del problema (v. *retro* par. 1 e par. 2).

[221] E sono infatti spesso criticate dalla dottrina: cfr. ad es., tra i molti, DE SIMONE, *Quale stabilità per chi* cit., p. 60 ss.

posizione della Consulta auspicate da una parte della dottrina. Lo stesso rispetto, non si dimentichi, guida la Corte nelle pronunce che difendono struttura ed effetti della tutela reale da eccezioni relative a pretesa incompatibilità con l'art. 41 Cost.[222]. Se la *ratio* è la medesima, non pare corretto criticare quando non si condividono i risultati ed elogiare nel caso inverso: quel che deve essere considerato è lo spirito che guida questa giurisprudenza. Spirito che è condivisibile, con la sola eccezione, di cui si è detto, della sottrazione dei dirigenti al principio della tutela contro il licenziamento ingiustificato, che non sembra ammissibile.

Analoghe considerazioni inducono ad un giudizio benevolo[223] anche quanto alla formulazione delle fonti comunitarie (in particolare l'art. 30 della Carta di Nizza), ancor più gravate dalla necessità di disegnare equilibri accettabili dai vari ordinamenti e, dunque, segnate dallo sforzo di far progredire le tutele sociali nonostante i loro costi, tanto in termini macroeconomici, quanto in termini di limitazione della sovranità nazionale. Così come formulata, infatti, la norma dell'art. 30 della Carta di Nizza, ove divenisse vincolante, ben potrebbe ritenersi immediatamente precettiva[224], vale a dire direttamente applicabile nei rapporti interprivati. Ciò perché si ritiene che diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato significhi sia principio di necessità dell'esistenza di una tutela (principio-direttiva rivolto ai legislatori nazionali, ai quali, pur nei limiti individuati, resta la discrezionalità sulla forma della tutela), sia diritto del lavoratore, direttamente azionabile nei confronti del datore, a conoscere la giustificazione del recesso datoriale (conoscenza che, sola, consente un sindacato e dunque la possibilità di invocare la tutela predisposta dal legislatore nazionale)[225]. Dal che il passo è breve ad affermare in ogni caso il dovere del datore di giustificare il recesso. Non è un caso, del resto, che la precisazione contenuta nel Protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea alla Polonia e al Regno Unito, che mira a scongiurare la diretta azionabilità dei diritti elencati, riguardi proprio il titolo IV della Carta[226].

Da altro punto di vista, questo diritto del lavoratore, se non può essere trascurato sul piano teorico, sul piano pratico potrebbe tradursi in regola ostativa alla pretesa irrilevanza dei motivi nelle fattispecie in cui il recesso è libero: come ben dimostrano ordinamenti che non ammettono il sindacato sui motivi del recesso ma sanzionano il licenziamento discriminatorio, una cosa è la insidacabilità dei motivi leciti, altra la irrilevanza dell'illecito o di vizi come l'errore, che possono

---

[222] Sul punto cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale*. 1 luglio 1989 - 31 dicembre 2005, Ricerca coordinata, sotto l'Alto Patronato del Presidente della Repubblica, da G.M. AMBROSO e G. FALCUCCI per CNEL e Corte Costituzionale, Roma, 2006, p. 39 ss., sul punto p. 121 s. che giudica "ragionevole" (cfr. p. 121) il dubbio relativo alla incompatibilità dell'art. 18 st. lav. con l'art. 41 cost.

[223] Benevolenza che sembra condivisa da D. IZZI, *Stabilità* versus *flessibilità nel diritto comunitario* cit., p. 350, ove afferma si tratta di "traguardo non marginale" e, parlando dell'art. 30, scrive: "un articolo, questo, per nulla scontato che, al di là dell'apparente minimalismo del suo contenuto, non sarebbe destinato a restare privo di conseguenze […] qualora acquistasse forza vincolante".

[224] Conf. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità* cit., p. 16.

[225] Per la rilevanza della distinzione tra diritti e principi cfr. ancora A. LO FARO, in A. LO FARO – A. ANDRONICO, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali* cit., p. 525 ss. al punto B. V. anche *retro* par. 4. A conferma di quanto si va sostenendo si può osservare che l'articolo che ci occupa non compare tra quelli che nelle spiegazioni ufficiali fanno parte dei principi-non diritti: cfr. ancora A. LO FARO, in A. LO FARO – A. ANDRONICO, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali* cit., p. 526.

[226] Il Protocollo citato, all'art. 1, punto 2 specifica: "In particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno.".

portare ad una distorta formazione della stessa volontà del recedente. La irrilevanza dell'illiceità o erroneità del motivo, invero, non si sarebbe potuta affermare già in passato[227]; meno che mai lo si potrebbe ove la norma in questione divenisse vincolante.

## 9. Rilievi conclusivi

Oltre non è possibile andare. In particolare, deve essere tenuto fermo il dualismo fondamentale tra esistenza della tutela, per la quale sussiste vincolo tanto sul piano costituzionale quanto su quello comunitario, e forma della tutela, che resta affidata alle valutazioni del legislatore ordinario nazionale.

Il fatto che la scelta del modello sanzionatorio del licenziamento ingiustificato resti discrezionale induce a temperare gli entusiasmi, in particolare di chi[228] vorrebbe che la norma dell'art. 30, divenuta vincolante, costituisse sbarramento "alle proposte di sostituzione della giustificazione del licenziamento con un'indennità economica circolanti in qualche zona del vecchio continente (segnatamente in Francia e Italia)"[229]. Al contrario, poiché si deve certamente escludere che sulla base dell'art. 30 della Carta di Nizza possa essere contestata la legittimità di un regime che preveda la sola tutela risarcitoria in caso di licenziamento ingiustificato, non è facile ipotizzare l'illegittimità di un regime fondato, nelle ipotesi di licenziamento per motivi economici, su di un sistema di *firing cost*.

In realtà la questione va posta in termini diversi e colta nella sua essenza, che è assai più politica che giuridica in senso stretto o, se si vuole, è da porsi sul piano delle scelte di politica del diritto, senza vincoli che "costringano" ad una soluzione determinata. Da questo punto di vista, coglie nel segno chi, delle proposte cui si è appena fatto riferimento, contesta l'implicazione che la "proprietà" del posto di lavoro "debba sempre cedere di fronte all'interesse dell'imprenditore, che è in sé superiore"[230]. Ma ancora si tratta di un'ottica che non mette in luce il cuore del problema (e forse non consentirebbe un confronto sereno). Che sta in ciò: "la proposta, il cui obiettivo fondamentale è quello di sottrarre al giudice il controllo sulla motivazione oggettiva del licenziamento, esclude allora quel bilanciamento tra valori «utilitari» (stabilità e libertà dell'iniziativa economica) che è invece alla base della disciplina della giustificazione oggettiva del licenziamento sottoposta al controllo del giudice, che opera il bilanciamento nel caso concreto"[231].

Questo è il nucleo del problema, rimettere la valutazione della giustificatezza al giudice caso per caso oppure in via generale e preventiva al legislatore sulla base di indici di costo. E la dottrina si divide tra chi ritiene la presenza del giudice irrinunciabile solo nelle ipotesi di licenziamento per motivi cd. soggettivi e chi invece carica, come si è appena visto, il ruolo del giudice di una valenza ulteriore, che lo rende indispensabile anche nel licenziamento per motivi oggettivi. Valenza che

---

[227] Cosa che invece accadde in giurisprudenza: cfr. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti* cit., p. 9 e p. 40.

[228] Cfr. IZZI, *Stabilità* versus *flessibilità nel diritto comunitario* cit., p. 366.

[229] Cit. da IZZI, *Stabilità* versus *flessibilità nel diritto comunitario* cit., p. 366, che cita O. BLACHARD – J. TIROLE, *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro,* Riv. It. Dir. Lav., 2004, I, p. 161 ss. e P. ICHINO, *La stabilità del lavoro e il valore dell'uguaglianza*, Riv. It. Dir. Lav., 2005, I, p. 7 ss.

[230] Cit. da BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità* cit., p. 15.

[231] Cit. ancora da BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità* cit., p. 15.

sta, in altre parole, nel non dare per scontato sia sufficiente affrontare un costo per la validità ed efficacia del recesso. Ciò perché nella fattispecie sono in gioco valori più alti del danaro o perché è in fondo vivo il timore che quella del licenziamento per motivi oggettivi possa diventare una via più agevole per disfarsi di lavoratori sgraditi senza affrontare un giudizio.

Senza prendere posizione su una questione che richiederebbe ben altro spazio, qui può solo osservarsi che casi di predeterminazione dei costi che devono essere tollerati per mantenere in vita il rapporto di lavoro sono già oggi presenti nelle legislazioni di tutela (per tutti, si pensi al periodo di comporto). In questa sede si vuole sottolineare che la questione non può essere risolta appellandosi alla legittimità costituzionale o comunitaria dell'una o dell'altra soluzione[232].

Per contro, quanto detto in relazione all'assenza di vincoli relativi alla scelta del modello di tutela non esclude che sia opportuno affrontare la sfida dell'armonizzazione o almeno del riavvicinamento delle normative in materia di tecniche di tutela contro il licenziamento ingiustificato presenti negli ordinamenti dei paesi membri dell'UE[233]. Tanto più che il progressivo allargamento di quest'ultima accresce il rischio di *dumping* sociale[234] e, quindi, consiglia di cercare, come per i licenziamenti collettivi, strade che conducano al consolidamento di una base comune di disciplina o almeno di coordinate che vadano oltre la mera affermazione del diritto contenuta nell'art. 30 della Carta di Nizza.

Naturalmente la strada è irta di difficoltà, e certo non giova alla prospettiva indicata il fatto che a norma dell'art. 137 del Trattato la "protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro" rientri ancora tra le materie nelle quali il Consiglio delibera all'unanimità, salvo che il Consiglio (sempre all'unanimità) non decida di inserirla tra le materie cui si applica la procedura di codecisione prevista dall'art. 251 del Trattato[235]. In queste condizioni è infatti difficile che alcuni dei membri dell'Unione rinuncino ad utilizzare lo scudo dell'unanimità per difendere il vantaggio

---

[232] In senso contrario a quanto si sostiene nel testo circa la non correttezza di un ragionamento che pretenda di argomentare la illegittimità di soluzioni risarcitorie dal dettato costituzionale, cfr. però un inciso anche in Cass. S.U. 10 gennaio 2006, n. 141, secondo la quale "il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma" (la sentenza è reperibile assai facilmente in rete; la si legge su www.altalex.com).

[233] In questo senso, cfr. ZOPPOLI, *Licenziabilità e occupabilità* cit., p. 512 s.

[234] Il problema è evidenziato dalle vicende della direttiva Bolkestein (e dai relativi timori), sulle quali v., per tutti, A. BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro* cit., p. 26 ss. (ma tutto lo scritto per i problemi relativi al cd. *dumping sociale*); U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 49/2006 e R. SANTAGATA, *La nuova direttiva sui servizi: le ripercussioni nel diritto del lavoro*, Dir. Lav. Merc., 2006, p. 591 ss., part. 599 ss. Riferisce di preoccupazioni diffuse per una competizione regolativa al ribasso nell'ambito del metodo di coordinamento aperto A. LO FARO, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali* cit., p. 527. CANTARO, *Il secolo lungo* cit., p. 23 parla di "vera e propria ribellione sucistata dalla ormai famigerata direttiva Bolkestein sulla liberalizzazione dei servizi nell'Unione". Sul ruolo di limite svolto dai diritti sociali (eventualmente) "costituzionalizzati" cfr. F. BANO, *L'Europa sociale nel Trattato costituzionale* cit., p. 829 ss.; G. PROIA, *Lavoro e Costituzione europea* cit., part. p. 526; SANTORO PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa* cit., p. 95 ss., che ne sottolinea, giustamente, anche il ruolo di "test di accesso" all'Ue, che crea una barriera all'ingresso per gli aspiranti membri i cui ordinamenti non rispettino questi diritti, e, al contempo di "argine contro il pericolo di involuzioni e regressi da parte sia dell'Unione che degli Stati membri" (entrambe le citt. sono tratte da p. 95).

[235] Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa* cit., p. 94.

in termini di capacità attrattiva di investimenti esteri che deriva dal differenziale di tutela spettante ai lavoratori nella fase di uscita dal rapporto[236]. A riprova delle difficoltà di cui si discute, può osservarsi come con la firma del Trattato di Lisbona le cose cambino solo parzialmente: il nuovo art. 137 continua a prevedere che la "protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro" non rientri tra le materie per le quali si applica la codecisione, ormai divenuta procedura legislativa ordinaria, ma permanga una procedura legislativa speciale, nella quale il Consiglio delibera all'unanimità[237].

Non è forse un caso che la Commissione in varie occasioni abbia evitato di chiarire se l'eventuale revisione delle discipline in materia debba comprendere anche il relativo apparato sanzionatorio[238]; anche se, invero, la soluzione sembra obbligata: cos'altro potrebbe intendersi per revisione della disciplina dei licenziamenti? Tuttavia, se si evita di chiamare le cose con il proprio nome, la ragione può essere essenzialmente diplomatica; rinvenibile cioè nella difficoltà di trattare l'argomento senza suscitare timori.

La proposta contenuta nel "Libro verde" della Commissione europea sulla modernizzazione del diritto del lavoro non contrasta con lo sforzo di omogeneizzare le tutele. Se la direzione indicata in quel documento è senza dubbio quella della flessibilizzazione della disciplina (e può o meno essere condivisibile[239]), ciò non ha nulla a che vedere con la possibilità che questa flessibilizzazione non sia lasciata completamente alla discrezionalità dei singoli stati membri, ma ancorata ad

---

[236] Sul tema, e per l'indicazione di possibili vie d'uscita (o almeno per ipotesi di correzione), cfr., per tutti, già S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 16/2003, p. 17, che vede il diritto comunitario "bloccato nella morsa del voto all'unanimità".

[237] Così recita il punto 116 dell'art. 2 del Trattato: "L'articolo 137 è così modificato: a) al paragrafo 2, nella parte introduttiva del primo comma, i termini «il Consiglio:» sono sostituiti da «il Parlamento europeo e il Consiglio:» e i verbi sono adattati di conseguenza; la prima frase del secondo comma è divisa in due commi redatti come segue: «Il Parlamento europeo e il Consiglio deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni. Nei settori di cui al paragrafo 1, lettere c), d), f) e g), il Consiglio delibera secondo una procedura legislativa speciale, all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo e di detti Comitati.»".

[238] Lo si apprende da L. TEBANO, *Il regime sanzionatorio del licenziamento tra disciplina nazionale e sollecitazioni comunitarie*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Flexicurity e tutele del lavoro tipico e atipico*, in corso di pubblicazione in L. ZOPPOLI – M. DELFINO (a cura di), *Flexicurity e tutele del lavoro tipico e atipico in Italia e in Germania*, Ediesse, Roma, p. 165 ss. La circostanza è confermata anche da D. IZZI, *Stabilità* versus *flessibilità nel diritto comunitario* cit., p. 345 ss., ove si legge anche un'interessante panoramica delle ultime innovazioni nelle legislazioni di alcuni dei principali paesi europei.

[239] Toni preoccupati o critici hanno accolto in vari casi il documento della Commissione: cfr. ad esempio BALLESTRERO, *Europa dei mercati* cit., p. 27 s. Va comunque osservato che nel Libro Verde manca ogni riferimento alla Carta di Nizza: cfr. il documento, sottoscritto da molti degli studiosi di diritto del lavoro che si occupano del diritto comunitario del lavoro, *I giuslavoristi e il Libro verde. "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo". Una valutazione critica e propositiva*, che si può leggere nel dossier n. 9 del 2007 di labourweb, p. 1569 ss. (in rete all'indirizzo http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm): "Considerazioni simili sono del tutto assenti dal Libro verde, che non si preoccupa di valutare la coerenza tra le varie ipotesi prospettate (o prospettabili) e il rispetto dei diritti (ed anche dei principi ) statuiti nella Carta di Nizza (e ancor prima dalle due Carte sociali europee e dalla giurisprudenza dei giudici del Lussemburgo)." (cit. da p. 1577 del dossier). Per un'indagine sulla reale portata delle modifiche proposte dal Libro Verde e, già prima, dalla Commissione Kok, cfr. TEBANO, *Il regime sanzionatorio* cit., che segnala come "già il rapporto redatto dall'*Employment Taskforce* presieduta da Wim Kok e presentato alla Commissione europea il 26 novembre 2003 aveva posto l'accento sull'opportunità di un ammodernamento delle discipline nazionali in materia di licenziamento" (cit. dalla nota n. 1), riferendosi poi anche ad altre comunicazioni della Commissione di analogo tenore, tra le quali, cfr. la comunicazione della Commissione "Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza" COM (2007) 359 del 27 giugno 2007; e la comunicazione della Commissione sui risultati della consultazione pubblica aperta dal Libro Verde COM (2007) 627 del 24

una serie di punti comuni individuati in sede comunitaria. Il problema è, al limite, che il compromesso necessario a raggiungere una certa omogeneità di disciplina nell'ambito dell'Unione possa risolversi in una riduzione delle garanzie[240]. Ma non può ignorarsi che anche una riduzione delle tutele, se concordata per raggiungere una disciplina unitaria o, almeno, un grado più alto di armonizzazione all'interno dell'Unione, avrebbe il valore aggiunto di scongiurare fenomeni di *dumping* sociale tra gli ordinamenti dei Paesi membri e di evitare che le libertà economiche fondamentali siano utilizzate come veicoli di elusione delle tutele dei diritti sociali, come ben dimostra la vicenda *Bolkestein*, nella quale la libertà di prestazione di servizi all'interno dell'Unione ha rischiato di divenire strumento per la scelta discrezionale dei regimi di tutela del lavoro subordinato[241].

L'ipotesi di un ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri potrebbe incidere positivamente anche sull'assetto delle tutele proprio del nostro ordinamento. Se è peculiarità di quest'ultimo la bipartizione del regime di tutela tra obbligatorio e reale[242], il ravvicinamento delle legislazioni dovrebbe comportare anche il superamento di questa strutturazione binaria della tutela, o, almeno, dei criteri sui quali essa si fonda nel nostro ordinamento, oggetto con sempre maggiore frequenza di pesanti critiche da parte della dottrina, che osserva come discrezionalità non possa significare "libertà totale del legislatore ovvero insindacabilità delle sue scelte regolative", poiché "con l'affermarsi della logica dei principi, sempre più spesso tali scelte sono […] sottoposte a controlli di ragionevolezza e di razionalità interna al sistema", che impongono di "prendere definitivamente atto che gli argomenti utilizzati a sostegno del modo in cui è stata esercitata la discrezionalità legislativa nel bipartire le aree di tutela non appaiono più sufficienti"[243]. Se si condivide questa insoddisfazione per la sistemazione attuale della disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo non può che guardarsi favorevolmente ad una evoluzione di matrice comunitaria. Anche perché sembra ben difficile che la Corte Costituzionale modifichi la propria posizione in materia, e senza un intervento della Consulta rimane inevitabilmente infruttuoso ogni discorso su razionalità e ragionevolezza delle opzioni normative.

Quest'ultima valutazione deve essere ribadita anche di fronte all'apprezzabile precisazione se-

---

ottobre 2007. Segnalando poi come "più moderata risulta invece la posizione espressa dal Parlamento europeo nella risoluzione adottata l'11 luglio 2007" (cit. da nota 2). Sul rapporto Kok cfr. poi D. IZZI, *Stabilità* versus *flessibilità nel diritto comunitario* cit., p. 344, ove sottolinea la presa di posizione netta che emerge nei suggerimenti contenuti nel rapporto.

[240] Già oggi, del resto, si osserva che anche per i soli diritti fondamentali si ha un livellamento verso il basso dettato dalla necessità di trovare un compromesso, astenendosi "dall'incidere sugli assetti attuali degli ordinamenti interni degli Stati membri": cfr., per tutti, G. PROIA, *Lavoro e Costituzione europea* cit., p. 526, dal quale si cita.

[241] V. ancora SANTAGATA, *La nuova direttiva sui servizi* cit., p. 599 ss., part. p. 604 ss. La originaria formulazione proposta per la direttiva *Bolkestein* avrebbe consentito di applicare ai lavoratori dipendenti da un'impresa la legge della sede dell'impresa anche quando concretamente impiegati in altro Stato membro. La formulazione è poi stata superata proprio per le obiezioni che aveva scatenato. V. anche *retro* par. 6.

[242] Così NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 73. Non è però una peculiarità esclusiva dell'ordinamento italiano: cfr. A. BAYLOS, *Il riconoscimento costituzionale del diritto al lavoro nell'ordinamento spagnolo*, Dir. Lav. Merc., 2004, p. 497 ss., sul punto p. 513 ss. e part. p. 516 ove ricorda la riforma del 1994 che ha appunto ampliato l'ambito di applicazione della "cosiddetta stabilità obbligatoria".

[243] Incisivo, da ultimo, NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 70 s., dal quale sono tratte le citazioni tra virgolette nel testo.

condo la quale l'affermazione del diritto alla giustificatezza del licenziamento è "nella giurisprudenza costituzionale sempre in funzione della stabilità. Sicché è corretto individuare il punto di bilanciamento tra gli artt. 41 e 4 Cost. nel principio dell'*extrema ratio* che, incidendo direttamente sulla portata dell'art. 3 l. n. 604 del 1966, contribuisce alla configurazione delle regole del *repêchage* e dell'adeguatezza del licenziamento per inadempimento"[244]. Un'idea che deve essere accolta come direttiva sul piano interpretativo, mentre assai difficilmente potrebbe essere tradotta in vincolo nella individuazione delle causali giustificative del licenziamento ad opera del legislatore[245]. In altri termini, è apprezzabile l'idea di rintracciare un fondamento costituzionale dell'obbligo di *repêchage* così come della necessaria adeguatezza del licenziamento per inadempimento (sebbene, invero, per entrambe le regole si preferirebbe un fondamento sul piano endocontrattuale, che non è stato ancora compiutamente individuato dalla dottrina, ma non è questa la sede per discuterne), ma è assai difficile tradurre questa direttiva interpretativa in un principio precettivo relativo alle causali del licenziamento, dopo che la Corte Costituzionale ha dimostrato in oltre un quarantennio di non volersi ingerire nella definizione delle causali operata dal legislatore.

Deve quindi ripetersi *mutatis mutandis* ciò che si è detto sull'idea[246] che dall'art. 30 della Carta di Nizza possano discendere vincoli quanto alla individuazione delle causali giustificative[247]: la norma respinge sicuramente la possibilità di delineare delle giustificazioni apparenti, lasciando sostanzialmente libero il recesso; che poi le giustificazioni delineate dal legislatore debbano essere intese come di stretta interpretazione è una direttiva per l'operatore del diritto, ma che ha ben poca possibilità di vincolare il legislatore.

Dunque, "il nucleo essenziale del principio della stabilità al quale l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea conferirebbe visibilità"[248] ulteriore, ove divenisse vincolante con la ratifica da parte dei Parlamenti nazionali del Trattato firmato a Lisbona lo scorso 13 dicembre, sta nella necessità che il recesso datoriale sia giustificato e che sul piano interpretativo questa giustificatezza coincida in termini eziologici con la necessità del licenziamento. Ma, salvi interventi espliciti della Corte Costituzionale o della Corte di Giustizia che allo stato sembrano difficilmente immaginabili, non nella necessità che quel recesso sia adeguatamente giustificato già in via generale e astratta, vale a dire che adeguate siano le scelte compiute dal legislatore nel delineare le causali giusitificative, perché, a tacer d'altro, mancano tanto il soggetto competente, quanto i parametri in base ai quali questo controllo di adeguatezza sulle opzioni del legislatore dovrebbe essere effettuato. O, almeno, dovrebbe ammettersi che una simile valutazione, di adeguatezza sul piano sociale, non potrebbe che essere svolta dallo stesso potere legislativo al quale la direttiva sarebbe rivolta: con un'utilità assai relativa, considerata la natura politica degli orientamenti che si formano in quella sede ed il fatto che il controllo di costituzionalità preventiva cui sono sottoposti è limitato alla manifesta incostituzionalità. E di manifesta incostituzionalità potrebbe parlarsi, forse, solo ove le giustificazioni delineate risultino pura apparenza.

---

[244] Cit. ancora da NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 18.

[245] Con il che, vale la pena precisarlo, non si vuol dire che ciò fosse necessariamente intenzione dell'A. citato.

[246] Di ALES, *Libertà e "uguaglianza solidale"* cit., p. 122-123.

[247] Cfr. anche SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale* cit., p. 17, che, piuttosto prudentemente, considera: "negli ordinamenti in cui vige una legislazione contro i licenziamenti ingiustificati la tutela *dovrebbe* uscire rafforzata dall'interpretazione dell'art. 30. *Misure fortemente limitative* di tale tutela dovrebbero configurarsi come contrarie al diritto europeo" (i corsivi sono miei).

[248] Ancora NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 18.

# Prove di democrazia in Europa: la Flessicurezza nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione europea*

Bruno Caruso- Clemente Massimiani

*Scopo di questo scritto è una breve riflessione sul concetto di flexicurity (da ora flessicurezza) e sulla funzione di catalizzatore del dibattito pubblico europeo sul diritto del lavoro che ha assunto di recente; tale dibattito ha offerto pure uno spaccato su come l'opinione pubblica europea possa essere coinvolta sui temi sociali in funzione della produzione di meccanismi soft di regolazione.*

*Tali riflessioni, rapide ed ancora allo stato iniziale, saranno introdotte da una ricostruzione dell'origine del concetto e del suo uso funzionale alle suindicate strategie di regolazione.*

1. La flessicurezza nel lessico comunitario. 83

2. La funzione regolativa del termine. 86

3. Modernizzazione e flessicurezza come direttive soft delle istituzioni comunitarie. 88

4. La flessicurezza, il diritto del lavoro e la pubblica opinione europea. 92

5. Democrazia e Società europea dell'informazione. 94

Elenco delle abbreviazioni 96

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 59/2008

## 1. La flessicurezza nel lessico comunitario.

Negli ultimi anni si è assistito alla crescita esponenziale degli spazi occupati dalla letteratura c.d. grigia, oltre che propriamente scientifica[249], sulla flessicurezza, concetto affermatosi in Danimarca ed in Olanda nella metà degli anni '90 del secolo XX[250].

Flessicurezza è nozione fortemente evocativa di politiche pubbliche ed in particolare di politiche del lavoro, ma contiene in sé anche una certa idea di regolazione. Sul piano delle politiche del lavoro, rinvia all'esigenza di bilanciare flessibilità e sicurezza nel rapporto e nel mercato. Sul piano della regolazione, implica articolate tecniche, sia di *hard* sia di *soft law*, per facilitare l'incontro di misure e politiche che si ispirano singolarmente alla flessibilità e alla sicurezza. Il concetto trova le sue matrici nel *Libro Verde* della Commissione europea del 1997 "Partenariato per una nuova organizzazione del lavoro"[251]. Da quel momento è entrato prepotentemente nel lessico comunitario e ha accompagnato l'intero corso della Strategia europea per l'occupazione (SEO); tale ultimo itinerario non può essere compiutamente ricostruito in questa sede[252].

Si cercherà, piuttosto, di individuare alcune tappe salienti nella storia della flessicurezza, tutte relative alla fase della c.d. rivisitazione della SEO, attuata dal Consiglio europeo di primavera del 2005[253]. A partire da tale momento, infatti, il tema della flessicurezza acquista una posizione prioritaria nell'*Agenda sociale europea* e diventa oggetto di un sempre più vivo dibattito condotto da una pluralità di attori operanti a diverso livello. Tale dibattito troverà linfa vitale e un nuovo punto di partenza nella comunicazione della Commissione europea del 27 giugno 2007 "Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza" (v. *infra*)[254].

---

[249] L'espressione "letteratura grigia" si riferisce all'ampio e variegato ambito dei testi prodotti e diffusi al di fuori dei classici canali costituiti dalle imprese editrici e dalla distribuzione commerciale; sul tema si rinvia a SERINI, *Attualità della letteratura grigia. Il ruolo delle biblioteche nella sua valorizzazione*, in *Biblioteche oggi*, 2003, 1, p. 61 ss.; ALBERANI, DE CASTRO, *La letteratura grigia da York a Internet*, in *ISTISAN Congressi*, 2000, 67, pp. 5-14. In materia di flessicurezza, si v. MASSIMIANI, *Dossier. Flexicurity. Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, in *I Dossier di Labour Web*, 2007, 10, http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm.

[250] Cfr. FREY, JANOVSKAIA, PAPPADÀ, *The concept of flexicurity: Southern and East European countries compared*, Paper for the 5th International Research Conference on Social Security, Warsaw, 5-7 March 2007, *Social security and the labour market: A mismatch?*, in <*http://www.issa.int/pdf/warsaw07/2frey.pdf*>, p. 2; KEUNE, JEPSEN, *Not balanced and hardly new: the European Commission's quest for flexicurity*, in *ETUI-REHS WP*, 2007, 1, p. 5.

[251] Commissione europea, *Partenariato per una nuova organizzazione del lavoro*, COM(1997) 128 def., Bruxelles, 16 aprile 1997.

[252] *Ex multis*, GOETSCHY, *The European Employment Strategy: Genesis and Development*, in *EJIR*, 1999, 2, p. 117 ss.; CICCARONE, MARCHETTI, *The European Employment Strategy: development, evaluation and perspectives*, in *EL*, 2004, 1, p. 203 ss.; ARMSTRONG, KILPATRICK, *Law, governance, or new governance? The changing open method of coordination*, in *CJEL*, 2007, 3, p. 649 ss.

[253] Consiglio europeo, *Conclusioni della Presidenza*, Bruxelles, 22-23 marzo 2005. Si v. il *feature Lisbon strategy relaunched*, in *EIRR*, 2005, 376, p. 23 ss.

[254] Commissione europea, *Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, COM(2007) 359 def., Bruxelles, 27 giugno 2007.

L'introduzione della flessicurezza nella SEO, come linea guida autonoma e non all'interno di altre direttrici (quali "modernizzare l'organizzazione del lavoro", "affrontare il cambiamento e promuovere l'adattabilità e la mobilità nel mercato del lavoro", etc.) trova la sua matrice nel 21esimo degli *orientamenti integrati per l'occupazione 2005-2008*[255].

È possibile rintracciare almeno tre elementi nel *core* della prima flessicurezza, intesa come politica recepita dalle istituzioni UE: a) la necessità basilare di favorire "al tempo stesso" flessibilità e sicurezza; b) la riduzione della segmentazione del mercato del lavoro; c) la rilevanza del ruolo del partenariato sociale. All'interno di tale *guideline*, tuttavia, flessibilità e sicurezza appaiono ancora, semanticamente, termini disgiunti, che presuppongono politiche diverse sia pure da favorire simultaneamente.

È nel corso del *summit tripartito* di Londra del 25 ottobre 2005 che la flessicurezza esordisce come termine ufficiale accolto nel lessico comunitario[256]. Pochi giorni prima, peraltro, la Commissione europea, nel suo contributo al *meeting informale* dei capi di Stato e di governo[257], aveva sottolineato che, per realizzare gli obiettivi della rinnovata strategia di Lisbona, a livello nazionale, occorreva:

"*Elevare il tasso di occupazione e ridurre la disoccupazione, specialmente attraverso politiche attive del mercato del lavoro e misure di promozione della flessibilità e dell'adattabilità destinate a tutelare le persone piuttosto che i posti di lavoro; dobbiamo pensare tanto al lavoratore quanto all'impiego*".

Le preoccupazioni del nocciolo originario della nuova strategia erano dirette anzitutto al lavoratore, ancor prima che all'impiego. Si vedrà in prosieguo che la strategia subirà di fatto un'inversione nelle proprie priorità, che, come tale, sarà criticata dalle parti sociali europee.

Sono alcuni membri della Commissione[258] che, attraverso lo strumento del "discorso"[259], si fanno carico, in più di una occasione, di svolgere un ruolo propulsivo di sensibilizzazione verso il tema *de quo*[260].

---

[255] "Favorire al tempo stesso flessibilità e sicurezza occupazionale e ridurre la segmentazione del mercato del lavoro, tenendo debito conto del ruolo delle parti sociali"; si v. la decisione 12 luglio 2005 del Consiglio, 2005/600/CE, in *GUE*, L 205 del 6 agosto 2005, p. 21 ss.

[256] Cfr. l'intervento del commissario Vladimír Špidla commentato nel comunicato stampa *London Tripartite Summit to discuss social partners' contribution to the future of the EU*, Rapid, IP/05/1337, 24 ottobre 2005, in MASSIMIANI, *op. cit.*

[257] Commissione europea, *I valori europei nel mondo globalizzato. Contributo della Commissione alla riunione di ottobre dei Capi di Stati e di governo*, COM(2005) 525 def., Bruxelles, 20 ottobre 2005.

[258] Tra di loro, in special modo, il commissario Špidla; si rinvia alla pagina *web* http://ec.europa.eu/commission_barroso/spidla/index_it.cfm.

[259] Cfr., a riguardo, i discorsi tenuti dal commissario Špidla nell'ottobre 2005 alla conferenza del PSE "Una nuova Europa sociale" e nel gennaio 2006 al Consiglio informale di Villach (Austria); entrambi i contributi in MASSIMIANI, *op. cit.*

[260] A Villach, in particolare, in occasione del meeting informale dei ministri dell'occupazione e degli affari sociali del 20 gennaio 2006, si svolge il primo dibattito politico sulla flessicurezza a livello di Consiglio dell'UE.

In molte occasioni, dunque, la sede prescelta per disseminare e cercare di fertilizzare il concetto è l'incontro informale, non il meeting istituzionale.

In questa fase di germinazione, l'intento è di far precedere all'uso regolativo una messa a punto concettuale del termine; e ciò proprio perché non si tratta di deliberare strumenti di regolazione *hard*, bensì di effettuare una ricognizione dell'esistente, confrontare proposte e intavolare una trattativa su strumenti necessariamente *soft* di convergenza[261].

Nel 2006 la voce "flessicurezza" pervade il linguaggio corrente e ufficiale degli atti delle istituzioni europee, nella sua accezione letterale indistinta ed originaria, ovvero in una gamma di espressioni che sono frutto della traduzione nelle varie lingue dell'Unione: termini come "flexicurité" (francese), "flexiguridad" (spagnolo), "flexigurança" (portoghese), "flexizekerheid" (olandese) o "flessicurezza" (italiano), per citarne alcuni, diventano di uso comune nel gergo politico e sociale dei diversi Stati membri[262].

Dopo una fase che si potrebbe definire "di studio", durante la quale la flessicurezza è oggetto di seminari tematici e di appositi rapporti commissionati dalle istituzioni UE[263], è un altro *summit informale* a porre le basi per affrontare, attraverso la flessicurezza, le sfide del cambiamento che si trova ad affrontare la società europea. Si fa riferimento al *vertice sociale trilaterale* di Lahti (Finlandia) del 20 ottobre 2006, organizzato dalla Presidenza *pro tempore* dell'UE e dalla Commissione europea con l'invito alla partecipazione delle parti sociali europee, come preannunciato dal Consiglio europeo di primavera. È probabilmente questo summit che segna il passaggio da un utilizzo meramente semantico e concettuale del termine flessicurezza ad uno più direttamente politico e, poi, regolativo[264]. Tale summit, peraltro, ha costituito la prima occasione per i partners sociali di partecipare con i rispettivi punti di vista al crescente dibattito europeo sulla flessicurezza[265].

I passi successivi sono storia recente. Nel novembre 2006 la Commissione europea adotta il *Libro Verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro*, lanciando una pubblica consultazione su una serie di quesiti, che concernono, fra le altre, anche la sfida che i mercati del lavoro europei devono

---

261 Si v. per tutti CARUSO, *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT*, 2005, 39.

262 Cfr. Commissione europea, *Proposta di decisione del Consiglio relativa a orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione*, COM(2006) 32 def., Bruxelles, 25 gennaio 2006. Nella versione in lingua italiana di tale atto, peraltro, come disponibile nel *database EUR-Lex*, compare ancora il termine "flexicurity" e non il neologismo "flessicurezza", che figura già nelle conclusioni del successivo Consiglio europeo di primavera del 23-24 marzo 2006.

263 Si v. in MASSIMIANI, *op. cit.*, relativamente al mese di maggio 2006, il rapporto del gruppo di lavoro EMCO; il contributo congiunto EMCO/SPC; il seminario indetto dalla DG Occupazione, Affari sociali, Pari opportunità. Nello stesso mese, peraltro, il Comitato economico e sociale europeo adottava un parere sulla flessicurezza danese, CESE 740/2006, in *GUE*, C 195 del 18 agosto 2006, p. 48 ss.

264 Occorre tuttavia chiarire che la puntualizzazione semantica del termine non si ha in questa occasione, che pur ne segna l'avvio. Gli stessi partners sociali non avevano ancora trovato accordo sul significato di flessicurezza. Il dibattito sul concetto, inoltre, veniva arricchito dalla posizione delle ONG della Piattaforma sociale. Per le posizioni delle parti sociali europee e delle ONG del settore sociale, in occasione del summit di Lahti, si rinvia a MASSIMIANI, *op. cit.*

265 V. nt. precedente.

raccogliere per "conciliare una maggiore flessibilità con la necessità di massimizzare la sicurezza per tutti"[266].

Gli esiti della consultazione pubblica sul Libro Verde[267] e il dibattito confluito nella *Stakeholder Conference on Flexicurity* del 20 aprile 2007[268] sanciscono la individuazione di un canale diretto tra "modernizzazione" del diritto del lavoro e "flessicurezza"; di fatto è come se si operasse una sovrapposizione tra i due termini, con coincidenza dei lembi semantici; ovvero, più ancora, un passaggio di consegne: le politiche sussunte nel termine modernizzazione vengono affidate al cotermine flessicurezza.

Sarà proprio questa la prospettiva adottata dalla Commissione europea nella sua comunicazione sulla flessicurezza[269]. Tale atto, con il coinvolgimento che ne è derivato di tutte le altre istituzioni europee, gli Stati membri e le parti sociali, ha di fatto costituito l'abbrivio per l'adozione da parte del Consiglio europeo di un insieme di principi comuni di flessicurezza[270].

## 2. La funzione regolativa del termine.

La paternità della nozione di flessicurezza, come concetto implicante una funzione *lato sensu* regolativa, e che viene ufficialmente accolta dalle istituzioni europee, è da ricondurre alla elaborazione di Ton Wilthagen. Secondo la definizione contenuta in un suo contributo scritto insieme a Frank Tros[271], la flessicurezza è considerata:

"*a policy strategy that attempts, synchronically and in a deliberate way, to enhance the flexibility of labour markets, the 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*".

Gli elementi salienti di tale definizione rinviano:

a) ad un elemento di sincronizzazione di politiche che, considerate disgiuntamente, possono perseguire separatamente obiettivi di maggiore flessibilità nel mercato, ma anche nel rapporto di lavoro, e obiettivi di maggiore sicurezza (l'avverbio "synchronically");

b) alla "condivisione" dell'azione, aperta al confronto, alla ponderazione e alla disputa coordinati di più attori a vario livello (ad es. partners sociali; cfr. l'inciso "in a deliberate way", con evidenti

---

[266] Cfr. Commissione europea, *Libro Verde. Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM(2006) 708 def., Bruxelles, 22 novembre 2006. Sui temi del dibattito pubblico si v. SCIARRA, *'Modernization' of Labour Law: A Current European Debate*, International Institute for Labour Studies, Geneva, 2007.

[267] Riepilogati, da ultimo, in Commissione europea, *Risultati della consultazione pubblica sul Libro verde della Commissione "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo"*, COM(2007) 627 def., Bruxelles, 24 ottobre 2007.

[268] Per gli atti di tale conferenza si rinvia a MASSIMIANI, *op. cit.*

[269] Commissione europea, COM(2007) 359 def.

[270] Si rinvia a Consiglio dell'UE, *Verso principi comuni di flessicurezza - Conclusioni del Consiglio*, Doc. 16201/07, Bruxelles, 6 dicembre 2007, contenente in allegato i *principi comuni di flessicurezza* di seguito approvati dal Consiglio europeo di Bruxelles del 14 dicembre 2007.

[271] Cfr. WILTHAGEN, TROS, *The concept of 'flexicurity': a new approach to regulating employment and labour markets*, in *Transfer*, 2004, 2, p. 169. Lo scritto è espressamente richiamato in nota, a p. 11, nella *relazione finale* del *gruppo di esperti europei sulla flessicurezza* del giugno 2007 "*Flexicurity Pathways. Turning hurdles into stepping stones*", in MASSIMIANI, *op. cit.*

echi del dibattito sulla *deliberative democracy*)[272];

c) alla visione integrale di sicurezza riferita sia al rapporto di lavoro (*employment security*) ma anche al mercato del lavoro (*social security*) con particolare riferimento alla *social exclusion*: la protezione dei "gruppi più deboli" presenti nel mercato del lavoro o al di fuori di esso (i c.d. "weaker groups").

La definizione "scientifica" originaria è stata recepita dalle istituzioni europee, ma con una differenza che ne cambia in parte l'originaria portata, includendo nel suo ambito obiettivi diversi e di più ampia portata. Allo scopo di "tracciare il sentiero"[273] verso l'individuazione di principi comuni in materia di flessicurezza, la DG Occupazione, Affari sociali e Pari opportunità della Commissione europea ha istituito nel 2006 il c.d. *European Expert Group on Flexicurity*, il cui relatore è proprio Wilthagen[274].

Malgrado la presenza nel gruppo di esperti di coloro che avevano contribuito a forgiare il concetto nel modo riferito, i risultati cui perviene il gruppo si attestano su una definizione di flessicurezza che assume un diverso *focus* rispetto a quello dei citati studi scientifici. Secondo la definizione generale presente tanto nel *rapporto provvisorio* quanto nel *rapporto finale* del gruppo di esperti[275], la flessicurezza può essere descritta come:

"*a policy strategy to enhance, at the same time and in a deliberate way, the flexibility of labour markets, work organisations and employment relations on the one hand, and security — employment security and social security — on the other*"[276].

---

[272] Si v. WILTHAGEN, TROS, *op. cit.*, p. 170. Più in generale, sul tema della c.d. *deliberative democracy*, si v. BESSETTE, *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy & American National Government*, University of Chicago Press, Chicago, 1994; GREPPI, *Pluralismo e democrazia deliberativa*, in *TP*, 2003, 2-3, p. 309 ss.; BOBBIO, *La democrazia deliberativa nella pratica*, in *SM*, 2005, 73, p. 67 ss.; MENÉNDEZ, *The European Democratic Challenge*, in *RECON WP*, 2007, 13.

[273] Si osservi già il titolo del *rapporto provvisorio* "*Flexicurity Pathways*", presentato alla *Stakeholder Conference on Flexicurity* del 20 aprile 2007, in MASSIMIANI, *op. cit.*

[274] Il comitato, costituito da 5 esponenti scelti sulla base dei rispettivi *curricula* scientifici (Tito Boeri, Pierre Cahuc, Sanja Crnkovic, Csilla Kollonay-Lehoczky, Ton Wilthagen), nonché da 2 *advisors* selezionati in virtù del *link* con le parti sociali (Renate Hornung-Draus, Catelene Passchier), ha una figura di spicco proprio in Wilthagen, relatore del gruppo, nonché curatore del rapporto "*Flexicurity Practices*" (maggio 2007), relativo ad alcune significative prassi in atto in diversi Paesi europei, in MASSIMIANI, *op. cit.* Da un punto di vista della comparazione delle politiche riferibili alla flessicurezza, si v. inoltre PHILIPS, EAMETS, *Approaches to flexicurity: EU models*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2007 e WILTHAGEN, TROS, VAN LIESHOUT, *Towards 'Flexicurity'? Balancing Flexibility and Security in EU Member States,* in *EJSS*, 2004, 2, pp. 113-136.

[275] Non può trascurarsi, tuttavia, la maggiore ricchezza contenutistica del *rapporto finale* rispetto al *provvisorio*, anche in merito alla stessa definizione del concetto di flessicurezza. Si v., per esempio, l'analisi dei rapporti fra flessicurezza e occupazione permanente, ovvero ancora la suddistinzione tra flessicurezza interna ed esterna, introdotta nel documento finale sulla scorta di EUROFOUND, *Varieties of flexicurity: reflections on key elements of flexibility and security*, in http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2007/21/en/1/ef0721en.pdf, Dublin, March 2007.

[276] In una *slide* esplicativa del *rapporto provvisorio* degli esperti, in MASSIMIANI, *op. cit.*, così viene riferita la risposta alla domanda cosa è la flessicurezza:
"*A policy strategy to enhance:*
• *at the same time and deliberately,*
• *the flexibility of labour markets, work organisations and employment relations on the one hand,*
• *and security – employment security and income security – on the other.*
• *Key principles that underpin a flexicurity strategy are that flexibility and security should not be seen as opposites, but can be made mutually supportive*".

La definizione istituzionale, forgiata dal gruppo di esperti, e ripresa quasi pedissequamente nella comunicazione ufficiale della Commissione[277], si pone in continuità con la definizione scientifica[278] per alcuni e fondamentali aspetti procedurali:

a) la sincronizzazione delle politiche di flessibilità e sicurezza: ciò implica la ufficiale presa d'atto che, sia a livello di politiche dell'Unione, sia dei singoli Stati, non si può pensare ad una fase "uno" in cui si perseguono le strategie di flessibilità, e ad una fase "due" in cui la ottenuta flessibilità viene poi "temperata" o resa più mite dalle politiche di sicurezza[279]. Le politiche devono all'unisono ispirarsi all'una e all'altra filosofia e devono pertanto sincronizzarsi, anche perché perseguite sia nell'interesse dei lavoratori sia dei datori di lavoro[280];

b) le politiche si ispirano al "*deliberative approach*", devono essere cioè costruite consensualmente, ove è evidente il riferimento in primo luogo al dialogo sociale di natura tradizionalmente concertata (a livello dell'UE, tra Commissione e parti sociali europee; a livello degli Stati membri, secondo le forme specificamente proprie di concertazione); ma la tradizionale concertazione non esclude a priori forme di coinvolgimento della *società civile europea*, secondo moduli già individuati nel *Libro Bianco* della Commissione sulla *governance*[281]. Il documento non cita mai il principio di sussidiarietà orizzontale, ma in trasparenza un riferimento ad esso si lascia intravedere; risulta chiara, però, una predilezione per il più "tradizionale" dialogo sociale tripartito.

### 3. Modernizzazione e flessicurezza come direttive soft delle istituzioni comunitarie.

Sin qui gli elementi in comune tra definizione scientifica e definizione ufficiale.

La novità rispetto alla precedente elaborazione è che la flessicurezza diventa una ricetta generale di modernizzazione del diritto del lavoro e non riferita soltanto agli obiettivi di inclusione sociale dei più deboli. Diventa una ricetta pervasiva di riforma, *tout court*, dei mercati del lavoro nazionali,

---

[277] Commissione europea, COM(2007) 359 def.

[278] Tant'è vero che la *relazione finale* richiama espressamente in nota il contributo di Wilthagen e Tros; v. *supra*, nt. 271.

[279] Per una ricostruzione efficace delle diverse dimensioni della flessibilità e della sicurezza, all'interno della strategia della flessicurezza, si v. Comitato economico e sociale europeo, *La flessicurezza (dimensione della flessibilità interna - contrattazione collettiva e ruolo del dialogo sociale come strumento di regolazione e riforma dei mercati del lavoro)*, CESE 999/2007, Bruxelles, 11 luglio 2007.

[280] Come indicato in una ulteriore *slide* che accompagna il rapporto provvisorio degli esperti:

"*Flexicurity can be in the interests of both workers and employers*

• *Workers need 'active' flexibility in order to combine work and private responsibilities;*

• *companies need flexibility to anticipate and respond to changing market demands;*

• *security is not just protecting the worker against losing his or her job but about building and preserving ability to enter, remain and progress in employment throughout life-cycle;*

• *security for firms is about preserving and improving market position, loyalty and productivity of their workforce and job creation potential*".

[281] Commissione europea, *La governance europea. Un libro bianco*, COM(2001) 428 def., Bruxelles, 5 agosto 2001. Sul tema del coinvolgimento della *società civile* nella *governance* europea si v. ARMSTRONG, *Rediscovering Civil Society: The European Union and the White Paper on Governance*, in *EULJ*, 2002, 1, p. 102 ss.; SMISMANS, *European Civil Society: Shaped by Discourses and Institutional Interests*, in *EULJ*, 2003, 4, p. 473 ss.; FRIEDRICH, *Old Wine in New Bottles? The Actual and Potential Contribution of Civil Society Organisations to Democratic Governance in Europe*, in *RECON WP*, 2007, 8. Il rafforzamento in senso democratico dei processi deliberativi dell'Unione costituisce una delle anime del recente Trattato di Lisbona, in *GUE*, C 306 del 17 dicembre 2007, p. 1 ss. Si osservi, a ridosso della stipula, l'iniziativa "Agorà" del Parlamento europeo, così denominata in omaggio al primo luogo di dibattito pubblico istituito dalla democrazia "diretta" ateniese, che è alle origini della democrazia europea. Si rinvia al sito *web* <*http://forum.agora.europarl.europa.eu*>.

secondo specifici itinerari nazionali, mirati non tanto alla "imitazione" delle migliori pratiche quanto alla "ispirazione" ad esse per le riforme interne[282].

Sul piano del metodo si assume una prospettiva di accompagnamento comunitario a processi *soft* di circolazione e fertilizzazione di soluzioni regolative da un sistema ad un altro, che si ispirano alla flessicurezza[283] e non di trapianto di istituti né tantomeno di regolazione *hard* comunitaria.

Sul piano dei contenuti, in evidente continuità con il Libro Verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro, si agglutinano i principi ivi contenuti nella più ampia nozione di flessicurezza.

La flessicurezza diventa pertanto non "una" ricetta per obiettivi importanti ma pur sempre parziali, ma "la" ricetta per riforme olistiche dei mercati e dei sistemi di diritto del lavoro nazionali che tengano conto delle rispettive specificità.

Non è, tuttavia, soltanto l'ampliamento del raggio d'azione del concetto di flessicurezza il punto che fa apparire la definizione individuata dal gruppo di esperti e recepita nella comunicazione della Commissione diversa rispetto alla nozione elaborata dalla letteratura scientifica[284]. Manca, infatti, nella prima quella ricchezza di dimensioni della flessibilità e della sicurezza che lo stesso Wilthagen aveva individuato pochi anni prima in uno studio presentato insieme a Van Velzen alla Commissione europea[285].

Per quanto concerne gli specifici contenuti accolti nei documenti ufficiali, va rilevato che le politiche all'insegna della flessicurezza perdono di vista le preoccupazioni originarie di tutela dei lavoratori, specialmente di quelli svantaggiati, precari o comunque ai margini del mercato di lavoro; riemergono, invece, gli obiettivi quantitativi più che qualitativi di Lisbona. A tenore della comunicazione citata, si interpretano i bisogni dei singoli come più indirizzati alla "sicurezza dell'occupazione", piuttosto che alla "sicurezza del posto di lavoro"[286].

E su questo si potrebbe anche concordare[287], se non fosse che nell'approccio della Commissione pare che siano unicamente i lavoratori a dover porre in essere processi di cambiamento, *rectius,*

---

[282] Si rinvia ad una ulteriore *slide* esplicativa del rapporto provvisorio degli esperti:
"*Embarking on flexicurity pathways*
• *Common principles of flexicurity need to be developed but presuppose alternative flexicurity pathways*
• *One size of policy-making does not fit all. There is not one way that leads to Rome (or Copenhagen!). Seeking inspiration (from flexicurity practices across EU) rather than imitation*
• *Flexicurity policies should reflect and respect diversity and path dependence in EU*".

[283] Si rinvia al rapporto di Wilthagen "*Flexicurity Practices*" (v. *supra*, nt. 274), ove, fra le prassi nazionali di flessicurezza sono annoverate, fra le altre: a) la promozione dei contratti a tempo indeterminato all'insegna della flessibilità, attraverso la previsione di costi ridotti di licenziamento in caso di trasformazione dei precedenti contratti a termine (Spagna); b) l'orario di lavoro flessibile e il divieto di discriminazione per età (Regno Unito); c) la preservazione della diversità contrattuale, ottenuta attraverso la riduzione del cuneo fiscale del lavoro a tempo indeterminato e l'incremento dei contributi della previdenza sociale dei rapporti temporanei (Italia); etc.

[284] Cfr. FREY, JANOVSKAIA, PAPPADÀ, *op. cit.*

[285] Cfr. WILTHAGEN, VAN VELZEN, *The road towards adaptability, flexibility and security*, Paper prepared for the European Commission / DG Employment Thematic Review Seminar on "Increasing adaptability for workers and enterprises", in *http://www.ettk.ee/upload/koolitus_fail/TheRoadTowards_Wilthagen.pdf*,Bruxelles, 21 settembre 2004.

[286] Cfr. Commissione europea, COM(2007) 359 def., p. 3. Più in generale, sulla dicotomia all'interno della strategia della flessicurezza tra "sicurezza dell'occupazione" e "sicurezza del posto di lavoro", si v. anche CESE 740/2006 (v. *supra*, nt. 263).

[287] Sulle varie accezioni comunitarie di "occupabilità" si rinvia a CARUSO, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, 1, sp. p. 100 ss.

di adattamento (anche attraverso l'apprendimento) alla impresa e all'organizzazione del lavoro. È come se il lavoro nell'impresa fosse considerato un elemento oggettivo, estraniato da chi in concreto lo eroga; lavoro che si modifica secondo una logica indipendente dalla persona, dalle sue conoscenze, dalla sua capacità soggettiva, dai suoi bisogni e dai suoi percorsi personali.

Nella visione della Commissione e del comitato di esperti[288], compito del lavoratore (non a caso considerato alla stregua di capitale umano) è quello di adattarsi attivamente, ma secondo percorsi eterodeterminati, alle esigenze dell'impresa, unico soggetto realmente innovatore, in grado di programmare e attuare il cambiamento e la modernizzazione[289]. La persona e la sua capacità sono elementi funzionali alla trasformazione della impresa, da cui una logica unilaterale e monodirezionale di adattamento. Anche la ventilata necessità di ridurre la distanza fra forme di occupazione a tempo indeterminato e forme contrattuali atipiche contiene un evidente margine di ambiguità: se con ciò si intende un indirizzo di progressivo adattamento alle forme contrattuali atipiche di istituti di sicurezza e protezione del lavoro tipico, all'insegna del principio costituzionale di parità, ciò non farebbe che attuare principi generali e speciali dell'ordinamento comunitario in via di consolidamento giudiziario[290] e si armonizzerebbe con il sesto considerando della direttiva sul contratto a termine[291], giusto il quale il rapporto di lavoro stabile, e il suo corredo di diritti e protezioni, dovrebbe essere la regola, la "forma comune" dei rapporti di lavoro. Se, invece, la ventilata riduzione delle distanze dovesse preludere ad un adattamento della ricetta danese[292], ad ordinamenti a diversa "cultura di stabilità reale" come rimedio contro il licenziamento, la ricetta finirebbe per apparire troppo traumatica e radicale, nella sua meccanicità. La efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali (riconosciuta dall'art. 6 del nuovo Trattato sull'UE) getta per altro nuova luce sul diritto alla stabilità come diritto fondamentale dell'Unione, in quanto espressamente fondato sull'art. 30 (tutela in caso di licenziamento ingiustificato). Modifiche agli ordinamenti interni nel senso ventilato di una maggiore stabilità occupazionale, anziché del singolo posto di lavoro, se rispettose del su riferito diritto alla stabilità, potrebbero essere

---

288 Il documento degli esperti recepito dalla Commissione, per questo profilo, si colloca in posizione di evidente regresso anche culturale, oltre che di ambizioni progettuali, rispetto a quel che, forse, può considerarsi il suo antecedente storico: il *rapporto Supiot* del giugno 1998, in http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/supiotreport_en.pdf.Ben diversa era, in quest'ultimo, la dimensione progettuale e la percezione, pur sempre ispirata ad un riformismo realista e non utopico, che al centro dell'esperienza del lavoro nell'impresa, ma non solo, dovesse collocarsi la persona, le sue capacità e le sue aspirazioni, in sintesi la sua dignità.

289 Per una diversa visione, oltre ai numerosi scritti di A. Sen (per una rilettura degli scritti di tale autore nella prospettiva del rapporto tra lavoro, formazione e persona, si v. CARUSO, *Occupabilità, formazione e*, *cit.*, p. 10 ss.), si rinvia allo scritto di ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Bompiani, Milano, 2005.

290 Cfr. C. Giust. 13 settembre 2007, causa C-307/05, *Yolanda Del Cerro Alonso* c. *Osakidetza (Servicio Vasco de Salud)*, in *GUE*, C 269 del 10 novembre 2007, pp. 7-8; BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio; innovazione e continuità,* in M. Barbera (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, p. XLII ss;

291 Nonché con il *Preambolo* della Direttiva 28 giugno 1999 del Consiglio, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, in *GUCE*, L 175 del 10 luglio 1999, p. 43 ss.

292 La dottrina, in occasione della consultazione pubblica sui quesiti posti dal Libro Verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro, ha manifestato perplessità sulla possibilità di trasporre il *sistema Ghent* oltre i paesi scandinavi; in tal senso si v. il documento di AA. VV., *I giuslavoristi e il Libro verde "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo". Una valutazione critica e propositiva*, p. 6, e le *note critiche* di LEONARDI sul Libro Verde, entrambi i contributi nella pagina *web* della DG Occupazione, Affari sociali e Pari opportunità della Commissione europea allestita per contenere tutte le risposte alla consultazione pubblica sul Libro Verde, come indicata da Commissione europea, COM(2007) 627 def., p. 4, nt. 8, http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/green_paper_responses_en.htm

introdotte negli Stati soltanto se fossero oggetto di misure di flessibilità e sicurezza, opportunamente ed effettivamente sincronizzate. In altre parole, per esemplificare sul caso italiano, nessun allentamento della attuale legislazione di tutela contro il licenziamento potrebbe essere giustificato dagli attuali orientamenti comunitari in materia di flessicurezza e alla luce dei principi di diritto comunitario in formazione (il diritto alla stabilità ex art. 30), senza una previa riforma del mercato del lavoro che garantisse una concreta e verificata stabilità occupazionale, nell'accezione contenuta nella comunicazione della Commissione e nelle direttive del Consiglio in materia di flessicurezza; vale a dire, in presenza delle tre indicate condizioni: a) il passaggio da un posto ad un altro con effettivo miglioramento professionale; b) in tempi ragionevolmente rapidi; c) con garanzia di un sostenibile reddito di transizione.

Le suddette, peraltro, sono soltanto alcune delle perplessità espresse dagli *stakeholders* europei nei confronti della comunicazione sulla flessicurezza[293].

Sul piano del metodo, la iniziativa sulla flessicurezza ha, tuttavia, guadagnato molto di quel che forse ha perso sul piano dei contenuti: la comunicazione della Commissione e le successive direttive del Consiglio[294] hanno trovato supporto formale nell'accordo tra le parti sociali europee. Esse hanno raggiunto quella che José Sócrates[295] ha definito una intesa "storica" in tema (anche) di flessicurezza[296]. Si tratta di un'intesa plurilaterale di natura "soft" ma potenzialmente in grado di influenzare i futuri atti delle istituzioni comunitarie. Con questa intesa, le parti sociali europee hanno dato luogo ad un vero atto preliminare di concertazione istituzionale di livello europeo che ha avuto, come sbocco, la definizione di "principi comuni di flessicurezza". Lo hanno fatto rivolgendo *raccomandazioni* alla Commissione, al Consiglio e agli Stati membri. Tali raccomandazioni sono state tenute in considerazione già dal *rapporto Christensen* del Parlamento europeo del 15 novembre 2007, pur non essendo il Parlamento l'immediato destinatario delle stesse[297] e, anche se riduttivamente (almeno per il riferimento alla capacità di loro attuazione attraverso il dialogo sociale), sono state recepite dal Consiglio europeo del 14 dicembre 2007[298].

È con questo atto formale che la flessicurezza da concetto scientifico si trasforma in una serie di principi direttivi che dovrebbero ispirare le politiche regolative dell'Unione e degli Stati secondo le modalità che l'esempio su riferito del licenziamento e del principio di stabilità chiarisce.

Nella loro voluta generalità, frutto del compromesso finale, alcuni di questi principi rinviano a politiche di natura sostanziale, altri ad approcci di stampo procedimentale.

Essi possono essere così sintetizzati: 1) la flessicurezza è uno strumento per rafforzare la strategia

---

[293] Per una rassegna delle posizioni degli *stakeholders* europei in materia di flessicurezza si rinvia a MASSIMIANI, *op. cit.*

[294] Anche se l'analisi testuale di queste ultime sembra ridimensionare il rilievo che il dialogo sociale ha invece avuto nella fase della loro incubazione.

[295] Presidente del Consiglio europeo sotto la presidenza portoghese dell'UE (II semestre 2007).

[296] Trattasi del documento "*Key challenges facing European labour markets: a joint analysis of European social partners*", sottoscritto da ETUC, BUSINESSEUROPE, UEAPME e CEEP il 18 ottobre 2007; si rinvia a MASSIMIANI, *op. cit.*

[297] Le *raccomandazioni* dei partner sociali europei figurano come terzo dei *visto* della *relazione su principi comuni di flessicurezza* del parlamentare Ole Christensen, membro della Commissione per l'occupazione e gli affari sociali (Doc. del Parlamento europeo A6-0446/2007 del 15 novembre 2007). Com'è ovvio, per motivi cronologici, non figurano nel *progetto di relazione* del 29 agosto 2007. Identico riferimento permane nella *risoluzione* finale del Parlamento europeo 2007/2209(INI) del 29 novembre 2007; si rinvia a MASSIMIANI, *op. cit.*

[298] Si v. Consiglio europeo, *Conclusioni della Presidenza*, Bruxelles, 14 dicembre 2007, par. 41.

di Lisbona; 2) la flessicurezza è una strategia combinata di forme contrattuali flessibili, di apprendimento permanente, di politiche attive del mercato lavoro e di rinnovati sistemi di protezione sociale; 3) la flessicurezza è strategia una e multipla perseguita dagli Stati e soggetta a sorveglianza efficace da parte delle istituzioni europee; 4) la flessicurezza è strategia olistica e pervasiva di integrazione degli esclusi nel mercato del lavoro e di miglioramento occupazionale degli inclusi; 5) la flessicurezza è strategia integrata e attiva di mobilità orizzontale e verticale verso l'alto del lavoro; 6) la flessicurezza è uno strumento per obiettivi di parità tra i sessi e di conciliazione tra tempo di vita e di lavoro; 7) la flessicurezza è il viatico per il rafforzamento del dialogo sociale; 8) la flessicurezza è una strategia di regolazione del lavoro e dei sistemi di *welfare* finanziariamente compatibile.

## 4. La flessicurezza, il diritto del lavoro e la pubblica opinione europea.

L'attuale dibattito sulla flessicurezza va al di là del mero riferimento ai contenuti. Il ruolo svolto dalle parti sociali (un vero e proprio momento di concertazione tripartita) ma soprattutto la promozione di una sessione di dibattito pubblico organizzato, anche se in modo informale, danno il senso di una nuova fase di democratizzazione nella costruzione del modello sociale europeo. Mentre la concertazione si inserisce nel solco del tradizionale protagonismo dei soggetti storici del dialogo sociale europeo, l'elemento di novità, cui va dato rilievo, è il tentativo, per molti aspetti riuscito, di coinvolgimento della pubblica opinione europea sia in sedi strutturate (convegni e assisi formali) sia in sedi non strutturate (attraverso soprattutto Internet, la rete telematica e le iniziative di partecipazione attraverso essa indotte).

A) Al di là del suo contingente significato politico e regolativo, il dibattito europeo sulla flessicurezza ha rappresentato una sorta di catalizzatore dei discorsi sulle possibili riforme del diritto del lavoro, in chiave sovranazionale e non più soltanto nazionale, indotte dalle istituzioni europee ma che dovrebbero essere realizzate dalle istituzioni e dai partners sociali negli ordinamenti interni, seguendo linee e principi comuni. Tali principi, dopo la formale approvazione da parte del Consiglio europeo, dovrebbero condizionare il prossimo ciclo della SEO[299].

B) Attraverso la flessicurezza il diritto del lavoro nel suo complesso - e non solo singole politiche ad esso riconducibili - diventa materia ufficialmente oggetto del dibattito pubblico europeo e delle politiche sociali degli Stati che devono obbligatoriamente coordinarsi. Si travalicano, dunque, le competenze formali comunitarie in materia sociale, poiché dell'intero suo spettro si occupano le istituzioni e i partners sociali europei[300], che - attraverso strumenti tipici di *soft law* (la

---

[299] Si legge in Consiglio dell'UE, Doc. 16201/07, che "i principi comuni devono contribuire all'attuazione del prossimo ciclo della strategia di Lisbona". Viene in rilievo, in questo senso, il primo dei principi comuni approvati dal Consiglio, a tenore del quale "La flessicurezza è un mezzo per rafforzare l'attuazione della strategia di Lisbona, creare posti di lavoro migliori e più numerosi, modernizzare i mercati del lavoro e promuovere un lavoro di qualità attraverso nuove forme di flessibilità e sicurezza volte ad aumentare l'adattabilità, l'occupazione e la coesione sociale".

[300] Il ruolo delle parti sociali europee è valorizzato dal recente Trattato di Lisbona, che ha inserito nel TCE il nuovo articolo 136 bis, ai sensi del quale:
"L'Unione riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali al suo livello, tenendo conto della diversità dei sistemi nazionali. Essa facilita il dialogo tra tali parti, nel rispetto della loro autonomia.
Il vertice sociale trilaterale per la crescita e l'occupazione contribuisce al dialogo sociale". Si rinvia a MASSIMIANI, *op. cit.*, per l'analisi congiunta dei partners sociali europei del 18 ottobre 2007 (v. *supra*, nt. 296).

comunicazione della Commissione prima, i principi comuni del Consiglio dopo)[301] - intendono condizionare le politiche e le strategie di regolazione nazionali.

C) Sul piano dell'assetto scientifico tutto ciò significa che il diritto del lavoro, come già altre branche dell'esperienza giuridica (il diritto della concorrenza per esempio) diventa a pieno titolo parte integrante di una disciplina che travalica i confini nazionali e va obbligatoriamente, e non solo per scelta e opzione del singolo studioso, affrontata nella sua dimensione strutturalmente sovranazionale.

D) Il dibattito sulla flessicurezza, come si accennava, ha rappresentato, pure, la sperimentazione di un modello di partecipazione e decisione alle possibili strategie di riforme che si ispira al principio della democrazia deliberativa e di governance multilivello. Le istituzioni comunitarie hanno infatti sollecitato e organizzato il dibattito pubblico, e la relativa trasparenza, attraverso la piazza informatica proprio sui temi delle riforme del diritto del lavoro, coinvolgendo semplici cittadini, gruppi di esperti e associazioni non governative.

In occasione della consultazione pubblica sui quesiti posti dal Libro Verde sono intervenute oltre 450 risposte da una molteplicità di parti interessate: governi nazionali, amministrazioni regionali, parlamenti nazionali, parti sociali a livello UE e nazionale, ONG, singole imprese, *pressure groups*, singoli accademici o loro occasionali aggregazioni, esperti giuridici e privati cittadini[302].

Non è stata questa né la prima né l'unica volta in cui la Commissione ha utilizzato lo strumento della consultazione pubblica su temi della politica sociale. A livello esemplificativo, basti pensare alle iniziative sulla parità di trattamento e non discriminazione nell'Europa allargata[303] e sull'inclusione sociale[304]. Ma in tale ultimo caso, la rilevanza del tema (la riforma trasversale del diritto del lavoro in Europa) e l'ampiezza della platea dei soggetti che si sono lasciati coinvolgere in un tema a forti connotazioni tecniche e politiche, ha fornito un inaspettato segnale di vitalità di una opinione pubblica europea in formazione. Si è trattato di un confronto che è andato oltre il dibattito tecnico e scientifico da tempo in corso su questi temi nella comunità globale dei giuslavoristi[305].

Può ben dirsi, allora, che la scelta di procedere a consultazioni pubbliche su temi lavoristici rappresenta una prima, ancorché embrionale risposta, alla esigenza di democratizzare le istituzioni

---

301 Rispettivamente, Commissione europea, COM(2007) 359 def., e Consiglio dell'UE, Doc. 16201/07; ambedue in MASSIMIANI, *op. cit.*

302 Cfr. Commissione europea, COM(2007) 627 def.; l'elenco completo delle risposte pervenute in esito alla consultazione sul Libro Verde è indicato nel documento di accompagnamento della suddetta comunicazione della Commissione europea, SEC(2007) 1373, p. 47 ss. V. anche *supra*, nt. 292. Un'analisi di *memorandum* significativi sul Libro Verde è presente in HOUSE OF LORDS, *Modernising European Union labour law: has the UK anything to gain?*, European Union Committee, 22nd Report of Session 2006-07, The Stationery Office, London, 2007.

303 Commissione europea, *Libro Verde. Uguaglianza e non discriminazione nell'Unione europea allargata*, COM(2004) 379 def., Bruxelles, 28 maggio 2004.

304 Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni concernente una consultazione su un'azione da realizzare a livello comunitario per promuovere il coinvolgimento attivo delle persone più lontane dal mercato del lavoro*, COM(2006) 44 def., Bruxelles, 8 febbraio 2006; Commissione europea, *Ammodernare la protezione sociale per un rafforzamento della giustizia sociale e della coesione economica: portare avanti il coinvolgimento attivo delle persone più lontane dal mercato del lavoro*, COM(2007) 620 def., Bruxelles, 17 ottobre 2007.

305 Cfr. CARUSO, *Changes in the workplace and the dialogue of labor scholars in the "global village"*, in *CLLPJ*, 2007, 3, p. 501 ss.

comunitarie non solo a partire dal loro assetto istituzionale formale (le regole proprie e classiche della democrazia rappresentativa adattate ad un ordinamento del tutto particolare come quello europeo)[306], ma anche creando veri e propri fori informali di *democrazia partecipativa* secondo le indicazioni di J. Habermas[307].

## 5. Democrazia e Società europea dell'informazione.

La realizzazione della c.d. *Società dell'informazione* è nell'ultimo decennio, ed in particolare a partire dalla comunicazione della Commissione "e-Europe - Una società dell'informazione per tutti" (dicembre 1999)[308], una sorta di imperativo categorico sotteso a tutte le politiche europee e nazionali[309].

Fin dall'inizio, peraltro, le finalità della Società europea dell'informazione si accompagnano espressamente a quelle della strategia di Lisbona, nella convinzione che sia impossibile conseguire crescita economica e dell'occupazione senza accogliere le sfide e gli strumenti della nuova era digitale[310].

La rivoluzione informativa ha consentito, in primo luogo ed in estrema sintesi, di ridurre fortemente e progressivamente l'ambito dei documenti riservati o comunque confinati entro cerchie ristrette di utenti od operatori, così dilatando il novero dei documenti accessibili.

Per quel che concerne lo specifico ambito dell'informazione giuridica, l'informatizzazione e la rete hanno radicalmente modificato il problema della *conoscibilità* del diritto, grazie alla natura di "servizio universale" insita in Internet[311]. Il nuovo ambiente operativo ha determinato il passaggio graduale da un'informazione tradizionale basata sul supporto cartaceo, caratterizzata da costi elevati e difficile consultazione, ad un'informazione globale, aperta al grande pubblico, rapida, trasparente e pressoché gratuita.

La circolazione delle informazioni "in tempo reale" non ha soltanto consentito la c.d. globalizzazione della conoscenza, ma ha anche incoraggiato il coinvolgimento nel dibattito politico di una molteplicità di attori (istituzioni, governi, parti sociali, ONG, cittadini, ecc.), mettendoli a confronto tra loro e generando così flussi di informazione orizzontali e verticali (con le istituzioni e gli

---

306 Cfr. VON BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, in *DPCE*, 2005, 2, p. 574 ss.

307 Cfr. HABERMAS, *La fondazione discorsiva del diritto*, in *RP*, 1998, 10, p. 153 ss.

308 Commissione europea, *e-Europe - Una società dell'informazione per tutti*, COM(1999) 687 def., Bruxelles, 8 dicembre 1999.

309 La premessa è costituita dalla rivoluzione tecnologica. Il progresso delle scienze dell'informazione e della comunicazione (ICT) ha indotto una profonda trasformazione del modo di governare e del *framework* delle amministrazioni a tutti i livelli. Le nuove tecnologie dell'ICT sono diventate strumenti straordinari nelle mani dei governi, sia per migliorare la qualità dei servizi forniti ai cittadini (*e-Government*), sia per migliorare la partecipazione attiva di questi ultimi nelle decisioni e nelle azioni promosse dai pubblici poteri (*e-Democracy*); cfr. NANNUCCI, BIASIOTTI, *Verso nuove forme di democrazia partecipativa: esperienze, metodologie e prospettive dell'e-Democracy*, in *ID*, 2004, 1-2, p. 68 ss.

310 Cfr. Commissione europea, COM(1999) 687 def., indirizzata specificamente al Consiglio europeo straordinario per l'occupazione di Lisbona del 23-24 marzo 2000. Dello stesso tenore la successiva Commissione europea, *eEurope. Una società dell'informazione per tutti*, COM(2000) 130 def., Bruxelles, 14 marzo 2000. Più analiticamente, Commissione europea, *Strategie per l'occupazione nella società dell'informazione*, COM(2000) 48 def., Bruxelles, 4 febbraio 2000.

311 Si v. la direttiva 7 marzo 2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), in *GUCE*, L 108 del 24 aprile 2002, p. 51 ss.

organismi di rappresentanza) secondo quantità e circolarità prima impensabili[312].

Attraverso la "partecipazione" al dibattito pubblico degli attori a tutti i livelli, comunque interessati, si tende così a rafforzare la capacità dei singoli di autoriconoscersi nelle istituzioni con l'obiettivo di rinsaldare le basi di un consenso razionalmente motivato, favorendo il senso di appartenenza alla comunità e la coesione sociale[313].

L'esperienza della consultazione pubblica sul Libro Verde, una volta sollecitata, è stata osservata e quindi valutata con grande favore dalle istituzioni europee, non soltanto per i risultati raggiunti da un punto di vista quantitativo, ma anche per la qualità dei contributi proposti, sia pure nell'estrema eterogeneità degli stessi[314].

Attraverso la comunicazione telematica è stato possibile proporre contributi "aperti", fonte di dibattito, di confronto e di arricchimento plurilaterale. *Memorandum*, come si è detto, sono pervenuti dalle istituzioni, dai governi, dai partners sociali europei e nazionali, da organizzazioni non governative, ma anche da studiosi e da privati cittadini.

In occasione della comunicazione sulla flessicurezza, invece, non è stata lanciata una analoga consultazione pubblica. I principali protagonisti del dibattito, per altro ancora *in fieri,* sono rimasti il partenariato sociale ed i gruppi politici. Ma questa canalizzazione più tradizionale del dibattito non ne ha di certo segnato una minore rilevanza.

Come accennato sopra, le associazioni rappresentative dei lavoratori e degli imprenditori europei hanno raggiunto nell'ottobre del 2007 un'intesa storica plurilaterale, che espressamente si "raccomanda" all'attenzione delle istituzioni comunitarie e degli Stati membri e crea vincoli "orizzontali" fra le stesse organizzazioni[315]. I raggruppamenti politici (embrioni dei futuri partiti europei), dal canto loro, hanno potuto attivamente e progressivamente confrontarsi in seno al Parlamento europeo[316].

Il dibattito politico è stato, e continua ad essere, seguito dai mezzi di comunicazione di massa[317], Internet soprattutto, dimodoché anche ulteriori soggetti portatori d'interessi, pur in assenza di pubblica consultazione, hanno avuto modo di conoscere gli sviluppi ed inviare il proprio contributo alle istituzioni europee, potendo così entrare in relazioni proattive con esse[318]. Può farsi cenno alla "lettera" al Consiglio e al commissario Špidla da parte delle ONG europee del settore

---

312 Cfr. NANNUCCI, BIASIOTTI, *op. cit.*, p. 79.

313 Cfr. HABERMAS, *op. cit.*, p. 156 ss.

314 Cfr. Commissione europea, COM(2007) 627 def.

315 V. *supra*, nt. 296.

316 Si fa riferimento, esemplificativamente, alla posizione ufficiale del PSE in ordine alla comunicazione sulla flessicurezza e alla "lettera aperta" di alcuni di parlamentari del gruppo GUE/NGL al gruppo socialista del Parlamento europeo; entrambi i contributi in MASSIMIANI, *op. cit.*

317 Si v. sul tema TRENZ, CONRAD, ROSÉN, *The Interpretative Moment of European Journalism. The Impact of Newspaper Opinion Making in the Ratification Process*, in *RECON WP*, 2007, 11.

318 Cfr. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *DD*, 2006, 3, p. 156; BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *DD*, 2006, 4, p. 11.

sociale[319]. Il sempre maggiore protagonismo di queste ultime nelle vicende che riguardano la evoluzione e la trasformazione del diritto sociale europeo, in posizione di concorrenza e/o di ausilio ai tradizionali partner sociali, pone il problema ormai non solo teorico ma pratico della definizione della società civile europea e della sua partecipazione al processo di costruzione del modello sociale europeo, attraverso canali non tradizionali e alternativi a quelli del dialogo sociale e delle forme della democrazia rappresentativa classica[320]. Così come sempre più rilevante diventa la partecipazione al dibattito dell'intellighenzia accademica, secondo moduli propri e autonomi dai canali politici, ma anche al di fuori dei tradizionali *loci* del dibattito scientifico (libri, articoli su pubblicazioni specialistiche, letteratura grigia): si pensi al *memorandum* sul concetto flessicurezza preparato da diverse associazioni di giuristi europei in vista della riunione del Parlamento europeo del 13-14 novembre 2007[321].

Nulla esclude, peraltro, che anche nel caso della flessicurezza, come già sulla modernizzazione del diritto del lavoro, possa essere indetta una pubblica consultazione degli *stakeholders*. Potrebbero, in ipotesi, deporre in questo senso le conclusioni del Consiglio del 5-6 dicembre 2007[322], ove è contenuto l'invito alla Commissione

"*a varare un'iniziativa pubblica in stretta cooperazione con le parti sociali europee per agevolare la titolarità dei principi da parte degli attori interessati del mercato del lavoro e potenziare la sensibilizzazione dei cittadini per quanto concerne la flessicurezza, la sua logica implicita, i suoi principali elementi e le sue implicazioni, e a tener pienamente informato il Consiglio delle sue azioni in proposito*".

La complessa macchina della democrazia europea anche per i temi sociali sembra finalmente essersi messa in moto. Il protagonismo della società civile, e al suo interno dell'intelligenza scientifica, avrà modo e possibilità di contribuirvi in modo del tutto nuovo, inusitato e originale.

## Elenco delle abbreviazioni

CJEL: The Columbia Journal of European Law

CLLPJ: Comparative Labor Law & Policy Journal

DPCE: Diritto pubblico comparato ed europeo

EIRR: European Industrial Relations Review

EJIR: European Journal of Industrial Relations

EJSS: European Journal of Social Security

EULJ: European Law Journal

---

[319] Si rinvia a MASSIMIANI, *op. cit.*

[320] Sul coinvolgimento della *società civile europea* nei processi politici dell'Unione si v. ARMSTRONG, *op. cit.*; SMISMANS, *op. cit.*; FRIEDRICH, *op. cit.*; più ampiamente, *supra*, nt. 281.

[321] Trattasi della "Dichiarazione sul concetto di flessicurezza della Commissione europea: per un diritto del lavoro che protegga (davvero) i lavoratori", sottoscritta dall'Associazione europea dei Giuristi per la Democrazia e i Diritti dell'Uomo nel mondo, dall'associazione Progress Lawyers Network e dall'Associazione Avvocati Europei Democratici. Il contributo, tradotto in diverse lingue, è disponibile nei siti *web* delle rispettive organizzazioni; si rinvia a MASSIMIANI, *op. cit.*

[322] Consiglio dell'UE, Doc. 16201/07.

ETUI-REHS WP: European Trade Union Institute for Research, Education and Health and Safety Working Papers, <*http://www.etui-rehs.org*>

EUROFOUND: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions

GUCE: Gazzetta ufficiale delle Comunità europee

GUE: Gazzetta ufficiale dell'Unione europea

ID: Informatica e diritto

RECON WP: RECON Online Working Papers, <*http://www.reconproject.eu*>

RPS: La rivista delle politiche sociali

Transfer: Transfer - European review of labour and research

TP: Teoria politica

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona": Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", *http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp*

# I *fondamenti* del licenziamento del dirigente pubblico: nell'attesa di *Godot* ...*

Antonello Zoppoli

1. Una questione emblematica. 99

2. Il dibattito giurisprudenziale: la tesi a favore della libera recedibilità e della tutela obbligatoria. 99

3. (Segue) La tesi contro il recesso libero e a favore della tutela reale *ex* art. 18 dello Statuto dei lavoratori. 101

4. Il vizio d'origine della riforma: l'assenza di un'espressa disciplina del licenziamento del dirigente pubblico. 102

5. L'inconciliabilità tra recesso *ad nutum* e recesso per responsabilità dirigenziale. 105

6. (Segue) Tutela reale di diritto comune (legale) *vs.* tutela obbligatoria (contrattuale). 107

7. I consistenti dubbi sulla legittimità dell'intervento della contrattazione collettiva nel quadro originario della riforma. 109

8. Il successivo fondamentale rinvio alla contrattazione collettiva per la regolamentazione del licenziamento per responsabilità dirigenziale 110

9. … e per la regolamentazione del licenziamento disciplinare: senza attendere, inerti, *Godot*? 113

Bibliografia 115

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 66/2008

## 1. Una questione emblematica.

Sin da quando, agli inizi degli anni '90, la riforma del lavoro pubblico prese avvio, nessuno ha mai messo in dubbio il ruolo assolutamente centrale attribuito alla dirigenza (v., da ultimo, Ales 2007, *passim*; Merloni, Pioggia, Segatori 2007; Talamo 2007; Cerbo 2007, sp. pp. 220 e ss.; Boscati 2006; Merloni 2006; Sgroi 2006, pp. 111 e ss.). Tuttavia, v'è da dire che, ad esso, non ha fatto riscontro, da parte del legislatore, chiarezza adeguata in merito ad alcune scelte di fondo nella disciplina del relativo rapporto di lavoro.

Al riguardo il regime del licenziamento individuale costituisce una vicenda assai emblematica, per almeno due ragioni. In primo luogo perché - è anche superfluo ricordarlo - esso è, in generale, un crocevia, teorico e pratico, della regolamentazione di qualsiasi rapporto di lavoro, sì da risultarne vera e propria chiave di volta. In secondo luogo perché, proprio nella "storia" del licenziamento del dirigente, si specchiano, nitide, le questioni (anzitutto istituzionali), le ambiguità e i compromessi che, nell'insieme, hanno accompagnato, e tuttora accompagnano, la riforma della dirigenza pubblica nel corso di questi anni.

Inevitabilmente, i nodi, da qualche tempo, sono giunti al pettine. Nelle pagine che seguono ci si limiterà all'analisi di alcuni fondamentali problemi della disciplina del licenziamento, di cui, in particolare, dà conto la giurisprudenza, che, sull'argomento, comincia ad essere significativa, come tale rilevante per l'analisi giuridica, anche sistematica. È tempo, quindi, di ritornare sul tema, alla luce pure di alcune novità normative, riprendendo riflessioni anni addietro già svolte.

Come si intuisce da queste prime considerazioni, possono essere diverse le angolazioni da cui guardare al licenziamento del dirigente. Si pensi, ad esempio, alla "valutazione" della prestazione di lavoro dirigenziale, un profilo di grande attualità e sicuramente centrale, che ne racchiude molti altri. Non a caso, subito dopo la cd. seconda privatizzazione, se ne sottolineò il carattere decisivo per l'esito generale della riforma, non solo della dirigenza (cfr., per tutti, Corpaci-Orsi Battaglini 1999, p. 1098; Zoppoli A. 2000, sp. p. 350), e che, al momento, se da un lato richiede di certo non meno impegno e attenzione, dall'altro desta più di una perplessità (cfr., di recente e per tutti, Della Rocca 2007; Gagliarducci 2007; Talamo 2007; Merloni 2006, p. 173). Ma, proprio per la sua ampiezza e complessità, questo profilo condurrebbe troppo lontano.

Conviene, allora, concentrarsi su altri due aspetti più circoscritti: la motivazione del recesso e le conseguenze della sua carenza o assenza. Aspetti, anch'essi, estremamente attuali e che, del regime del licenziamento, rappresentano, in un certo senso, i "fondamenti": sì da esprimere quella che, oggi, può ritenersi "la" questione del licenziamento del dirigente pubblico. Allo stesso tempo costituiscono ottime "finestre" per guardare al fondo dei risvolti istituzionali-organizzativi sottesi al problema.

## 2. Il dibattito giurisprudenziale: la tesi a favore della libera recedibilità e della tutela obbligatoria.

Cominciamo, dunque, dall'analisi del dibattito giurisprudenziale. Un dibattito non particolarmente ricco (ma c'è da tener presente che l'esperienza sul licenziamento del dirigente, come del resto sul licenziamento dei pubblici dipendenti in generale, si sa, è parsimoniosa); che tuttavia, eloquentemente, comincia a registrare un certo numero di pronunce interessanti, tra le quali, in particolare, una recente decisione della Suprema Corte.

Due, in sintesi, possono considerarsi le posizioni della giurisprudenza. Poiché offrono un utile panorama sui possibili percorsi interpretativi, è opportuno illustrarle nel dettaglio, sia pure soffermandosi soltanto sugli aspetti qui rilevanti, e per la loro valenza generale, prescindendo da quanto attiene invece alle specifiche e concrete controversie.

Una prima tesi è bene espressa nella sentenza della Corte di Appello di Napoli del 31 dicembre 2004[323], che tocca un po' tutti i nodi problematici della questione.

La Corte di Appello di Napoli ritiene che, così come per la dirigenza privata, anche per la dirigenza pubblica, in materia di licenziamento, il "principio generale è quello della recedibilità *ad nutum*", secondo quanto previsto nel codice civile[324]. L'assunto che conduce a questa affermazione è la completa "privatizzazione" realizzata dal D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, in attuazione della delega di cui all'art. 11, c. 4, lett. a, della L. 15 marzo 1997, n. 59. La Corte subito aggiunge che il principio è "temperato, tuttavia, dall'espresso rinvio anche alla contrattazione collettiva di settore che già nella prima tornata aveva introdotto il concetto di recesso 'giustificato'". Avremmo, quindi, "una struttura causale del licenziamento del dirigente che si realizza nell'obbligo contrattualmente previsto di contestuale motivazione da parte dell'amministrazione e di previo esperimento di una procedura di contestazione e di audizione". Sicché, l'art. 21 (ultimo periodo, all'epoca, del c. 2, oggi, del c. 1) configurerebbe un'ipotesi legale di licenziamento per giusta causa che si "affianca a quelle previste dal contratto collettivo".

Inevitabilmente il collegio giudicante deve, però, fare i conti con l'esclusione della libera recedibilità perentoriamente affermata dalla Corte costituzionale nella sentenza 25 luglio 1996, n. 313[325]. A tal fine, dopo aver ripreso ampi passaggi - ed anche talune ambiguità - di questa sentenza, il collegio ritiene che i "requisiti di predeterminazione e procedimentalizzazione", richiesti dalla Consulta, siano soddisfatti "mediante il richiamo alla contrattazione collettiva" (contenuto sempre nel citato art. 21) e non impongano l'applicazione delle leggi 15 luglio 1966, n. 604 e 11 maggio 1990, n. 108. Né - precisa il Collegio - in senso diverso depone l'art. 52 del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che si limiterebbe ad escludere la rilevanza del requisito numerico ai fini dell'applicazione dello Statuto dei lavoratori alle pubbliche amministrazioni.

Pertanto, la tutela apprestata per il dirigente "è quella garantita dallo stesso contratto collettivo - *id est* la corresponsione di un indennizzo - salvi i casi di nullità o giuridica inesistenza del recesso che ricadono nella disciplina generale del contratto".

Infine – sottolinea la Corte di Appello – l'esigenza di garanzia del dirigente, ovvero la separazione tra funzione tecnica e funzione politica, troverebbe "attuazione, proprio in virtù della completa assimilazione tra dirigente pubblico e dirigente privato, nella tutela forte per il caso di licenziamento discriminatorio come prevista dall'art. 3 della L. 108/1990. La maggiore funzionalizzazione

---

[323] A quanto consta, inedita.

[324] Da notare che il caso sottoposto all'attenzione della Corte ricadeva, *ratione temporis*, sotto la vecchia formulazione dell'art. 21 del D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (quella cioè precedente all'attuale introdotta dalla L. 15 luglio 2002, n. 145), che, al c. 2, ultimo periodo, espressamente prevedeva, nei "casi di maggiore gravità" della responsabilità dirigenziale, la possibilità, per l'amministrazione, di recedere dal rapporto di lavoro "secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi". La Corte non manca di sottolineare, *ad adiuvandum*, l'espresso riferimento al codice civile, ora, invece, soppresso.

[325] Di recente ribadita nella sentenza 19 febbraio 2007, n. 103, in *RGL*, 2007, II, 165.

della attività amministrativa e la tipizzazione della discriminazione (continua la Corte) rendono, inoltre, sicuramente più agevole, per il dirigente pubblico, il ricorso alla tutela predetta"[326].

### 3. (Segue) La tesi contro il recesso libero e a favore della tutela reale *ex* art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Veniamo ora alla seconda tesi, analizzando tra le varie pronunce, per intuibili ragioni, la sentenza della Cassazione dell'1 febbraio 2007, n. 2233, di cui si diceva[327].

Dopo aver illustrato le peculiarità del rapporto di lavoro del dirigente pubblico, distinguendone tre fasi (assunzione, gestione, estinzione), la Suprema Corte giunge ad affermare che la "disciplina della dirigenza privata non è perciò sovrapponibile a quella della dirigenza pubblica". E la diversità sarebbe confermata, in particolare, dalla giurisprudenza costituzionale, ossia dalla già citata sentenza n. 313 del 1996. In questo quadro – ad avviso della Cassazione – la "norma cruciale risulta essere dunque l'art. 21" del D. Lgs. n. 165/2001. Dall'esame dei requisiti sostanziali e procedurali ivi previsti, la Corte desume che la "disciplina del recesso dal rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici non è dunque quella dell'art. 2118 cod. civ., propria dei dirigenti privati, ma segue i canoni del rapporto di lavoro dei dipendenti privati con qualifica impiegatizia, in coerenza con la tradizionale stabilità del rapporto di pubblico impiego". E - aggiunge - anche "la disciplina contrattuale del procedimento sanzionatorio, cui il contratto collettivo è facultato dal rinvio dell'art. 21, è articolata sul modello dell'art. 7 Legge 20 maggio 1970, n. 300, nel rispetto del principio costituzionale del contraddittorio (Corte cost. n. 313/1996), proprio del recesso causale".

A questo punto la Suprema Corte si interroga sulle conseguenze che scaturiscono dal licenziamento illegittimo.

Al riguardo, muove dall'art. 51 del D. Lgs. n. 165/01, segnatamente dal suo secondo comma, concernente l'applicazione dello Statuto dei lavoratori "alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti", comma, come si ricorderà, considerato ininfluente, sul punto, dalla Corte di Appello di Napoli. Ed anche la Suprema Corte rinviene nella disposizione in parola una deroga soltanto per i limiti dimensionali delle organizzazioni interessate e non anche per le esclusioni categoriali. Ma (vale la pena riportare ancora testualmente il passaggio), "poiché il rapporto fondamentale stabile dei dipendenti pubblici con attitudine dirigenziale è assimilato dall'art. 21 D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 a quello della categoria impiegatizia, e poiché l'art. 10 L. 15 luglio 1966, n. 604 si riferisce ai dirigenti privati, … ritiene che l'estensione operata dall'art. 51, c. 2, si applica anche al rapporto fondamentale di lavoro dei dirigenti pubblici".

Infine, la Cassazione conclude affermando che alla luce di "questa interpretazione si deve interpretare il contratto collettivo, cui l'art. 21, nuovo testo, rinvia per la disciplina della casistica e degli effetti del recesso illegittimo". Di conseguenza, per un verso, riprende le norme contrattuali

---

[326] Affermano la libera recedibilità anche Trib. Piacenza 17 febbraio 2004, in *lavoropubblico.formez.it* e Trib. Roma 5 giugno 2000, in *GI*, 2000, 49. Applicano la tutela risarcitoria prevista dal contratto collettivo, senza porsi il problema della sussistenza del libero recesso, Trib. Firenze 15 gennaio 2004, in *LPA*, 2004, 194; Trib Firenze 6 dicembre 2002, in *D&L*, 2003, 759.

[327] In *ADL*, 2007, 686; la Corte cassa con rinvio la sentenza della Corte di Appello di Torino del 26 aprile 2005.

che prevedono la tutela reale o comunque la continuità del rapporto[328], per altro verso scrive che il contratto collettivo della dirigenza pubblica applicabile al ricorrente "non predispone una tutela risarcitoria per il recesso privo di giusta causa o giustificato motivo, a differenza dei contratti collettivi dei dirigenti industriali"[329].

## 4. Il vizio d'origine della riforma: l'assenza di un'espressa disciplina del licenziamento del dirigente pubblico.

Il dibattito sinteticamente illustrato suscita, anzitutto, un'immediata osservazione, che, sebbene evidente, spiega ancor più chiaramente la scelta dell'argomento di questa pagine.

La divergenza delle tesi illustrate non solo risulta netta, ma, ciò che più preoccupa, riguarda, come si diceva nei cenni introduttivi, i "fondamenti" della disciplina del licenziamento del dirigente. Considerandone (giova ripeterlo) la rilevanza, teorica e pratica, risulta agevole comprendere un certo, diciamo così, disagio da parte di chi guarda, con la dovuta attenzione, al processo di riforma delle pubbliche amministrazioni, in atto ormai da quindici anni.

In proposito, non è il caso di aggiungere troppe parole. Basti sottolineare che, nonostante le varie modifiche subite dal D.Lgs. 29/1993, prima, e dal D.Lgs.165/2001, poi, del licenziamento del dirigente non vi è un'espressa regolamentazione. A parte le norme di carattere generale sulla "privatizzazione" dell'impiego pubblico, quindi anzitutto l'art. 2, vi è solo la disposizione già richiamata di cui all'art. 21, assai importante peraltro sul piano sistematico (come sostiene la Cassazione e come in seguito ancora meglio si vedrà) proprio perché manca una regolamentazione della materia.

Il legislatore quindi, nonostante qualche successiva pur importante novità introdotta, ha mantenuto ferma, nel tempo, questa laconica impostazione.

In verità, sorge spontaneo chiedersi come ciò sia possibile, considerando la più volte sottolineata rilevanza del licenziamento nell'equilibrio di un rapporto di lavoro. Domanda che trova ragione d'essere soprattutto nella radicale divergenza (per non dire nella confusione) di posizioni registrata nel dibattito giurisprudenziale descritto su un punto assolutamente centrale, come la libera recedibilità.

Per cercare di dare una risposta convincente al problema, cogliendone tutte le implicazioni giuridico-istituzionali e politico-sindacali, è opportuno ampliare il campo di osservazione e ripercorrere, in una prospettiva sintetica ma diacronica, le tappe fondamentali della riforma. D'altro canto, se il licenziamento è un profilo cruciale, la risposta alla sua insoddisfacente regolamentazione non può che trovarsi su di un piano più generale.

Cominciamo dalle origini della riforma. Nel '92, il legislatore, allorché vi mise mano, avvertiva fortemente la necessità di limitare la sfera di azione del soggetto politico. Secondo un sentire

---

[328] Le norme sul licenziamento discriminatorio, sul licenziamento del periodo di sospensione *ex* art. 2110 c.c., sull'annullamento delle procedure di accertamento della responsabilità dirigenziale.

[329] Il contratto applicabile al caso in questione era quello dell'Area I; per la precisione, per quanto concerne le norme sul licenziamento, il c.c.n.l. dei Ministeri del 9 gennaio 1997 (sul punto si tornerà).
Si sono pronunciate contro la libera recedibilità e a favore dell'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori anche Trib. Napoli 7 gennaio 2003, in *DLM*, 2003, 505; Trib. Napoli 27 settembre 2006, in *LPA*, 1211; Trib. Piacenza 30 ottobre 2003 e Trib. Roma 6 dicembre 2001, entrambe in *lavoropubblico.formez.it*.

diffuso, l'eccessivo potere esercitato (di diritto e di fatto) dalla "politica" costituiva una delle cause principali del cattivo funzionamento delle nostre pubbliche amministrazioni. Non si trattava, certo, di una novità (Cassese 2007, pp. 12 e ss.; D'Alberti 1990, *passim*; Colapietro 1990, p. 120). Senza risalire troppo indietro nel tempo, si può rammentare come la stessa preoccupazione avesse ispirato molte delle norme contenute nel D.P.R. 30 giugno 1972, n. 748. Ma le tante ragioni che, dopo anni, hanno condotto a compiere il grande salto dell' "unificazione" normativa inducevano stavolta il legislatore, coerentemente, ad adottare soluzioni più radicali anche per quanto riguarda la dirigenza. Le buone intenzioni, tuttavia, purtroppo, come si sa, non sono garanzia di successo.

In effetti, non sembra azzardato ritenere che proprio l'eccessiva preoccupazione di delimitare lo spazio del soggetto politico abbia preso la mano al legislatore. Nel senso che, animato da questa preoccupazione, la sua attenzione si è tutta, da subito, concentrata sul versante *funzionale* - ossia sulla separazione tra attività di indirizzo, rimessa alla politica, e attività di gestione, attribuita alla dirigenza - al quale, sin dall'inizio, è stata dedicata più di una norma[330]. Così facendo, però, il legislatore ha perso di vista proprio quanto l'esperienza del settore privato mostra piuttosto chiaramente, sul piano tanto organizzativo quanto giuridico.

Sul piano organizzativo, la figura del manager, pure tanto "evocata" in ogni fase della riforma, rimanda a relazioni di certo non facilmente riducibili ad una rigida logica di separazione di poteri tra i soggetti che, a vario titolo, sono collocati ai vertici delle organizzazioni: in proposito, può esser qui sufficiente, benché approssimativo (v., per tutti, Tosi 1974, p. 121), ricordare la forte componente fiduciaria del lavoro manageriale.

Allo stesso modo, il piano giuridico esprime, piuttosto chiaramente, come la ripartizione dei poteri costituisca, sì, un profilo importante di tali relazioni, ma quanto meno altrettanto importante risulti la complessiva regolamentazione delle stesse; e, segnatamente, di istituti fondamentali nell'equilibrio delle posizioni e degli interessi delle parti, come appunto è, con ogni evidenza, il licenziamento.

In sintesi, il legislatore non aveva ben chiaro quale fosse il rapporto tra i soggetti posti ai vertici di moderne organizzazioni, nella dimensione non solo funzionale ma anche *strutturale* (sul punto v., *amplius*, Zoppoli A. 2000, pp. 224 e ss): ovvero, per quanto riguarda non soltanto l'attribuzione dei poteri, ma, più in generale, anche l'interesse e la posizione all'interno delle strutture produttive[331].

La prova evidente di quanto appena detto sta in una scelta fondamentale compiuta dal legislatore nel '92-'93, e cioè nell'esclusione della "dirigenza generale" dalla "contrattualizzazione". Esclusione concernente un numero ridotto di dirigenti, ma dall'alto significato, non solo simbolico. Infatti essa voleva dire, sostanzialmente: da un lato, mantener ferma, per la dirigenza generale, il tradizionale statuto "pubblicistico", di ispirazione fortemente garantista, che colloca i due soggetti del rapporto di lavoro su poli antitetici e in cui il dirigente costituisce una sorta di "contrappeso" della "politica", di cui deve limitare la discrezionalità (Rusciano 1978; p. 223; Carlassare 1974, p. 7; Giannini1970, pp. 297-303); dall'altro, ricondurre tutta la restante dirigenza (vale la

[330] V., ora, gli artt. 4, 14, 16 e 17 del D. Lgs. n. 165/2001.

[331] La distinzione funzionale-strutturale è ripresa dalla recente, già citata sentenza della Corte cost. n. 103/ 2007.

pena ricordarlo, dirigenza "di vertice" di tutte le amministrazioni senza dirigenza generale) al regime "privatistico", permeato invece da una logica "di mercato", con i due contraenti collocati su posizioni "contigue", se si vuole, "fiduciarie".

Dunque, questa contraddittoria impostazione, frutto di una scarsa attenzione al profilo strutturale del rapporto di lavoro dirigenziale, spiega, con ogni probabilità, il perché, già nella versione originaria del decreto n. 29/93, non si ritrova alcuna espressa regolamentazione del licenziamento. La sola previsione in materia è contenuta, non a caso, nell'art. 20, c. 9, relativa alla cd. responsabilità dirigenziale (oggi regolata invece dal già ricordato art. 21 del D. Lgs. n.165/2001), che la riforma non introduce *ex novo*, essendo essa già prevista dall'art. 19 del citato D.P.R. n. 748/1972, bensì adatta semplicemente al nuovo contesto, inevitabilmente *in modo ambiguo*. Infatti, nell'art. 20, c. 9, trovavamo, affiancati, istituti "pubblicistici" (espressamente richiamati: "collocamento a disposizione" e "collocamento a riposo") e istituti privatistici (tramite il rinvio alle norme del codice civile: libero recesso e recesso per giusta causa)[332].

Questo è il quadro normativo che le parti sociali hanno dinanzi quando si siedono al tavolo della prima tornata contrattuale post-privatizzazione a metà circa degli anni '90. Ed è assai probabile che esse abbiano avvertito contrapposte ed ibride sollecitazioni: per un verso, l'indicazione di fondo del legislatore, la "privatizzazione", che induceva a guardare alle regole ed, ancor prima, alle logiche dell'impresa privata; per altro verso, le contraddittorie previsioni dell'art. 20, c. 9.

Sedotti evidentemente dal vento della "privatizzazione", ormai forte, hanno ritenuto opportuno spingersi il più avanti possibile. Sicché, hanno ripreso la disciplina del licenziamento contenuta nei contratti collettivi dei dirigenti "privati", segnatamente del settore industriale, la cui regolamentazione è, come noto, paradigmatica. Si è previsto, in breve, un obbligo di motivazione del licenziamento (la sua "giustificatezza") e una tutela di tipo meramente risarcitorio, nell'ambito di una specifica procedura arbitrale[333].

Il passaggio assai importante, in verità spesso trascurato dal dibattito, è che la scelta della contrattazione presuppone la libera recedibilità: come si è scritto, ha "quale premessa un licenziamento 'acausale' " (Tosi 2001, p. 71). Non è un caso, infatti, che per la dirigenza privata nessuno ha mai lontanamente pensato di contestare la legittimità della tutela risarcitoria introdotta dai contratti collettivi per la semplice ragione - v'è da credere - che, secondo una tradizionale logica

---

[332] Come noto, la responsabilità di risultato fu originariamente introdotta dall'art. 19 del D.P.R. n. 748/1972 al fine di fornire le amministrazioni di uno strumento flessibile, che potesse, cioè, dar seguito ad una responsabilità non legata " alla generica osservanza dei doveri d'ufficio o al meticoloso rispetto di regole formali, ma piuttosto al fatto che i 'risultati complessivi dell'azione di ufficio siano più o meno corrispondenti, quantitativamente e qualitativamente, alle ragionevoli attese' " (Rusciano 1998, 390, che riprende Cons. Stato, sez. II, 24 maggio 1983, n. 330, in *FA*, 1983, I, 95, dove - esprimendo un'opinione diffusa - nella responsabilità in parola, definita "manageriale", si rinviene un "trasparente paragone alla responsabilità propria degli amministratori e dirigenti delle grandi aziende private").

[333] Il primo contratto stipulato dopo la "privatizzazione" è stato quello delle Regioni-Autonomie locali del 10 aprile 1996, che ha fatto quindi da apripista e tuttora può considerarsi paradigmatico (in particolare v. gli artt. 27 e 30, successivamente modificati per profili qui irrilevanti; per i contratti delle altre Aree cfr. Carinci F.-Mainardi 2005, segnatamente i relativi contributi sulla "estinzione del rapporto"). Merita di essere sottolineata la incongruente sovrapposizione tra la procedura arbitrale di cui si è detto nel testo e quella conciliativa contemplata, ora, dall'art. 65 del D.Lgs. n. 165/2001, cui la contrattazione inopportunamente ha fatto rinvio già nel menzionato c.c.n.l. Regioni-Autonomie locali, per l'esattezza nell'ultimo comma dell'art. 30, nella versione introdotta con il contratto del 16 dicembre 1996: al riguardo, con riferimento all'attuale c.c.n.l. dell'Area I, cfr. Mainardi 2005, p. 280.

ben nota al diritto del lavoro, essa è "più favorevole" per il prestatore di lavoro, giacché la regola legale per la categoria dirigenziale è, appunto e pacificamente, la libera recedibilità.

## 5. L'inconciliabilità tra recesso *ad nutum* e recesso per responsabilità dirigenziale.

La soluzione seguita dalla contrattazione collettiva nella prima tornata contrattuale post-riforma appare ardita. E richiede una valutazione articolata; anzi, più che mai una "storicizzazione", in relazione al mutamento, nel tempo, del quadro normativo: solo così ne sarà possibile una visione completa, anche, se non soprattutto, in prospettiva futura. Lo sguardo sarà quindi rivolto anzitutto al passato, ma, per riferirlo da subito al presente, occorre solo cambiare i numeri dei dati normativi richiamati[334].

Il punto di partenza che conviene adottare (perché consente di far chiarezza, come vedremo, sui vari aspetti della vicenda) è ben espresso da questa domanda: per la dirigenza pubblica si può riproporre il ragionamento fatto dalle parti sociali nel "privato"? Vale a dire: anche per il dirigente pubblico la regola di fondo è la libera recedibilità, presupposto dell'intervento della contrattazione collettiva nella disciplina del licenziamento del dirigente d'impresa?

In realtà, quanto sin qui detto mostra chiaramente che, se è indiscutibile l'assenza di una *espressa* disciplina del licenziamento che "limiti" la generale "privatizzazione" della dirigenza pubblica, altrettanto indiscutibile è che l'art. 20, c. 9, qualcosa in tal senso la prescriveva, giacché richiedeva, per la responsabilità dirigenziale, una motivazione per il recesso (facendo riferimento al "caso di responsabilità particolarmente grave o reiterate").

Ritornando al nostro eloquente contenzioso giurisprudenziale, si rammenterà che la Corte di Appello di Napoli ritiene tranquillamente, e per la verità anche piuttosto sbrigativamente, conciliabili recesso *ad nutum* e art. 20, c. 9 (in relazione al caso esaminato art. 21, c. 2, D. Lgs. n. 165/2001); mentre la Cassazione, anch'essa senza dilungarsi troppo sul tema, è di avviso esattamente opposto.

A chi scrive è, da sempre (Zoppoli A. 1993), apparsa insostenibile la coesistenza tra la libera recedibilità e la motivazione richiesta per il recesso derivante da responsabilità dirigenziale. Una prima ragione risulta piuttosto evidente: un recesso che prescinde da qualsiasi motivazione, come il *libero* recesso, non può coesistere con un recesso che chiede una precisa motivazione, come quello per responsabilità dirigenziale. Come dire, sembrerebbe di conciliare gli opposti! Ed è tutt'altro che inutile sottolineare - riprendendo le osservazioni prima svolte sul ruolo assolutamente centrale del licenziamento in ogni rapporto di lavoro - che, con l'obbligo di motivazione nel recesso per responsabilità dirigenziale, il legislatore ha messo *un preciso punto di equilibrio, rilevante sul piano anzitutto istituzionale, nella relazione tra politica e amministrazione*.

Insomma, è forte l'idea di essere dinanzi ad uno di quei casi in cui il cono di luce offerto dalla norma sia soddisfacente, sì da escludere dubbi interpretativi.

A ragionarci sino in fondo, tuttavia, qualcosa, all' "illuminazione", potrebbe esser sfuggito. Il dubbio lo insinua una diversa configurazione teleologica dei due recessi. Si potrebbe sostenere, cioè,

---

[334] In particolare, la norma sulla responsabilità dirigenziale, che è quella centrale, originariamente era l'art. 20 del D. Lgs. n. 29/1993, adesso è l'art. 21 del D. Lgs. n. 165/2001 (d'ora in avanti, per comodità d'esposizione, si indicheranno, per lo più, i soli numeri degli articoli).

che la responsabilità dirigenziale sia stata posta a tutela della sola amministrazione: nel senso che, in presenza dei relativi presupposti, l'amministrazione sia *obbligata* a recedere (Zoppoli L. 2003, p. 529). Per converso, secondo questa interpretazione, là dove quei presupposti non sussistano, l'amministrazione è *libera* di recedere secondo le proprie valutazioni, entro i limiti di carattere generale comunque previsti dal legislatore (divieto di licenziamento discriminatorio, requisito formale).

V'è da pensare, evidentemente, che le parti sociali abbiano ragionato in questo modo, sgombrando il campo da ogni ostacolo legale e ritenendo di potere procedere alla stregua del settore privato[335]. Ed è importante sottolineare sin da ora come, in questa ottica, i due tipi di recesso siano *necessariamente* da tenere ben distinti: da un lato, il recesso di origine contrattuale collettiva (per così dire, di tipo privatistico), incentrato sulla nozione di "giustificatezza" e con una tutela di carattere obbligatorio; dall'altro, il recesso "legale" per responsabilità dirigenziale, per il quale la contrattazione prevede, con una soluzione eloquente per quanto qui interessa, che "l'annullamento delle … procedure di accertamento della responsabilità" del dirigente "fa venir meno il recesso", ossia, preclude l'effetto estintivo dell'atto, con una tutela di natura reale[336].

Tuttavia, come si accennava, la tesi seguita dalla contrattazione, se ha dalla sua parte il nobile intento di assecondare la direzione più generale della riforma, cercando di superarne le ambiguità di fondo, resiste soltanto all'interpretazione meramente logica.

Già sul piano letterale vacilla, in quanto la formulazione adoperata dal legislatore nell'art. 20, c. 9, ha carattere permissivo[337]. Sul piano sistematico, poi, incontra ostacoli invero insormontabili. Tra i "limiti stabiliti" dallo stesso decreto 29 alla disciplina privatistica (art. 2, c. 2), risulta infatti arduo non includervi quelli scaturenti dal recesso per responsabilità dirigenziale, che (se solo in base ad un acrobatico salto logico si può ritenere comportino l'applicazione della disciplina generale del lavoro subordinato[338]) inevitabilmente circoscrivono le regole privatistiche sul licenziamento del dirigente applicabili al settore pubblico: segnatamente, escludendo il libero recesso per un verso, e, per altro verso, restringendo il rinvio al codice civile, contenuto nell'art. 20 c. 9, al solo preavviso e alla conseguente rilevanza della giusta causa. Risulta arduo non includervi questi "limiti" soprattutto combinando quanto prima detto con la prospettiva sistematico-assiologica: dinanzi alla quale una disciplina così decisamente inusuale, come quella che affiancherebbe il libero recesso al licenziamento per responsabilità dirigenziale, rivela, infine, la sua decisiva debolezza, marcata dalla storia e dalle *guide lines* della riforma. Andando al nocciolo della questione, come ribadito anche in questa sede, la separazione tra "politica" e "amministrazione" ha costituito il *leit motiv* dell'intera riforma della dirigenza, quale sbocco di un percorso storico piuttosto

---

[335] Sostanzialmente in tal senso cfr. Salmini (all'epoca "esperto" presso l'Aran) 1998, p. 43.

[336] V., ad esempio, l'art. 41 c. 5, c.c.n.l. 21 aprile 2006, Area I; l'art. 35 c. 4, c.c.n.l. 5 dicembre 1996, Area III; l'art. 36 c. 4, c.c.n.l. 5 dicembre 1996, Area IV; l'art. 41 c. 5, c.c.n.l. 13 aprile 2006, Area VIII. Per l'Area II, l'art. 11, c. 2, del c.c.n.l. del 22 febbraio 2006, (con soluzione dubbia dal punto di vista tecnico, ma che non incide su quanto detto nel testo) configura l'annullamento delle procedure in parola come "condizione risolutiva del recesso".

[337] L'art. 20, c. 9, si riferiva al collocamento a riposo, ma ciò appare irrilevante; infatti, l'attuale art. 21 recita: "In relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione … *può* recedere dal rapporto …" (mio il corsivo).

[338] È il salto che compie la Cassazione, a mio avviso; lo sottolineano anche Garilli 2007, 317; Lanotte 2007, p. 165; sostanzialmente nello stesso senso Boscati 2007, p. 728.

preciso e in ragione dell'attuazione dei valori-principi di cui all'art. 97 della Costituzione. Ora, per quanto il legislatore, nel '93, possa esser stato "fuorviato" dall'eccessiva attenzione al profilo funzionale, ossia alla separazione di poteri e competenze, trascurando la più complessiva regolamentazione del rapporto, non può negarsi che la libera recedibilità, comportando una netta contiguità – o, se si preferisce, un *rapporto* strettamente fiduciario – tra soggetto politico e dirigenza, risulta decisamente in rotta di collisione con tale "separazione": quanto meno avrebbe richiesto una qualche indicazione normativa. Tutto ciò a voler tacere la necessità che una così profonda mutazione della *ratio* della responsabilità dirigenziale[339] avrebbe meritato, anch'essa, una qualche attenzione in più da parte del legislatore.

Comunque, se, malgrado quanto osservato, dovessero ancora sussistere dubbi, l'ulteriore sviluppo della riforma chiuderebbe definitivamente il discorso.

Quando, infatti, nell'attuazione della nuova delega di cui all'art. 11, c. 4, della legge n. 59 del '97, il legislatore, con la cd. seconda privatizzazione, ha sciolto le ambiguità della coesistenza di una dirigenza generale, ancora di natura "pubblicistica", e di una restante dirigenza, "privatizzata", si è, non a caso, al contempo avveduto che, oltre alla disciplina dei poteri, vi era da risolvere il nodo di fondo del profilo strutturale della relazione "politica-amministrazione". E, a tal fine, non ha affatto messo mano alla disciplina del licenziamento, bensì si è concentrato su quella degli incarichi, producendo una soluzione (combinazione tra contratto a tempo indeterminato ed incarico a termine) assai sofisticata ed originale - benché non esente da critiche -, frutto proprio del tentativo di contemperare, ad un tempo, istanze di "garanzia" e di "flessibilità"[340]. Ebbene, ritenere che la singolare disciplina degli incarichi introdotta dal decreto n. 80 del '98 si affianchi alla libera recedibilità - massima ed anzi, di per sé, sin troppo spinta espressione di "flessibilità" – risulterebbe davvero privo di qualsiasi spiegazione[341].

## 6. (Segue) Tutela reale di diritto comune (legale) *vs.* tutela obbligatoria (contrattuale).

Per comprendere ancora meglio il senso di questa opinione, la riflessione va allargata al profilo delle conseguenze scaturenti dal licenziamento illegittimo.

È il caso di cominciare dal piano legale, riprendendo l'assai interessante pronuncia della Cassazione prima illustrata.

In proposito, il ragionamento della Suprema Corte, a differenza della conclusione raggiunta sulla libera recedibilità (pienamente in sintonia con quanto sin qui sostenuto), convince poco; sebbene non sia poi granché distante, nell'approdo, dal percorso che appare più solido.

---

339 Al riguardo cfr. la nota 10.

340 In proposito cfr., per tutti, Carinci F. 2005, L; Id. 1998, XXVI; Pastori-Sgroi 2000, 369; D'Alessio 1998, 98 e ss.; Merloni 1997, 340.

341 Tra gli altri, in dottrina, affermano (più o meno chiaramente) la sussistenza della libera recedibilità nel rapporto di lavoro del dirigente pubblico, oltre al già citato Zoppoli L. 2003, Mainardi 2005, 271, e Nicosia 2000; la escludono, invece, Garillli 2007, 315; Boscati 2007, 723; Lanotte 2007, p. 155; Id., 2003, 290; Sgroi 2007, 530; Alvaro 2006, 138; Tosi 2001, 70; Angiello 2001, 170; Sordi 2001, 300; Tullini 2000, 613.

La Corte, si ricorderà, sostiene che "il rapporto fondamentale stabile dei dipendenti pubblici con attitudine dirigenziale è assimilato dall'art. 21 D. Lgs. 30 marzo 2001 a quello della categoria impiegatizia". Donde, da un lato, mette fuori causa l'art. 10 della L. n. 604 del '66, riferendolo ai soli dirigenti privati, dall'altro afferma l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori ai dirigenti pubblici[342]. È questo il passaggio che appare debole.

Se dall'art. 21 può dedursi, a ragion veduta, un "limite" alla disciplina privatistica del licenziamento del dirigente, del tutto infondato (come accennato) risulta evincerne un'equiparazione con il lavoro impiegatizio o con una generale disciplina del lavoro subordinato: semplicemente perché né l'art. 21, né altre norme consentono di arrivare a tanto. Un conto è l'inevitabile inconciliabilità tra art. 21 e libero recesso, altro è l'applicazione di discipline che hanno un preciso ed esplicito campo di applicazione per nulla chiamato in gioco, come l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori[343].

Tuttavia, se l'art. 18 dello Statuto va messo da canto, la tutela che discende dal quadro legale appare pur sempre di carattere reale, ma del genere cd. "di diritto comune".

Infatti, nel silenzio dell'art. 21 sul profilo "sanzionatorio", dovrà farsi ricorso ai principi generali, e, di conseguenza, ritenere il licenziamento privo dei presupposti, dallo stesso articolo richiesti, nullo per contrarietà ad una indicazione normativa che (per le più volte segnalate dimensioni istituzionali attinenti al rapporto tra "politica" e "amministrazione") ha tutta l'aria di essere inderogabile; o, al più (in altra ma non incompatibile ottica), si dovrà ritenere, sempre per l'assenza di quei presupposti, il licenziamento pregiudicato nella sua esistenza, quindi comunque privo di effetti estintivi[344]. Una tutela pertanto reale perché preclusiva dell'estinzione del rapporto, benché da ricondurre al diritto comune, non trovando applicazione il particolare regime di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

In definitiva, l'esistenza di una tutela di tipo reale cambia radicalmente lo sfondo legale su cui opera la contrattazione collettiva rispetto al settore privato: dove abbiamo il libero recesso, cioè dove non vi è alcuna tutela[345].

---

[342] Superfluo risulta, quindi, il riferimento che la Cassazione fa all'art. 51 del D. Lgs. 165/2001.

[343] In questo errore incorre, a parer mio, anche Trib. Napoli 7 gennaio 2003, *cit.*, 505.

[344] Come si ricorderà la sentenza della Corte di Appello di Napoli del dicembre 2004, in uno dei passi già citati nel paragrafo 2, afferma che "i casi di nullità o giuridica inesistenza del recesso ricadono nella disciplina generale del contratto". Dunque, se si condivide la soluzione indicata nel testo, non c'è evidentemente spazio per sostenere che, nel silenzio del legislatore, occorre, sì, far ricorso a principi o regole di carattere generale, ma a quelli propri della disciplina del licenziamento. Peraltro, qualora si optasse invece per tale opinione (dando priorità al raffronto tra normative che hanno comunque ambiti di applicazione esplicitamente indicati), senza entrare nel merito di una complessa *querelle*, ci si può limitare a rammentare la recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione 10 gennaio 2006, n. 141 (in *MGL*, 2006, 499 con nota di Boghetich 2006, cui si rinvia per cenni in merito al dibattito sull'argomento), che, in tema di onere probatorio - e quindi, si badi, dovendo necessariamente privilegiare l'una o l'altra - considera la tutela reale la "regola" e la tutela obbligatoria l'"eccezione". Seguendo le Sezioni Unite, quindi, ritroverebbe forza, lungo una strada ben diversa da quella sinora percorsa dalla giurisprudenza, la tesi dell'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori al licenziamento del dirigente. Ai fini del nostro discorso nulla però muterebbe.

[345] Salvo ovviamente la tutela di carattere formale (art. 2, c. 4, l. n. 604/1966) o quella contro il licenziamento discriminatorio (art. 3, l. 11 maggio 1990, n. 108), che si collocano su altri e specifici piani, comunque irrilevanti ai fini del nostro discorso.

## 7. I consistenti dubbi sulla legittimità dell'intervento della contrattazione collettiva nel quadro originario della riforma.

A questo punto dovrebbe essere chiaro perché si diceva che la scelta della contrattazione collettiva appare ardita.

La conclusione cui si è giunti rende evidente che la tutela obbligatoria introdotta dalla contrattazione collettiva per il recesso ingiustificato del dirigente pubblico è decisamente "peggiorativa"[346]. Ciò significa che, assumendo la tradizionale logica del *favor* del lavoro subordinato, questa tutela, a differenza di quella introdotta nel "privato", è illegittima.

A ben riflettere, però, siffatta prospettiva può risultare riduttiva: ed averne consapevolezza è importante soprattutto in relazione agli sviluppi del quadro normativo.

Andando per ordine, il classico criterio del *favor*, peraltro già in generale non più solido come un tempo, nel nostro caso sembra, a ben vedere, inadeguato. Beninteso, non si intende tirare in ballo l'annosa questione della natura, pubblicistica o privatistica, di alcuni aspetti del rapporto di lavoro dirigenziale[347]. Per certi versi, il problema è più semplice, e si pone in termini certamente non sconosciuti al settore privato.

V'è, in breve, da porsi un'altra domanda, e stavolta, come suol dirsi, "a monte": la contrattazione collettiva è legittimata ad intervenire nella disciplina del licenziamento del dirigente pubblico, a prescindere dal tipo di tutela che introduce?

Come si ricorderà, anche nel "privato", secondo una diffusa opinione, sorretta dalla giurisprudenza costituzionale, là dove nel quadro legislativo emergono interessi generali - in base ad "apprezzamenti politici discrezionali"[348] -, risultano giustificate, ovvero non in contrasto con l'art. 39 c. 1 Cost., limitazioni all'autonomia collettiva *bidirezionali*, che escludono cioè pure deroghe migliorative alla norma legale[349].

Ebbene, nella materia che ci occupa, l'interesse generale appare evidente in ragione della natura pubblica del datore di lavoro: in altri termini, sono le finalità di cui all'art. 97 Cost. a venire in rilievo. Senza con questo - è il caso di precisarlo - alcun bisogno di scomodare la cd. funzionalizzazione del potere del datore di lavoro pubblico, perché qui l'interesse generale non è intrinseco al potere organizzativo, bensì rimane ad esso esterno, operando sul piano della scelta circa la fonte giuridica e della tecnica normativa utilizzate. D'altro canto - giova ripeterlo - la dinamica non è affatto estranea al lavoro privato.

---

[346] Soltanto per il primo periodo di applicazione i contratti prevedevano la tutela reintegratoria.

[347] In particolare si fa riferimento, come si sarà intuito, alla disciplina degli incarichi. Al riguardo è tuttora fondamentale la (discutibile) sentenza della Cassazione 20 marzo 2004, n. 5659 (in *DLM* con nota di Corpaci 2004 e Ales 2004), che, come si ricorderà, afferma la natura privatistica dell'atto di conferimento dell'incarico; da ultimo, nello stesso senso, Cass. 12 febbraio 2007, n. 3003 in *RIDL*, 2007, II, 634, con nota di Galardi 2007.

[348] Così Corte cost. 23 giugno 1988, n. 697, in *MGL*, 1988, 445.

[349] Cfr. Corte cost. 28 luglio 2000, n. 393, in *MGL.*, 2000, 955, e 23 aprile 1998, n. 143, in *LG*, 1998, 783; sottolineano inoltre l'inesistenza di un "conflitto tra attività sindacale e attività legislativa" finché non trova attuazione l'art. 39, seconda parte, Cost., tra le altre, Corte cost. 23 giugno 1988, n. 697, *cit.*; 30 luglio 1980, nn. 141 e 142, in Gcost., 1980, rispettivamente, 1164 e 1196; Corte cost. 9 luglio 1963, n. 120, in *DL*, 1963, II, 279. Più in generale, sulla giurisprudenza della Corte cost. in materia, cfr. Ricci M. 1999, p. 277 e ss.; in dottrina, per tutti, Mengoni 1985, 296; De Luca Tamajo 1979.

E allora - andando al sodo - se il legislatore, nel disciplinare i profili più rilevanti del rapporto di lavoro dirigenziale, interviene su delicati nodi di carattere istituzionale (come ha fatto, sia pur in modo circoscritto, con il recesso per responsabilità dirigenziale), definendo l'equilibrio tra "politica" e "amministrazione", i dubbi sulla legittimità dell'intervento della contrattazione collettiva, che altera tale equilibrio, diventano consistenti, a prescindere dalla direzione in cui lo alteri. L'argomentazione sistematica trova riscontro e sostegno nei dati letterali contenuti nell'art. 2, c. 2 (nella salvezza delle "diverse disposizioni") e 27 (nel riferimento ai "principi" della disciplina della dirigenza) del D.Lgs. n. 165/2001[350]. A meno che, naturalmente, non sia lo stesso legislatore a chiamare in causa la fonte negoziale: ipotesi oggi, come subito vedremo, divenuta realtà, ma improponibile all'epoca in cui le parti sociali misero mano ai primi contratti collettivi post-riforma.

Si potrebbe forse obiettare che il solo dato testuale che sorregge i suddetti dubbi sia il comma 12-*bis* dell'art. 19, sempre del D. Lgs. n. 165/2001, introdotto dalla L. n. 145/2002, in cui si prevede espressamente la "non derogabilità", da parte della contrattazione, delle norme legali; per l'esattezza, delle "disposizioni" in materia di "incarichi" contenute nel medesimo art. 19. Da questa previsione si potrebbero dedurre, quindi, precise delimitazioni all'inderogabilità della disciplina legale: vuoi temporali (escludendo il periodo precedente alla L. 145), vuoi oggettive (circoscrivendola alle disposizioni sugli incarichi). Ma sarebbe la classica argomentazione che prova troppo: non solo né tanto perché vorrebbe dire eliminare in radice ogni altra possibile restrizione alla contrattazione, quanto perché, in relazione al recesso, ci si imbatte nel "rinvio" al contratto collettivo di cui all'art. 21, introdotto già dal decreto n. 80/98, e rafforzato poi dalla stessa L. 145/2002, rinvio che (è opportuno ribadirlo, non copre un vuoto normativo e) in sostanza sarebbe, evidentemente, privo di significato se si attribuisse rilievo decisivo ed esclusivo al suddetto art. 19, c. 12-*bis*.

A ben pensarci, tra incarichi e responsabilità dirigenziale vi è una strettissima relazione, trattandosi di due profili del rapporto di lavoro del dirigente decisamente fondamentali sul piano (che abbiamo definito) *strutturale* e tra loro esplicitamente ed inscindibilmente collegati, giacché gli esiti patologici dei primi si traducono nella seconda, come si legge sempre nell'art. 21. E questo, con ogni probabilità, spiega e valorizza appieno le espresse (sia pur di diverso tenore) indicazioni legislative contenute nelle due norme in riferimento al ruolo della contrattazione collettiva.

## 8. Il successivo fondamentale rinvio alla contrattazione collettiva per la regolamentazione del licenziamento per responsabilità dirigenziale

Proprio il rinvio alla contrattazione collettiva, oggi, ha conquistato la scena. Ma procediamo ancora con ordine.

Dunque, sembrerebbe che non vi sia possibilità d'uscita: l'analisi conduce, per più di una ragione, a considerare in ogni caso illegittima la disciplina del licenziamento introdotta dalla contrattazione collettiva a metà circa degli anni '90, e rimasta immutata nei decenni successivi. Tuttavia, a riprova della preannunciata complessità della questione, la riflessione non può affatto ritenersi

[350] Diverso, e al di là dei confini di queste riflessioni, è ovviamente il discorso dell'autonomia normativa di alcune pubbliche amministrazioni in seguito alla riforma del titolo V della Costituzione (L. 18 ottobre 2001, n. 3).

conclusa.

Ritorniamo così alla novità introdotta nell'art. 21 dal decreto n. 80/98, in virtù della quale, nel caso di responsabilità dirigenziale, l'amministrazione "può … recedere dal rapporto di lavoro *secondo le disposizioni del contratto collettivo*"[351]: le classiche poche parole che hanno tutta l'aria di poter cambiare tanto.

Il legislatore, nel '98, apre le "porte" alla contrattazione collettiva nella regolamentazione del recesso per responsabilità dirigenziale. V'è più di un motivo per pensare che non si tratti di un ingresso in punta di piedi: il rinvio, per come è formulato, al di fuori dei limiti sostanziali e procedurali indicati nell'art. 21, sembra proprio riconoscere ampio "spazio" alla fonte negoziale. Sicché, per quanto qui interessa, nel totale silenzio del legislatore sul punto, non dovrebbero esservi ostacoli a riconoscere alla contrattazione la legittima competenza a definire *anche le conseguenze del licenziamento illegittimo* (Zoppoli A. 1999, p. 1183; nello stesso senso Tosi 2001, p. 72 e, da ultimo, Boscati 2007, p. 726)[352].

Questo è da ritenersi un importante risultato dell'analisi: dopo il decreto 80 del '98, la contrattazione collettiva è legittimata ad intervenire, con ampio raggio d'azione, nella disciplina del recesso per responsabilità dirigenziale, nell'ambito del contesto, procedurale e sostanziale, tracciato dal legislatore nell'art. 21.

Anzi, è quanto meno opportuno che la contrattazione dia seguito a questo rinvio allo scopo di portare, finalmente, nella disciplina del licenziamento del dirigente pubblico almeno più chiarezza e qualche certezza.

Anche a tal riguardo torna utile il piano di osservazione scelto per queste riflessioni. Le pronunce giurisprudenziali riportate sono una dimostrazione lampante di questa esigenza.

La Corte di Appello di Napoli giustappone libero recesso e rinvio alla contrattazione collettiva di cui all'art. 21, facendo confluire l'uno e l'altro nel "sistema complessivamente delineato", che, (sembrerebbe di capire) alla luce della concreta disciplina apprestata dalla contrattazione collettiva, assume "struttura causale", intendendo per tale la necessità di una "giustificazione". In questa affermazione, oltre all'ormai evidente e non marginale "equivoco" sulla sussistenza della libera recedibilità, vi è confusione su un altro aspetto basilare.

La Corte trascura del tutto quanto emerso molto chiaramente nelle pagine precedenti: la disciplina introdotta dalla contrattazione collettiva ha un'impostazione *radicalmente diversa* da quella dell'art. 21; non a caso è incentrata sulla nozione di "giustificatezza", ben distante dai presupposti causali della responsabilità dirigenziale. Il problema è che alla Corte sfugge completamente che la disciplina negoziale non si combina affatto con l'art. 21, con nessuno dei suoi profili, bensì ne *presuppone la netta e precisa distinzione logica*: come più volte detto, da un lato la libera recedibilità (che aprirebbe le porte alla contrattazione collettiva), dall'altro il recesso per responsabilità dirigenziale (cui l'amministrazione sarebbe obbligata in presenza dei relativi presupposti).

---

[351] Il corsivo è ovviamente mio.

[352] È quanto afferma anche Cass. n. 2233/2007, *cit.*, nonché Tribunale Piacenza 1 marzo 2007, in *ADL*, 2007, 702.

A chiarire le idee sullo specifico punto in esame non aiuta granché neppure la sentenza della Cassazione. La Suprema Corte esclude, sì, la libera recedibilità, ma, oltre a commettere lo stesso errore della Corte di Appello (riconducendo tranquillamente e genericamente l'attuale regolamentazione della contrattazione collettiva al rinvio di cui all'art. 21, c. 2), nega che nel contratto collettivo sia prevista una tutela risarcitoria (sic!)[353].

Stando al dibattito giurisprudenziale, la situazione sembra proprio assomigliare ad una sorta di "rompicapo". Se l'ultima affermazione della Cassazione è davvero difficile da comprendere, la ricostruzione seguita dalla Corte di Appello - e non smentita neanche dalla Suprema Corte -, nel ricondurre senza alcun presupposto l'intervento della contrattazione collettiva al rinvio legale di cui all'art. 21 del D. Lgs. 165/2001, stravolge del tutto il contenuto dei contratti collettivi. Si ricorderà, peraltro, che al caso sottoposto alla Corte di Appello trovava applicazione la formulazione dell'art. 21 priva del rinvio alla contrattazione collettiva in materia di responsabilità disciplinare: profilo che, come si dirà tra breve, potrebbe assumere invece rilievo ai fini del raccordo tra legge e contratto collettivo.

In verità il rapporto tra "legge" e "contratto collettivo" non risulta sufficientemente approfondito neppure in dottrina, dove peraltro non è infrequente la sovrapposizione dei due piani[354].

Difficile celare, allora, non stupore, ma una certa delusione nel prendere atto che i contratti collettivi, nell'ultimo decennio - nonostante la confusione normativa, per un verso, e, per altro verso, il ruolo importante ora espressamente riconosciuto dal legislatore - abbiano prodotto soltanto una futura e generica previsione di ritornare sulla disciplina del licenziamento[355]; impegno interessante essenzialmente perché lascia intuire la consapevolezza della necessità di un nuovo intervento.

Certo, riaprire il negoziato su una questione tanto delicata e dai tanti risvolti come quella del licenziamento non è facile. Ma questa osservazione, che già di per sé spiega ma non giustifica,

---

[353] Come già ricordato in precedenza, il contratto collettivo cui la Cassazione fa riferimento è quello del comparto Ministeri del 9 gennaio 1997, che, all'art. 30, prevede una tutela risarcitoria per il caso di licenziamento non giustificato. Verrebbe da pensare che la Corte, menzionando il "recesso privo di giusta causa e giustificato motivo", non intenda far riferimento alla disciplina contrattuale incentrata sulla nozione di "giustificatezza"; ma il raffronto con i "contratti collettivi dei dirigenti industriali", che - come la stessa Corte osserva - tale nozione considerano, esclude un'ipotesi del genere.

[354] Cfr. ad esempio Boscati (2007, 726), che, argomentando da una presunta differenza tra dirigenza pubblica e dirigenza privata in relazione al potere disciplinare (al riguardo v. tra l'altro la nota 36), riconduce la nozione contrattuale di "giustificatezza" (per quanto prima detto, chiaramente mutuata dall'esperienza privatistica) a quella di giustificato motivo soggettivo di cui all'art. 3 della L. 604/1966 (sulla pacifica differenza tra le due nozioni v., tra le tante, Cass. 20 dicembre 2006, n. 27197, in *RFI*, 2006, voce Lavoro (rapporto), n. 1412; Cass. 15 aprile 2005, n. 7838, in *MGL*, 2005, 839; Cass. 13 gennaio 2005, n. 483, in *NGL*, 2005, 545; Cass. 17 gennaio 2005, n. 775, in *LG*, 2005, 949; Cass. 19 agosto 2004, n. 16263, in *RFI* 2004, voce Lavoro (rapporto), n. 1586; in dottrina, da ultimo, Lunardon - Santini 2007, 274); o che, al recesso per responsabilità di risultato viziato sul piano sostanziale, ritiene applicabile la tutela risarcitoria prevista dai contratti collettivi per il licenziamento "ingiustificato" (p. 735; nello stesso senso Lanotte 2007, 163). Riconosce posizione preminente alla contrattazione collettiva e legittimità della relativa tutela risarcitoria, distinguendo però i due tipi di recesso e negando la libera recedibilità, Garilli 2007, 315 e ss. Alla stessa conclusione giunge Mainardi (2005, 271), partendo dalla diversa premessa della sussistenza della libera recedibilità. In giurisprudenza, è particolarmente interessante, per i vari profili qui trattati, pure la sentenza del Tribunale di Piacenza dell'1 marzo 2007, *cit.*, che, nel giudicare sul licenziamento di un dirigente sanitario, dopo aver anch'essa interpretato in senso ampio (comprensivo, cioè, degli "effetti" del recesso illegittimo) il rinvio di cui all'art. 21 e ripreso il passo della sentenza della Cassazione prima sottolineato - dove la Suprema Corte rileva erroneamente l'assenza di una tutela risarcitoria nel contratto collettivo del comparto Ministeri (concernente il caso ad essa sottoposto) -, applica la tutela risarcitoria rinvenuta nel Ccnl della Sanità per il licenziamento ingiustificato.

[355] Cfr. art. 41 c. 8, c.c.n.l. 21 aprile 2006, Area I; dichiarazione congiunta n. 5, c.c.n.l. 1 agosto 2006, Area VI.

perde vieppiù senso dinanzi alle conclusioni cui le pagine precedenti conducono: cioè, prima, dinanzi ai fortissimi dubbi sulla legittimità della disciplina dei contratti collettivi concernente il recesso "ingiustificato" e, in particolare, della relativa tutela obbligatoria; poi, dinanzi allo stato di "confusione" presente nel dibattito.

## 9. … e per la regolamentazione del licenziamento disciplinare: senza attendere, inerti, *Godot*?

Insomma, se questa è la situazione, non v'è certo da essere troppo soddisfatti.

L'attesa di un nuovo intervento normativo, contrattuale o (anzitutto) legislativo (che potrebbe far più generale chiarezza), ha inevitabilmente un prezzo. E allora, ripensando alle pagine beckettiane, attratti e intimoriti dall'attesa di *Godot*, potrebbe essere il caso di non restare inerti; beninteso, senza l'intenzione di supplire, quanto, piuttosto, stimolati, tecnicamente, anzitutto dall'art. 1367 c.c.

Come detto nel paragrafo precedente, non sembra dubbio che il rinvio contenuto nell'art. 21 c. 2, attribuisca alla contrattazione collettiva un ruolo davvero prioritario nella disciplina del licenziamento per responsabilità dirigenziale, che può spingersi finanche a prevederne il tipo di tutela.

Allargando l'analisi, v'è da tener presente che, come si sa, la contrattazione collettiva ha tradizionalmente prerogative importanti pure nella regolamentazione del potere disciplinare del datore di lavoro, cui va pacificamente ricondotto il licenziamento per motivi soggettivi. E il D. Lgs. n. 165 del 2001 si pone, ovviamente, nel solco della tradizione: non soltanto nella norma di carattere generale (art. 55 c. 3)[356], ma, ancor prima, nello stesso art. 21, che - come novellato dalla L. n. 145/2002 -, nell'ambito della responsabilità di risultato fa salva l' "eventuale responsabilità disciplinare *secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo*"[357].

Il tema ci porta direttamente a un altro interessante e non semplice problema di carattere generale del rapporto di lavoro dirigenziale, e cioè alla sua compatibilità con il potere disciplinare del datore di lavoro[358]. Limitandosi, anche in questo caso, agli aspetti più rilevanti, sul punto vanno fatte, anzitutto, tre osservazioni. In primo luogo, la modifica apportata all'art. 21 rafforza l'opinione secondo la quale la responsabilità dirigenziale è specifica e aggiuntiva rispetto a quelle proprie del lavoratore pubblico[359]. In secondo luogo, anche per il dirigente esiste, secondo i principi

---

[356] Che attribuisce ai contratti collettivi la definizione "delle infrazioni e delle relative sanzioni".

[357] Mio il corsivo.

[358] Di recente, le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza 30 marzo 2007, n. 7880 (in *LPA*, 2007, 541) hanno rivisto il loro precedente orientamento, pronunciandosi, in riferimento alla dirigenza privata, a favore della applicazione dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori. Merita di essere sottolineato che le Sezioni Unite motivano la nuova posizione in ragione della tutela del fondamentale diritto di difesa, inerente alla "persona" del lavoratore: come tale meritevole di protezione a prescindere dalle caratteristiche del rapporto di lavoro, e, per il dirigente, vieppiù da considerare per il profilo decisamente centrale della sua singolare posizione nel mercato del lavoro, che la Corte, assai opportunamente, sottolinea più volte, sì da farne un tratto distintivo della decisione.

[359] In tal senso, v., per tutti, Boscati 2007, 719; Lanotte 2007, 160; Mainardi 2002, 1079; Tosi 2001, 73; Rusciano 1998, 390; Dell'Olio 1995, 14; Torchia 1995, 948; *contra* Tullini 2000, 610. In giurisprudenza, sostengono, da ultimo, la tesi qui accolta Cass. 20 febbraio 2007, n. 3929, e Corte di Appello di Firenze, 31 gennaio 2006, entrambe in *UnicoLavoro*. Tesi che non risulta indebolita dal riferimento alla "imputabilità" dell'inosservanza delle direttive e (sembrerebbe) del mancato raggiungimento degli obiettivi, introdotto nell'art. 21 dalla L. n. 145/2002, riferimento che è evidentemente da intendersi in senso *astratto* o, se si preferisce, di *verosimiglianza:* ciò che è da valutare, in altre parole, non è il "come" il dirigente abbia operato (ossia il comportamento soggettivo), ma, più semplicemente

generali del contratto, una responsabilità per inadempimento contrattuale, da cui può scaturire un licenziamento per motivi soggettivi, ossia ontologicamente disciplinare[360]. In terzo luogo, è indiscutibile la legittimità dell'intervento della contrattazione collettiva anche nella regolamentazione di questo tipo di licenziamento.

Sin qui, non dovrebbero esservi dubbi. Il discorso potrebbe complicarsi andando oltre; ma, si spera, non troppo. Comunque, come si diceva, aspettando *Godot* …

Il punto che va approfondito riguarda la terza osservazione appena fatta, e, precisamente, lo "spazio" riconosciuto alla contrattazione collettiva per la disciplina del licenziamento "disciplinare" del dirigente pubblico.

Sulla differenza, tra "pubblico" e "privato", del quadro normativo in materia di recesso dell'amministrazione non credo vi sia da aggiungere altro. Per converso, sulla base di queste differenze, si può arrivare ad ampliare il ruolo della contrattazione collettiva anche nella regolamentazione del licenziamento disciplinare. In particolare, nella normativa sul licenziamento del dirigente pubblico abbiamo visto che assume deciso rilievo, da un lato, l'inderogabilità bilaterale della norma di legge, dall'altro, il rinvio alla contrattazione collettiva: da questo punto di vista il rinvio in materia di responsabilità dirigenziale contenuto nell'art. 21 è centrale ed eloquente. E, a ben vedere, anche il rinvio ulteriore e specifico (rispetto a quello generale di cui all'art. 55, c. 3) previsto per la responsabilità disciplinare dallo stesso art. 21 potrebbe assumere una precisa valenza: nel senso che potrebbe risultare semplicemente conforme alla lettera di tale articolo, nonché coerente sul piano sistematico, sostenere un'identica competenza per la contrattazione collettiva nella regolamentazione del licenziamento tanto disciplinare quanto da responsabilità di risultato, sì da includervi, pure per il primo, la possibilità di contemplare (non solo infrazioni e sanzioni, ma anche) il tipo di tutela. Una diversa conclusione risulterebbe, infatti, irrazionale, e fondata soltanto sulla diversità dei presupposti dei due recessi, ai quali, però, non sembra esservi motivo per collegare differenze di regime.

Dunque, il percorso proposto giungerebbe a questa conclusione: il legislatore ha attribuito alla contrattazione collettiva *un ruolo indiscutibilmente centrale nella disciplina di qualsiasi tipo di licenziamento del dirigente*. Ciò vuol dire evidentemente molto, eppure non è ancora sufficiente per mettere ordine nei contratti collettivi che abbiamo dinanzi: occorre un ulteriore passo, con ogni probabilità, il più faticoso.

Il fatto è che la contrattazione collettiva, come ampiamente rilevato in precedenza, ha assunto un ruolo centrale di propria iniziativa e da tempo, ben prima che il legislatore lo riconoscesse: quindi, senza tener conto delle indicazioni normative. Anzi, secondo la (non condivisibile) tesi della necessaria distinzione tra libero recesso e recesso per responsabilità dirigenziale, sulla base di un presunto sostanziale "vuoto" normativo, che, invece, risulta "inesistente".

---

e ancor prima, il "se" vi fossero i presupposti per operare (le condizioni oggettive), come, ad esempio, l'"autonomia" della struttura diretta o l'adeguatezza delle effettive risorse a disposizione.

[360] Prescindendo (sulla scorta anche dell'approccio seguito da ultimo dalla già richiamata pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 7880/2007) dal chiedersi se, per il dirigente, il potere disciplinare sia davvero da intendere in senso proprio: caratterizzato, cioè, da un ventaglio di sanzioni, funzionale all'esercizio del multiforme potere gestionale-organizzativo dell'imprenditore.

Ora, ricondurre quanto realizzato dalle parti sociali alle indicazioni del legislatore potrebbe non essere operazione facile. Per intendersi: il licenziamento incentrato sulla nozione di "giustificatezza" è mutuato dall'esperienza del "privato" e, di sicuro, non nasce nell'ambito della responsabilità disciplinare[361]. Così pure, la già richiamata norma che configura l'annullamento della procedura di accertamento della responsabilità dirigenziale come "condizione risolutiva" del relativo recesso appare riduttiva considerando le caratteristiche dell'ampio rinvio contenuto nell'art. 21 del D. Lgs. 165.

Vero è che si potrebbe osservare, in merito al primo punto, che il licenziamento introdotto dai contratti collettivi è stato configurato, dagli stessi contratti, come un "addebito"[362], sì da poter essere ricondotto in ogni caso ad un piano soggettivo. E, in relazione al secondo punto, che non sarebbe da escludere l'interpretazione in senso estensivo del riferimento della menzionata norma contrattuale all'annullamento delle "procedure di accertamento" della responsabilità dirigenziale, includendovi, ad esempio, anche i relativi presupposti sostanziali.

Comunque, è inutile dilungarsi. Le differenze tra l'attuale contesto normativo e quello in cui si è mossa la contrattazione collettiva sembrano sensibili. Lo sforzo di razionalizzazione teorico-sistematico qui proposta conduce alla necessità di un nuovo intervento normativo. Per procedere ad un'immediata razionalizzazione, ossia per mettere un certo "ordine" nell'attuale quadro normativo (legale e contrattuale collettivo), occorre uno sforzo probabilmente maggiore.

Non volendo incrociare le braccia e rimettere tutto all'enigmatica attesa di *Godot*, di più non pare possibile prospettare.

## Bibliografia

ALES E. (2004), *L'incerta qualificazione del provvedimento di conferimento o revoca degli incarichi dirigenziali*, in *DLM*, p. 337

ALES E. (2007), *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Torino: Utet.

ALVARO F. (2006), *La dirigenza statale. Inquadramento e responsabilità*, Roma: Società Editrice Universo.

ANGIELLO L. (2001), *La valutazione dei dirigenti pubblici*, Milano: Giuffrè.

---

[361] Se vi fosse bisogno, basterebbe ricordare: nel "privato", l'orientamento che nega l'esistenza del potere disciplinare del rapporto di lavoro del dirigente, per più di un decennio sostenuto anche dalle Sezioni Unite della Cassazione (sent. 29 maggio 1995, n. 6041, in *GC*, I, 1749, con nota di Pera 1995), privo di qualsiasi tipo di riflesso - anche nel solo dibattito - sulla disciplina contrattuale collettiva del licenziamento (d'altronde, sulla differenza tra la nozione contrattuale di "giustificatezza" e la nozione di giustificato motivo soggettivo di cui all'art. 3 della L. n. 604/1966 v. la precedente nota 32); nel "pubblico", l'assenza di regolamentazione del potere disciplinare da parte dei contratti collettivi, che non ha ovviamente impedito di introdurre la normativa del licenziamento in parola (eloquente, al riguardo, è quanto affermato dalla più volte ricordata sentenza della Corte di Appello di Napoli del dicembre 2004, che considera la "proceduralizzazione" introdotta dal contratto collettivo un trattamento di miglior favore per il dirigente proprio in ragione dell'inesistenza del potere disciplinare).

[362] Cfr., da ultimo, per l'Area I, l'art. 41, c. 3, c.c.n.l. 21 aprile 2006; per l'Area II, l'art. 27, c. 3, c.c.n.l. Regioni-Autonomie locali 10 aprile 1996; per l' Area III, art. 35, c. 3, c.c.n.l. 5 dicembre 1996; per l'Area IV, l'art. 36, c. 3, c.c.n.l. 5 dicembre 1996; per l'Area V, l' art. 30, c. 3, c.c.n.l. 11 aprile 2006; per l'Area VI, l'art. 41, c. 3, c.c.n.l. 1 agosto 2006; per l'Area VII, l'art. 28, c. 3, c.c.n.l. del 3 dicembre 1996; per l'Area VIII, l'art. 41, c. 3, c.c.n.l. 13 aprile 2006.

BOGHETICH E. (2006), *Onere della prova dei requisiti dimensionali dell'azienda: "esigenze di giustizia" inducono le Sezioni Unite della Cassazione ad avallare l'orientamento esegetico minoritario*, in *MGL*, p. 499.

BOSCATI A. (2006), *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Milano: Giuffrè.

BOSCATI A. 2007, *Disciplina speciale del rapporto di lavoro del dirigente pubblico e tutela applicabile nel caso di illegittimo recesso dell'amministrazione*, in *LPA*, p. 703.

CARINCI F. (1998), *La dirigenza nella seconda fase della privatizzazione: la legge delega n. 59/1997 e i decreti legislativi nn. 396/1997 ed 80/1998*, in CARINCI F.-D'ORTA C. (diretto da) (1998), *Il lavoro alle dipendenze*, cit., p. XVII.

CARINCI F.-D'ORTA C. (diretto da) (1998), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazione pubbliche. I contratti collettivi per le aree dirigenziali. Commentario*, Milano: Giuffrè.

CARINCI F.-MAINARDI (2005), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Milano: Giuffrè.

CARLASSARE L. (1974), *Amministrazione e potere politico*, Padova: Cedam.

CASSESE S. (2007), *L'ideale di una buona amministrazione. Il principio del merito e la stabilità degli impiegati*, Napoli: Editoriale Scientifica.

CERBO P. (2007), *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova: Cedam.

COLAPIETRO C. (1990), *Dirigenti pubblici*, in *DDpubb*, V, Torino: Utet.

CORPACI A. (2004), *Su natura e regime giuridico degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali nel settore pubblico*, in *DLM*, p. 374.

CORPACI A.-ORSI BATTAGLINI A. (1999), *Art. 4, I,* in CORPACI A.-RUSCIANO M.-ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (D.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni e integrazioni)*, in *NLCC*, p. 1096.

D'ALBERTI M. (a cura di), *La dirigenza pubblica*, Bologna: il Mulino.

D'ALESSIO G., *La "privatizzazione" dei dirigenti generali*, in CARINCI F-D'ORTA C. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze*, cit., p. 73.

DELL'OLIO M. (1995), *Amministrazioni pubbliche e diritto privato del lavoro: linee e problemi della riforma, senso della ricerca*, in *QDLRI*, 16, p. 14.

DELLA ROCCA G. (2007), *Le politiche di valutazione di confronto tra Regno Unito ed Italia*, in *Aran newsletter*, p.16.

DE LUCA TAMAJO R. (1979), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli: Jovene.

GAGLIARDUCCI F. (2007), *L'apparenza della (ri)forma del sistema dei controlli interni*, in MERLONI F., PIOGGIA A., SEGATORI R. (a cura di) (2007), *L'amministrazione sta cambiando*, cit., p. 171.

GALARDI R. (2007), *A che punto siamo con la privatizzazione della dirigenza pubblica?*, in *RIDL*, II, 634.

GARILLI A. (2007), *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in *RGL*, p. 301.

GIANNINI M.S. (1970), *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano: Giuffrè.

LANOTTE M. (2003), *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Torino: Giappichelli, 2003.

LANOTTE M. (2007), *Interpretazioni (e innovazioni) giurisprudenziali sul licenziamento del dirigente pubblico*, in *DLM*, p.151.

LUNARDON F. – SANTINI F. (2007), in CARINCI F. (diretto da), *I licenziamenti individuali. Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in MISCIONE M. (a cura di), *Diritto del lavoro. Commentario*, III, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, Torino: Utet, p. 231.

MAINARDI S. (2002), *La responsabilità dirigenziale e il ruolo del Comitato dei Garanti*, in *LPA*, p. 1079.

MAINARDI S. (2005), *Dirigenza Area I. L'estinzione del rapporto*, in CARINCI F.-MAINARDI S. (2005), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni,* cit., p. 268.

MENGONI L. (1985), *Legge e autonomia collettiva*, in MENGONI L., *Diritto e valori*, Bologna: il Mulino.

MERLONI F. (1997), *Amministrazione "neutrale" e amministrazione imparziale*, in *DP*, 2, p. 340.

MERLONI F. (2006), *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna: il Mulino.

MERLONI F., PIOGGIA A., SEGATORI R. (a cura di) (2007), *L'amministrazione sta cambiando. Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Milano: Giuffrè.

NICOSIA G. (2000), *La dirigenza sanitaria tra regime generale e regime speciale (nota a Tribunale di Rieti, ordinanza 14 luglio 1999)*, in *LPA*, p. 122.

PASTORI G.-SGROI M. (2001), *Dirigenti pubblici*, in *ED*, Agg., V, Giuffré: Milano.

PERA G. (1995), *Non esiste il licenziamento disciplinare del dirigente*, in *GC*, I, p. 1749.

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

RUSCIANO M. (1978), *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna: il Mulino.

RUSCIANO M. (1998), *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità "di risultato" del dirigente pubblico*, in *RTDPC*, p. 390.

SALMINI D., *I primi contratti della dirigenza pubblica. Scelte contrattuali e nodi problematici*, in CARINCI F-D'ORTA C. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze*, cit., p. 33.

SGROI M. (2006), *Dalla contrattualizzazione dell'impiego all'organizzazione privatistica dei pubblici uffici*, Torino: Giappichelli.

SGROI M. (2007), *Dirigenti pubblici e tutela reale* ex *art. 18 Stat. lav. in caso di licenziamento illegittimo*, in *LPA*, 2007, p. 525.

SORDI P. (2001), *Il licenziamento del dipendente pubblico: il quadro legale*, in *LPA*, p. 300.

TALAMO V. (2007), *Per una dirigenza pubblica riformata*, in DELL'ARINGA C. - DELLA ROCCA G. (a cura di), *Pubblici dipendenti. Una nuova riforma?* Soveria Mannelli: Rubbettino, p. 119.

TORCHIA L. (1995), *La responsabilità dirigenziale*, in *GDA*, 853.

TOSI P. (1974), *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, Milano: F. Angeli.

TOSI P. (2001), *Dirigenze pubbliche e private*, in *ADL*, p. 59.

TULLINI P. (2000), *La responsabilità del dirigente pubblico (una lettura in chiave giuslavorista)*, in *ADL*, p. 610.

ZOPPOLI A. (1993), *La dirigenza nel pubblico impiego "privatizzato"*, in RUSCIANO-ZOPPOLI L. (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino: Giappichelli, p. 61.

ZOPPOLI A. (1999), *Art. 21*, in CORPACI A.-RUSCIANO M.-ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione,* cit.*,* p. 1176.

ZOPPOLI A. (2000), *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli: ESI.

ZOPPOLI L. (2003), *La reintegrazione del dirigente pubblico tra "capriccio degli organi politici" e "giurisprudenza creativa"*, in *DLM*, p. 505.

# Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*

Stefano Giubboni

1. Premessa. 120

2. Il licenziamento del lavoratore divenuto disabile nel corso del rapporto per infortunio sul lavoro o malattia. 121

3. Il licenziamento del lavorate assunto come disabile a seguito di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni della organizzazione del lavoro. 126

4. I limiti al licenziamento collettivo ed a quello per giustificato motivo oggettivo. 129

5. La funzione di chiusura della tutela antidiscriminatoria. 131

6. Conclusione. 136

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 67/2008

## 1. Premessa.

Nella costruzione della tutela del lavoratore disabile contro il licenziamento confluiscono, oggi, due nuclei normativi caratterizzati da funzioni e presupposti discretamente diversi, che tuttavia convergono integrandosi e completandosi – non senza momenti di sovrapposizione (e di possibile tensione) – l'uno con l'altro.

Il primo e fondamentale nucleo protettivo va individuato nella speciale disciplina di garanzia del diritto al lavoro dei prestatori disabili, così come radicalmente rivisitata – anche con riguardo al tema del licenziamento – dalla legge n. 68 del 1999. A tale primo nucleo – saldamente centrato su norme inderogabili di tutela differenziata o rafforzata del lavoratore disabile, anche con riguardo alle vicende estintive del rapporto di lavoro – si è più di recente affiancata la disciplina che dà attuazione, nel nostro ordinamento, alla direttiva 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, estendendo anche alle situazioni di disabilità (o di *handicap*, come si esprime l'art. 1 del D. Lgs. n. 216 del 2003) la tecnica di tutela antidiscriminatoria[363].

I due nuclei normativi, con le correlative tecniche di tutela, muovono da presupposti differenti e realizzano funzioni corrispondentemente diverse, nella misura in cui il primo è essenzialmente costruito – secondo il modello della "norma inderogabile garante della parità nel contratto"[364], e quindi dell'eguaglianza nella sua proiezione verticale – sulla fissazione di limiti sostanziali (per quanto qui interessa, anche) al potere di recesso del datore di lavoro, mentre il secondo si preoccupa di garantire la piena eguaglianza del lavoratore disabile nella sua dimensione orizzontale e dunque in una prevalente logica di giustizia distributiva[365]. Diversi nei loro presupposti, i due nuclei normativi concorrono, tuttavia, a disegnare, nell'ambito della disciplina generale sui licenziamenti, un quadro integrato e rafforzato di garanzie, nel quale la normativa antidiscriminatoria assolve ad una essenziale funzione di chiusura del sistema di tutela contro il licenziamento del lavoratore disabile.

Di seguito – e con la brevità imposta dall'occasione – si darà dunque conto dei presupposti di operatività dei due diversi nuclei normativi che compongono il sistema di tutela del lavoratore disabile contro il licenziamento, partendo da quello ridisegnato dalla legge n. 68 del 1999 ed avendo peraltro cura di istituire – nella lettura delle relative norme – i necessari momenti di raccordo con le disposizioni della direttiva 2000/78/CE e del D. Lgs. n. 216 del 2003 che ha dato ad

---

[363] Tecnica che la legge n. 67 del 2006 ha, come noto, ulteriormente esteso, nel suo ambito di applicazione, oltre la sfera dell'accesso all'occupazione e delle condizioni di lavoro, già coperta dal D. Lgs. n. 216 del 2003, al fine di promuovere la compiuta attuazione del principio di parità di trattamento e di pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità e di garantire alle stesse il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali. Per un commento alla legge v. R. BELLI, *La non discriminazione dei disabili e la legge n. 67 del 2006*, con prefazione di M. R. SAULLE, Milano, 2007, nonché – con condivisibili accenti critici – L. MAGRO, *La tutela giudiziaria per i disabili vittime di discriminazioni nella legge n. 67 del 2006: mera proclamazione o concreta opportunità?*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2006, pag. 496 e segg.

[364] P. CHIECO, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in ID. (a cura di), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Bari, 2002, pag. 47 e segg., qui pag. 49.

[365] Cfr. M. BARBERA, *Introduzione – Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in EAD. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, pag. XL, nonché, prima, della stessa autrice, *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, in P. CHIECO (a cura di), *Eguaglianza e libertà*, cit., pag. 29 e segg., spec. pag. 39.

essa attuazione nell'ordinamento nazionale[366].

## 2. Il licenziamento del lavoratore divenuto disabile nel corso del rapporto per infortunio sul lavoro o malattia.

La legge n. 68 del 1999 ha – come noto – innovato in profondità anche la disciplina in tema di licenziamento del lavoratore disabile, dettando peraltro disposizioni di non agevole lettura e coordinamento[367].

Nell'impianto della legge, la prima norma a venire in rilievo in materia è l'art. 1, co. 7, alla stregua del quale i datori di lavoro, pubblici e privati, sono tenuti a garantire la conservazione del posto a quei soggetti che, non essendo disabili al momento della assunzione, abbiano acquisito eventuali disabilità per infortunio sul lavoro o malattia professionale.

Considerata isolatamente nella sua rigorosa portata letterale, la norma sembrerebbe introdurre – come da taluno suggerito – un incondizionato principio di stabilità/conservazione del posto in favore del lavoratore che, assunto in via ordinaria, sia divenuto disabile (nel senso proprio della legge)[368] in conseguenza di infortunio sul lavoro o malattia professionale, a prescindere dalla imputabilità al datore di lavoro dell'evento invalidante. In questo senso, il principio della necessaria conservazione del posto di lavoro sarebbe "destinato ad operare senza alcun temperamento per le malattie professionali e per gli infortuni avvenuti in occasione di lavoro"[369], mentre solo per quelle comuni, o per gli eventi infortunistici non occasionati dal lavoro[370], opererebbero le limitazioni poste al medesimo principio dall'art. 4, co. 4, della legge.

L'art. 1, co. 7, detterebbe così un precetto autonomo, e speciale, rispetto a quello contenuto – con riguardo ad ogni ipotesi di sopravvenuta inabilità per infortunio o malattia, anche non professionale – dall'art. 4, co. 4. In quest'ottica, nel coordinamento tra le due norme la prima dovrebbe avere la prevalenza sulla seconda, assolutizzando la tutela del lavoratore divenuto disabile in corso di rapporto per infortunio sul lavoro o tecnopatia con tutta la forza – apparentemente incondizionata – del principio della conservazione piena e, appunto, "senza temperamenti" del

---

366 Esercizio di raccordo, questo, a quanto consta ancora poco praticato in dottrina, dove prevale la tendenza a proporre una lettura del tutto separata dei due nuclei normativi, che pur muovendo da una giusta sottolineatura della diversità di presupposti e funzioni degli stessi, rischia, tuttavia, di lasciare in ombra i punti di comunicazione e contatto o, come si è suggerito, di "integrazione" dei due sottosistemi di tutela del lavoratore disabile. Offrono un esempio autorevole di tale prevalente atteggiamento della dottrina M. BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in EAD. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., pag. 77 e segg., e P. LAMBERTUCCI, *Le discipline speciali in materia di collocamento dei disabili e di lavoro dei cittadini extracomunitari*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Milano, 2006, pag. 413 e segg.

367 Ed oggetto, non a caso, di assai diverse ricostruzioni: cfr. in particolare, tra i primi commenti della legge, S. CENTOFANTI, *"Conservazione del posto" per i lavoratori diventati disabili per infortunio o malattia professionale durante il rapporto di lavoro*, in *Dir. Lav. Marche*, 1999, pag. 203 e segg.; ID., *Il licenziamento dei lavoratori divenuti inabili durante il rapporto di lavoro*, in M. CINELLI, P. SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili. Commentario alla legge n. 68 del 1999*, Torino, 2000, pag. 179 e segg.; S. GIUBBONI, *Il licenziamento del prestatore disabile dopo la legge n. 68/1999*, in *Rass. Giur. Umbra*, 2000, pag. 291 e segg.

368 Ed abbia dunque sviluppato un grado d'invalidità pari o superiore al 33 per cento: v. la circolare n. 41 del 2000 del Ministero del Lavoro e, in dottrina, L. TOSATO, *Il lavoro dei disabili*, Milano, 2000, pag. 27.

369 E. PASQUALETTO, *La nuova legge sul collocamento obbligatorio dei disabili: prime osservazioni*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 22 del 1999, pag. 93 e segg., qui pag. 102.

370 È appena il caso di rammentare che anche quelli avvenuti *in itinere ex* art. 2, D. P. R. n. 1124 del 1965 (come novellato dall'art. 12, D. Lgs. n. 38 del 2000) sono, in senso proprio, infortuni sul lavoro.

posto.

Si tratta di una lettura che non convince, non solo e non tanto perché inverte il rapporto tra le due disposizioni in rilievo, laddove sembra evidente che è l'art. 4, co. 4, a specificare il contenuto concreto del principio di conservazione del posto in caso di sopravventa invalidità da infortunio o malattia (professionale o no), di cui all'art. 1, co. 7, ma soprattutto perché eleva il livello di tutela oltre ogni limite di ragionevolezza e senza adeguata giustificazione[371]. La giustificazione di un limite così forte (assoluto, appunto) al potere di recesso del datore non può, infatti, essere rintracciata nella natura professionale dell'evento invalidante, visto che l'infortunio sul lavoro può benissimo dipendere dalla condotta colposa del lavoratore in assenza di imputabilità dello stesso alla responsabilità del datore di lavoro[372]. Né una compressione così penetrante delle prerogative datoriali sembra ragionevole sul piano del bilanciamento tra valori e principi costituzionali[373].

Deve piuttosto ammettersi come un siffatto bilanciamento, secondo quanto si argomenterà meglio tra breve, venga realizzato proprio dalla regola posta dall'art. 4, co. 4, della legge n. 68 del 1999, alla quale non può, dunque, non essere attribuito il significato di specificare e delimitare il contenuto dell'enunciato normativo di cui all'art. 1, co. 7, in una logica di equo contemperamento degli interessi coinvolti.

Al medesimo risultato interpretativo sospinge, del resto, lo stesso criterio generale con il quale la direttiva 2000/78/CE, sul punto colpevolmente disattesa dal D. Lgs. n. 216 del 2003[374], qualifica il divieto di discriminazione a danno dei lavoratori disabili, imponendo al datore di lavoro l'obbligo positivo della adozione di "soluzioni ragionevoli" (art. 5) al fine di adattare l'ambiente di lavoro alle esigenze del prestatore affetto da disabilità originaria o sopravvenuta. Seppure operante su

---

371 Cfr. in tal senso, tra gli altri, A. VALLEBONA, *La nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, pag. 476 e segg., spec. pag. 480; A. TURSI, *La nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, I, pag. 727 e segg., che ritiene giustamente inaccoglibile un'interpretazione che, "imponendo la conservazione del posto – evidentemente oltre la scadenza del periodo di comporto –, anche in caso di inabilità sopravvenuta non riconducibile a inadempimenti datoriali di obblighi di sicurezza, appare soluzione eccessiva anche rispetto al pur condivisibile orientamento giurisprudenziale che esclude la legittimità del licenziamento intimato per superamento del periodo di comporto, ove il datore di lavoro si sia reso responsabile dell'infermità a seguito dell'inosservanza della normativa prevenzionistica; e, in definitiva, appare soluzione di dubbia costituzionalità" (pag. 751).

372 V. S. CENTOFANTI, *Il licenziamento*, cit., pag. 189. Una responsabilità del datore di lavoro è del resto normalmente assente negli infortuni *in itinere* (*supra*, nota 8).

373 Per una complessiva rilettura della disciplina in materia di licenziamenti alla luce del bilanciamento tra valori costituzionali è d'obbligo, ora, il rinvio a L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, relazione alle Giornate di studio dell'AIDLASS su "Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro", Venezia, 25-26 maggio 2007. Con riferimento alla specifica questione, l'autore propone peraltro (a pag. 34 del dattiloscritto) un'interpretazione originale dell'art. 1, co. 7, della legge n. 68 del 1999, alla cui stregua la disposizione non regolerebbe, "a differenza dell'art. 4 della stessa legge, un'ipotesi di impedimento definitivo […]", ma la "diversa evenienza di quando le mansioni svolte dal lavoratore possono essere conservate nonostante la sopraggiunta disabilità (che non rendono il lavoratore computabile nella quota d'obbligo)", onde sarebbe questa diversa interpretazione a evitare l'incostituzionalità della disposizione. Ma è da preferire la più lineare e plausibile lettura che si sta per proporre nel testo, la quale – rifiutando la tesi dell'obbligo incondizionato di conservazione del posto, in quanto incostituzionale – rimette concretamente alla previsione dell'art. 4, co. 4, il ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco.

374 Cfr. la dura critica di M. BARBERA, *Le discriminazioni*, cit., pag. 81, che parla, giustamente, di "colpevole manomissione della nozione comunitaria di discriminazione", giungendo, peraltro, altrettanto condivisibilmente, a recuperare la valenza precettiva della regola di cui all'art. 5, par. 2, della direttiva attraverso l'obbligo della interpretazione conforme, che è nella specie senz'altro praticabile (v. *amplius infra*, al § 5).

di un piano diverso, quale è quello della determinazione della nozione di discriminazione[375], anche tale criterio – come si avrà modo di dire meglio più avanti – appare in definitiva improntato alla esigenza di fissare un ragionevole limite all'obbligo di cooperazione del datore di lavoro, che, anche in sede di giustificazione del recesso dal rapporto di lavoro col dipendente divenuto disabile, in tanto sarà tenuto all'adozione della misura di adattamento in quanto questa non comporti un onere sproporzionato. E non c'è dubbio che nel caso in cui si attribuisse all'art. 1, co. 7, della legge n. 68 del 1999 il significato di imporre un obbligo incondizionato di conservazione del posto ad un lavoratore che sia, in ipotesi, diventato del tutto inutilizzabile nell'organizzazione aziendale, sia pure in mansioni diverse da quelle originarie, si arriverebbe – nella stessa ottica del legislatore europeo – ad un tale (irragionevole) esito.

D'altra parte, è ancora la direttiva comunitaria a ribadire – fatto salvo l'obbligo di prevedere misure appropriate per i disabili – che dalla stessa non deriva, tra gli altri, l'obbligo al mantenimento dell'occupazione in favore "di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione" (così il diciassettesimo *considerando*).

Si deve pertanto ritenere, come già prospettato in altra occasione[376], che l'art. 4, co. 4, contenga – ed esaurisca – il "profilo applicativo"[377] della regola posta dall'art. 1, co. 7, nel senso che l'obbligo della conservazione del posto del lavoratore divenuto disabile per infortunio o malattia (anche di origine professionale) si arresta laddove non sia possibile adibire il prestatore a mansioni equivalenti o, in mancanza, inferiori (comunque con diritto al mantenimento del trattamento retributivo) nell'ambito della esistente organizzazione aziendale, con rigoroso onere della prova sugli stringenti presupposti di legittimità del licenziamento in capo al datore di lavoro secondo i comuni principi[378].

Con il combinato disposto degli artt. 1, co. 7, e 4, co. 4, il legislatore ha invero codificato e perfezionato i risultati già acquisiti dalla giurisprudenza di legittimità, nel vigore della legge n. 482 del 1968, con la nota sentenza n. 7755 del 1998 delle Sezioni Unite[379]; risultati che si sono compiutamente stabilizzati in questi anni, con riguardo alla disciplina previgente[380], anche grazie alla scelta razionalizzante nel frattempo compiuta dalla legge n. 68 del 1999. Già le Sezioni Unite della Cassazione avevano infatti affermato il principio di diritto per cui la sopravvenuta infermità permanente, e la conseguente impossibilità della prestazione lavorativa, in quanto giustificato motivo oggettivo di licenziamento *ex* art. 3, legge n. 604 del 1966 (qui in combinazione con gli artt. 1463 e 1464 Cod. Civ.), non è ravvisabile nella sola ineseguibilità dell'attività attualmente svolta dal

---

375 È ancora M. BARBERA, *op. ult. cit.*, pag. 104, a chiarire che "l'obbligo di provvedere ad una soluzione ragionevole, previsto come difesa specifica nei casi di discriminazione indiretta, per i quali la giustificazione è ammessa, retroagisce a elemento della comparazione nei casi di discriminazione diretta".

376 Cfr. S. GIUBBONI, *Il licenziamento*, cit., pag. 293 e segg.

377 S. CENTOFANTI, *Il licenziamento*, cit. pag. 187; analogamente F. BIANCHI D'URSO e G. VIDIRI, *Luci ed ombre sulla nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag. 722 e segg., spec. pag. 732, che parlano di "momento applicativo".

378 Per ampi ragguagli sulla elaborazione giurisprudenziale dei quali v., da ultimo, L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, in R. DE LUCA TAMAJO, F. BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006, pag. 47 e segg., spec. pag. 86 segg.

379 Cass., Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 170 e segg., con commento di G. PERA, *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente disabile*.

380 V. ad es., tra le tante, Cass., sez. lav., 22 agosto 2003, n. 12362.

prestatore, ma può essere esclusa dalla possibilità di altra attività riconducibile – alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede – alle mansioni attualmente assegnate o a quelle equivalenti *ex* art. 2103 Cod. Civ. ovvero, ove ciò sia impossibile, a mansioni inferiori, sempre che detta attività sia utilizzabile nell'impresa secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore.

La legge n. 68 ha quindi sostanzialmente codificato l'*acquis* giurisprudenziale, con il quale a ben vedere le stesse Sezioni Unite della Cassazione – superando il precedente, contrario orientamento della giurisprudenza maggioritaria[381] – non avevano fatto altro che generalizzare l'obbligo del *repêchage* (e dunque il principio della *extrema ratio*), rilevante quale presupposto di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo[382], sia pure estendendolo – a garanzia del lavoratore divenuto disabile – all'obbligo di proporre il reimpiego anche in mansioni inferiori[383]. Il legislatore, peraltro, ha rafforzato la tutela del lavoratore disabile, prevedendo espressamente che questi – a differenza di quanto si poteva desumere sulla base del nuovo corso giurisprudenziale delle Sezioni Unite[384] – ha diritto di conservare in ogni caso il pregresso e più favorevole trattamento retributivo, che quindi resta salvo anche in caso di adibizione a mansioni inferiori.

Se è corretta l'interpretazione sin qui argomentata, non può allora neppure essere accolta, della norma in commento, la lettura che – pur condividendo la insostenibilità della tesi della conservazione incondizionata e "non temperata" del posto di lavoro – assegna al precetto di cui all'art. 1, co. 7, legge n. 68 del 1999 una autonoma valenza rafforzativa della regola dettata dall'art. 4, co. 4, con riferimento ai lavoratori che divengano inabili in conseguenza di infortunio o malattia. Secondo tale tesi, in qualche modo intermedia rispetto a quelle sin qui discusse, anche a voler ammettere che il disposto dell'art. 4, co. 4, valga pure per i lavoratori divenuti disabili successivamente all'assunzione in conseguenza di infortunio sul lavoro o malattia professionale, ciò non escluderebbe la possibilità di individuare, nella previsione dell'art. 1, co. 7, "un autonomo spazio di tutela", il quale consisterebbe precisamente in ciò, che laddove detti prestatori possano essere

---

[381] Su tale superato orientamento restrittivo v., anche per i necessari richiami, S. BRUN, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sindacato giudiziale*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 26 del 2002, pag. 131 e segg., spec. pag. 157. Il diverso indirizzo accolto dalle Sezioni Unite e poi legislativamente recepito con la regola posta dall'art. 4 della legge n. 68 del 1999, era stato anticipato da due importanti pronunce della Suprema Corte: v. Cass., sez. lav., 3 luglio 1997, n. 5961, in *Mass. Giur. Lav.*, 1997, pag. 437, con nota critica di P. SCOGNAMIGLIO, e Cass., sez. lav., 23 agosto 1997, n. 7908, *ivi*, pag. 871, con commento contrario di A. RICCARDI, *Impossibilità della prestazione lavorativa per inidoneità fisica; licenziamento; onere del "repêchage"*.

[382] In questo senso, tra gli altri, L. CALCATERRA, *La giustificazione causale*, cit., pag. 61.

[383] Secondo l'indirizzo prevalente, il datore di lavoro ha l'obbligo di proporre l'adibizione a mansioni compatibili, anche inferiori, ferma restando – in tale ultima ipotesi – la necessità di acquisire il consenso del lavoratore. Ne consegue che il datore di lavoro deve giustificare il licenziamento fornendo la prova anche dell'impossibilità di assegnare al lavoratore mansioni non equivalenti nel solo caso in cui questi abbia in qualunque forma manifestato la disponibilità ad accettarle: v. Cass., sez. lav., 5 agosto 2000, n. 10339; Cass., sez. lav., 28 settembre 2006, n. 21035. Potrebbe semmai osservarsi come ora, nella sua formulazione letterale, l'art. 4, co. 4, legge n. 68 del 1999, pur presupponendo il consenso del lavoratore alla retrocessione professionale tutelata, esiga in ogni caso che il datore dia la prova della impossibilità di adibire a mansioni equivalenti od anche inferiori, quale specifica e qualificata condizione di legittimità del recesso in via di *extrema ratio*.

[384] V. Trib. Milano, 11 gennaio 2000, in *Lav. Giur.*, 2000, p. 469, e, in dottrina, G. LUDOVICO, *L'onere datoriale del* repêchage *e la sopravvenuta inidoneità del lavoratore nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Orient. Giur. Lav.*, 1999, pag. 196 e segg., spec. pagg. 216-217.

effettivamente adibiti a mansioni equivalenti od inferiori, gli stessi "saranno tutelati da una stabilità più intensa di quella dell'art. 18, legge 20 maggio 1970, n. 300, con conseguente loro illicenziabilità per giustificato motivo oggettivo o per riduzione di personale"[385]. In ipotesi di mantenimento in servizio in mansioni equivalenti o inferiori, detti lavoratori, dunque, da un lato non potrebbero in nessun caso essere licenziati per giustificato motivo oggettivo e, dall'altro, in presenza di una riduzione di personale *ex* art. 24, legge n. 223 del 1991, non potrebbero essere legittimamente inclusi nelle liste, anche oltre quanto disposto dall'art. 10 della stessa legge n. 68 del 1999.

Per quanto indubbiamente suggestiva, la tesi in esame non appare, tuttavia, persuasiva. Da un lato, essa finisce per trasferire al rapporto dell'art. 1, co. 7, con l'art. 10 una inversione logica a ben vedere non diversa da quella che la tesi della irrecedibilità assoluta erroneamente riferisce al rapporto della medesima disposizione con l'art. 4, co. 4, della legge. Si attribuisce, cioè, all'art. 1, co. 7, una portata specificativa, in questo caso della regola contenuta nell'art. 10 (più in particolare al quarto comma), che la generica enunciazione del principio della conservazione del posto per chi sia divenuto disabile in conseguenza di infortunio sul lavoro o malattia professionale evidentemente non può avere. Cosicché, anche in questo caso il rapporto fra le norme sembra dover essere correttamente ricostruito nel senso che è semmai l'art. 10 a specificare il contenuto dell'art. 1, co. 7, e non viceversa, con la conseguenza che i limiti – peraltro assai stringenti[386] – posti al licenziamento per giustificato motivo oggettivo ovvero a quello per riduzione di personale saranno quelli – e solo quelli – stabiliti (o ricavabili in via analogica) dal 4° comma della prima disposizione, che una lettura razionalizzatrice induce perciò in via di principio a riferire sia ai lavoratori assunti obbligatoriamente sia ai prestatori divenuti disabili nel corso del rapporto per infortunio o malattia, quantomeno laddove questi ultimi siano computabili nella quota d'obbligo ai sensi dell'art. 4, co. 4[387].

D'altro lato, la tesi qui criticata propone una differenziazione degli statuti protettivi del lavoratore disabile in caso di licenziamento per motivi economici, che oltre a forzare il dato letterale della legge, non riesce, in realtà, a trovare una congrua giustificazione, finendo così per riaprire – sia pure su un diverso versante – problemi di costituzionalità non meno pregnanti di quelli posti dalla criticata lettura "assolutizzante" dell'art. 1, co. 7. Onde deve preferirsi una interpretazione diretta a restituire al dato normativo un significato il più possibile unitario, estendendo, tutte le volte che lo richieda la *eadem ratio*, anche ai casi di disabilità sopravvenuta le disposizioni che la legge riferisce formalmente, con l'art. 10, ai soli lavoratori assunti obbligatoriamente[388].

Concludendo sui limiti posti dalla legge al licenziamento dei lavoratori divenuti disabili nel corso del rapporto, occorre perciò ritenere che la regola di cui all'art. 4, co. 4, delimiti sempre i concreti contenuti applicativi del principio stabilito dall'art. 1, co. 7, riferendosi ad ogni causa di sopravve-

---

[385] Così S. CENTOFANTI, *Il licenziamento*, cit., p. 188 (e già prima ID., *"Conservazione del posto"*, cit., pag. 206 e segg.).

[386] V. *infra*, al § 4.

[387] Sui limiti fissati dalla legge alla computabilità nella quota obbligatoria dei lavoratori divenuti invalidi nel corso del rapporto v., tra gli altri, A. MARESCA, *Rapporto di lavoro dei disabili e assetto dell'impresa*, in M. CINELLI, P. SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili*, cit., pag. 27 segg., specialmente pagg. 49-50.

[388] Per un problematico spunto in tal senso v. anche A. TURSI, *La nuova disciplina*, cit., pagg. 750-751.

nuta invalidità, vuoi di tipo professionale vuoi di natura extraprofessionale. L'obbligo del ripescaggio, anche in mansioni inferiori, già enucleato dalla giurisprudenza, fissa dunque i confini della tutela contro il licenziamento – facendone una "figura […] residuale"[389], attivabile solo in via d'*extrema ratio*[390] – anche nel caso in cui la invalidità sopravvenuta derivi da infortunio sul lavoro o malattia professionale, senza che sia possibile attribuire all'art. 1, co. 7, legge n. 68 del 1999 un autonomo significato ulteriormente rafforzativo di una tutela che risulta senz'altro idonea a garantire – in un'ottica (ed entro limiti) di ragionevole bilanciamento degli interessi – la "conservazione del posto" del disabile.

### 3. Il licenziamento del lavorate assunto come disabile a seguito di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni della organizzazione del lavoro.

Come si è già accennato, la legge n. 68 del 1999 completa la speciale disciplina del licenziamento del lavoratore disabile con le previsioni contenute nel suo art. 10. Il terzo comma della disposizione – espressamente riferito ai soli lavoratori originariamente assunti come disabili in quota d'obbligo – contempla, in particolare, due diverse ipotesi.

La prima ipotesi – che potremmo chiamare "soggettiva"[391], in quanto attivata *ex parte subiecti* su richiesta del lavoratore – si verifica allorché sia per l'appunto il prestatore disabile, che ritenga le mansioni affidategli incompatibili con l'aggravamento del suo stato di salute, a chiedere che detta situazione venga accertata dalla Commissione prevista dall'art. 4 della legge n. 104 del 1992. E lo stesso accertamento di compatibilità delle mansioni affidategli col suo stato di salute il lavoratore può altresì chiedere in caso di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro.

Nella seconda ipotesi, la richiesta di accertamento della utilizzabilità in azienda del lavoratore disabile in condizioni compatibili con le sue minorazioni – negli stessi casi di aggravamento delle condizioni di salute del prestatore ovvero di significative variazioni dell'organizzazione produttiva – è invece proposta alla predetta Commissione dal datore di lavoro.

Il procedimento che si apre nelle due ipotesi è lo stesso, ma è ovvio che le finalità sono – nei due casi – assai diverse. Nella prima, il lavoratore che evidentemente aspiri a farsi assegnare nuove mansioni compatibili col suo stato di salute farà bene a premurarsi che queste esistano e siano disponibili nella organizzazione produttiva data, che cioè si diano effettivamente all'interno dell'organigramma aziendale in essere. Nell'ipotesi ora considerata, infatti, come è stato efficacemente notato, il procedimento così attivato "ha un senso favorevole per il lavoratore solo ove egli sia sicuro dell'esistenza di altri posti di lavoro nell'organizzazione aziendale compatibili con il suo stato di salute, poiché solo in tal caso l'accertamento della Commissione potrà determinare

---

389 L. TOSATO, *Il lavoro dei disabili*, cit., pag. 248.

390 In tal senso anche P. LAMBERTUCCI, *Le discipline speciali*, cit., pag. 418, che giustamente ricorda anche la previsione, pure contenuta nell'art. 4, co. 4 (ultimo periodo), legge n. 68 del 1999, secondo la quale il lavoratore così licenziato viene avviato dagli uffici presso altre imprese in mansioni compatibili con le residue capacità lavorative, senza inserimento in graduatoria e dunque secondo un circuito preferenziale di avviamento, che completa – sul piano occupazionale – la tutela del "posto di lavoro" complessivamente prefigurata dalla legge.

391 Con L. TOSATO, *op. cit.*, pag. 246.

le condizioni per l'insorgenza di un obbligo del datore di adibirlo a tali diverse mansioni"[392].

Lo scopo del datore di lavoro che avvia il procedimento sarà per contro quello di ottenere dalla Commissione l'accertamento[393] della impossibilità di continuare ad utilizzare il lavoratore nella compagine aziendale in mansioni compatibili col suo stato di salute, al fine di procedere al licenziamento. Sennonché, in questo caso, come anche nel primo (laddove l'accertamento dia esiti sfavorevoli al lavoratore che pure l'abbia richiesto), al licenziamento si potrà validamente pervenire solo ove siano soddisfatte le condizioni, procedurali e sostanziali, contemplate dallo stesso art. 10, co. 3 (seconda parte), della legge n. 68 del 1999.

Qualora si riscontri una condizione di aggravamento che sia incompatibile con la prosecuzione dell'attività lavorativa ovvero tale incompatibilità sia accertata con riferimento alla variazione dell'organizzazione del lavoro, è infatti innanzi tutto previsto che il disabile abbia diritto alla sospensione del rapporto di lavoro sino a che detta situazione persista, con possibilità di impiegare il lavoratore in tirocini formativi. L'esito risolutivo del rapporto viene dunque quantomeno differito – ma auspicabilmente scongiurato grazie ad una specifica attività di riqualificazione professionale del lavoratore[394] – attraverso lo strumento della sospensione, sia pure non retribuita, come stabilisce esplicitamente (e assai discutibilmente) la legge[395].

Sul piano sostanziale, l'art. 10, co. 3, prevede, poi, che, all'esito della sospensione, il rapporto di lavoro possa essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la su indicata Commissione accerti la definitiva impossibilità di reinserire il lavoratore all'interno dell'azienda. La disposizione presenta qualche margine di ambiguità, laddove si limita a prevedere – almeno nella sua formulazione letterale – i detti adattamenti organizzativi in termini di "possibilità", e non di obbligo. Occorre tuttavia ritenere[396] che sussista un vero e proprio obbligo di cooperazione del datore di lavoro – esteso non solo agli adattamenti propriamente

---

[392] S. CENTOFANTI, *Il licenziamento*, cit., pag. 181.

[393] Trattasi, come è ovvio, di accertamento tecnico-amministrativo che non vincola in alcun modo il giudice chiamato a valutare la legittimità del licenziamento eventualmente disposto dal datore di lavoro sulla sua base. Il giudice – che come si dirà meglio nel testo deve in ogni caso sindacare la validità del licenziamento alla luce del principio della *extrema ratio* – apprezzerà liberamente i contenuti dell'accertamento della Commissione e, verosimilmente, provvederà comunque a disporre una distinta valutazione medica e tecnica della vicenda controversa.

[394] Anche se la norma contempla solo la possibilità dello svolgimento di tirocini formativi e nulla dispone per il resto in ordine a eventuali percorsi di riqualificazione professionale del lavoratore disabile, occorre ritenere che sia coerente con la sua *ratio* estendere l'obbligo di cooperazione del datore di lavoro ad una specifica attività di riqualificazione del prestatore medesimo. Come è noto, la giurisprudenza prevalente formatasi sull'art. 3 della legge n. 604 del 1966 esclude, in linea generale, un siffatto obbligo (cfr. di recente L. CALCATERRA, *La giustificazione causale*, cit., pag. 92), ma questo sembra desumibile – nel caso di specie – sia dalla previsione dello stesso art. 10, co. 3, della legge in ordine agli adattamenti dell'organizzazione del lavoro, sia – verosimilmente – da una corretta valorizzazione dell'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli in favore del disabile di cui all'art. 5 della direttiva 2000/78/CE (v. *infra* nel testo).

[395] L'esplicita esclusione di un obbligo retributivo in capo al datore di lavoro costituisce un sicuro limite di operatività dell'istituto ed una carenza di tutela di cui è stata giustamente posta in dubbio la ragionevolezza rispetto ai principi generali, con sospetto di "violazione dell'art. 3, oltre che degli artt. 4 e 36 Cost." (così S. CENTOFANTI, *op. ult. cit.*, pag. 182). Meno convincente, invece, di fronte al chiaro tenore letterale della norma, è che un recupero dell'obbligo di retribuire possa essere ricostruito applicando alla fattispecie i principi generali in tema di *mora accipiendi* del datore di lavoro (cfr. ancora *ivi*, pag. 181).

[396] Con A. TURSI, *La nuova disciplina*, cit., pag. 752 (che parla peraltro di onere), e correggendo così quanto a suo tempo sostenuto in S. GIUBBONI, *Il licenziamento*, cit., pag. 298.

organizzativi ma, come si è accennato, anche alle attività di riqualificazione professionale del soggetto, che in senso lato sembrano poter essere ascritti all'ampio concetto impiegato dal legislatore – e che l'adempimento secondo buona fede di detto obbligo condizioni la legittimità del recesso, che assume perciò, anche in questo caso, il carattere di misura adottabile solo in via di *extrema ratio*[397].

L'uso dell'aggettivo "possibili", con il quale il legislatore qualifica l'obbligo di procedere ai detti "adattamenti dell'organizzazione del lavoro", non è allora sinonimo di "facoltà", ma ha il diverso significato di ribadire il limite generale utilizzato dal legislatore, in linea a ben vedere con quanto poi stabilito dalla direttiva 2000/78/CE, come criterio di bilanciamento degli interessi in rilievo. In questo senso, in tanto gli adattamenti saranno possibili, in quanto non comportino un aggravio eccessivo dei costi[398] ovvero non esigano una modifica sostanziale degli assetti organizzativi insindacabilmente stabiliti dall'imprenditore entro la sfera di libertà allo stesso riservata dall'art. 41 Cost.[399]; con una sostanziale convergenza di impostazione – ci sembra – rispetto all'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli previsto dall'art. 5 della direttiva.

Quanto suggerito consente anche di risolvere coerentemente in via interpretativa il problema della mancata esplicita estensione – ai casi considerati – dell'obbligo di *repêchage* previsto dalla legge, in modo espresso, solo con riguardo alle fattispecie di disabilità sopravvenuta e non originaria. La apparente diversità di trattamento tra i due casi può essere invero superata in via di interpretazione sistematica (o forse adeguatrice, visto che diversamente si porrebbero indubbi problemi di legittimità costituzionale dell'art. 10, co. 3), considerando riferibile anche alle fattispecie ora considerate la regola posta dall'art. 4, co. 4, della legge. Vale dunque anche qui la regola alla cui stregua solo nel caso in cui non sia possibile adibire a mansioni equivalenti o, in mancanza, anche inferiori, purché ovviamente compatibili con le condizioni di salute del soggetto, si potrà procedere al licenziamento del lavoratore disabile[400].

Si recupera in tal modo, ovviando in via interpretativa alle innegabili imperfezioni tecniche della legge, che difetta del necessario raccordo (anche) tra gli artt. 4 e 10, una lettura unitaria e siste-

---

397 In tal senso v. pure Cass., sez. lav., 17 luglio 2002, n. 10347, laddove si precisa che l'art. 10, co. 3, della legge n. 68 del 1999, in caso di aggravamento delle condizioni di salute, consente che il rapporto di lavoro possa "essere risolto (*solo*) nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la predetta commissione accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda" (corsivo aggiunto).

398 Così, esattamente, L. TOSATO, *Il lavoro dei disabili*, cit., pagg. 247-248.

399 In senso conforme pure F. BIANCHI D'URSO e G. VIDIRI, *Luci ed ombre*, cit., pag. 733, alla nota 55, secondo cui, alludendo agli adattamenti "possibili", il legislatore intende riferirsi a quelli "compatibili non solo con le esigenze organizzative ma anche con le disponibilità finanziarie dell'impresa". È utile ricordare che l'onere gravante sul datore di lavoro *ex* art. 2, legge n. 482 del 1968 (come anche in base alla nuova legge), di individuare nell'ambito organizzativo aziendale mansioni compatibili con la condizione psico-fisica dell'invalido, può comportare anche una redistribuzione delle mansioni già affidate ai lavoratori presenti in azienda, senza che tuttavia ciò possa esigere di "apportare sostanziali modifiche all'organizzazione produttiva" (Corte d'Appello di Firenze, 8 settembre 2001, in *D&L - Riv. Critica Dir. Lav.*, 2002, pag. 349, con nota di TOGNAZZI).

400 Nel senso della piena sussistenza anche nelle ipotesi di cui all'art. 10, co. 3, dell'obbligo di *repêchage*, inclusivo del "demansionamento tutelato", v. ancora A. TURSI, *op. cit.*, pag. 753; S. CENTOFANTI, *Il licenziamento*, cit., pagg. 183 e 188, e, in giurisprudenza, la già citata Cass. n. 10347 del 2002. Avevo invece sostenuto la opinione contraria in S. GIUBBONI, *op. loc. ult. cit.*, in coerenza con la tesi – ora abbandonata – della mera facoltatività degli adattamenti organizzativi; in questo senso si era espresso anche D. GAROFALO, *Disabili e lavoro. Profilo soggettivo*, in *Dir. Prat. Lav.*, *Inserto* del n. 37 del 1999, sul punto pag. XXVIII.

matica del dato normativo volta a garantire il medesimo *standard* di tutela a situazioni che appaiono sostanzialmente comparabili, tali essendo quelle di chi sia colpito da una invalidità sopravvenuta in conseguenza di infortunio o malattia (professionale o meno) e di chi – disabile già al momento della assunzione in quota d'obbligo – subisca un aggravamento delle sue condizioni di salute o si veda "spiazzato" da significative variazioni dell'organizzazione del lavoro.

## 4. I limiti al licenziamento collettivo ed a quello per giustificato motivo oggettivo.

Innovativa e decisamente più vincolistica rispetto alle previsioni previgenti è, infine, l'ultima disposizione dettata dall'art. 10 della legge n. 68 del 1999, nel già evocato comma 4°, in tema, segnatamente, di recesso per giustificato motivo oggettivo e di licenziamento per riduzione di personale o di collocamento in mobilità. La disposizione stabilisce, infatti, che nei detti casi di licenziamenti per motivi economici esercitati nei confronti di lavoratori occupati obbligatoriamente[401], i negozi di recesso sono annullabili qualora, al momento della cessazione del rapporto, "il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente sia inferiore alla quota di riserva" prevista all'art. 3 della legge.

La norma inasprisce in primo luogo la condizione di legittimità del licenziamento collettivo già prevista dalla disciplina preesistente[402], dal momento che quest'ultima – a differenza di quella ora in vigore – si limitava a imporre il rispetto della proporzione, tra soggetti protetti e non, con riferimento al dato esistente in concreto in azienda prima del licenziamento, "a prescindere da eventuali precedenti inadempienze della normativa sul collocamento obbligatorio, che non si pretendeva fossero sanate nella occasione"[403]. La legge si limitava infatti a chiedere che il numero di invalidi assunti obbligatoriamente, assoggettati alla riduzione di personale, non superasse le percentuali previste dalla legge n. 482 del 1968: da cui il corollario che l'eventuale scopertura della quota d'obbligo all'esito del licenziamento collettivo non fosse idonea ad inficiare la validità dello stesso[404].

Oggi non è più cosi, dal momento che – come chiaramente stabilito dal comma 4° dell'art. 10 –

---

401 Tra i destinatari della norma in esame rientrano senza dubbio anche i lavoratori divenuti disabili in corso di rapporto per infortunio o malattia, allorché siano computabili nella quota obbligatoria secondo le rigorose previsioni di cui all'art. 4, co. 4, della legge n. 68 del 1999. Ma per quanto argomentato *supra*, al § 3, si deve ritenere che la norma valga più in generale a disciplinare i limiti di esercizio del potere di recesso nell' "interesse dell'impresa" nei confronti del lavoratore disabile, originario o sopravvenuto, non potendosi ritenere fondata la tesi che individua nell'art. 1, co. 7, della legge un divieto assoluto di licenziare collettivamente o per giustificato motivo oggettivo i prestatori divenuti disabili in conseguenza di infortunio sul lavoro o malattia professionale.

402 Cfr. l'art. 9, ultimo comma, della legge n. 79 del 1983, richiamato dall'art. 5, co. 2, della legge n. 223 del 1991.

403 A. VALLEBONA, *La nuova disciplina*, cit., pag. 481; v. pure F. BIANCHI D'URSO e G. VIDIRI, *Luci ed ombre*, cit., pag. 737, che sembrano peraltro riferire la regola anche all'assetto normativo ora in vigore, in termini che non possono tuttavia essere condivisi per quanto si dirà tra un momento nel testo.

404 In giurisprudenza v. ad es. Cass., sez. lav., 14 maggio 1998, n. 4886, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 385 con nota di D. CAGETTI, *Licenziamento collettivo e lavoratori invalidi assunti in regime di collocamento obbligatorio*, secondo cui "il licenziamento collettivo per riduzione di personale può estendersi ai lavoratori assunti nelle forme del collocamento obbligatorio, anche se per effetto del provvedimento l'aliquota di posti ad essi riservata per legge rimanga scoperta; il riferimento, contenuto nella disposizione dell'art. 9, 2° comma, legge n. 79 del 1983 (richiamata dall'art. 5, 2° comma, legge n. 223 del 1991), alle quote previste dalla legge n. 482 del 1968 non assicura all'esito del licenziamento la proporzione tra lavoratori assunti obbligatoriamente e personale occupato, perché si riferisce solo alle percentuali del numero dei soggetti protetti da includere nel licenziamento collettivo". In dottrina, sempre con riguardo alla disciplina preesistente, v. inoltre L. TOSATO, *Il lavoro dei disabili*, cit., pagg. 249-250; P. LAMBERTUCCI, *Le discipline speciali*, cit., pag. 427, nota 69.

"è sufficiente ad inficiare la validità del licenziamento la mera carenza dei disabili occupati rispetto alla quota di riserva che si riscontri al momento del licenziamento"[405]. Se il saldo "in uscita"[406] (ovvero all'esito della riduzione di personale) dei lavoratori disabili che rimangono occupati è inferiore alla quota d'obbligo, il licenziamento è – oggi – senz'altro annullabile.

Ma il vincolo più pesante riguarda – come è evidente – il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo. Ed invero, mentre nel caso del recesso *ex* art. 4 o 24 della legge n. 223 del 1991 sarà in principio comunque possibile far cadere la scelta su soggetto diverso dal lavoratore protetto dal regime delle quote, nel caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in particolare nell'evenienza in cui la soppressione del posto riguardi la posizione occupata dal disabile, il limite stabilito dall'art. 10, co. 4, legge n. 68 del 1999 finisce per vanificare il potere di recesso del datore, imponendogli sostanzialmente di mantenere in servizio in soprannumero il prestatore di lavoro. In un caso del genere, infatti, al datore di lavoro non è consentito, *ex* art. 3 della legge n. 604 del 1966, spostare la selezione su altro lavoratore non protetto[407], risolvendosi pertanto il limite "esterno" posto dall'art. 10, co. 4, in un vero e proprio vincolo di irrecedibilità per motivi oggettivi dal rapporto di lavoro col prestatore disabile.

La scelta in tal senso compiuta dal legislatore è stata giustamente criticata in dottrina, dal momento che – almeno nelle ipotesi testé prese in considerazione – il datore di lavoro viene sostanzialmente spogliato della prerogativa, ritenuta tradizionalmente coessenziale alla libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41, co. 1, Cost., di determinare nel modo ritenuto più opportuno e conveniente le dimensioni, anche occupazionali, della azienda[408]. Di qui i fondati dubbi di legittimità costituzionale della disposizione[409], almeno nella parte in cui i suoi esiti applicativi dovessero concretamente "azzerare" detta libertà.

Non sembrano invero idonei a fugare detti dubbi i tradizionali rilievi sulla necessità di bilanciare, nella specie, la libertà di iniziativa economica con i principi posti dagli artt. 4 e 38, co. 3, Cost., né sembra pertinente l'osservazione che – nella sistematica della legge n. 68 del 1999 – si dà comunque per "scontata" la possibilità di un'assunzione in soprannumero in sede di avviamento obbligatorio del lavoratore disabile.

È vero, infatti, che una tale evenienza è esplicitamente contemplata dall'art. 3 della legge, che nel consentire che l'obbligo di richiesta di avviamento scatti in caso di nuove assunzioni soltanto per

---

[405] A. MARESCA, *Rapporto di lavoro dei disabili*, cit., pag. 68.

[406] Per questa terminologia A. LASSANDARI, *Il licenziamento discriminatorio*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, tomo III, *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, coordinato da S. MAINARDI, vol. XXIV del *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Torino, 2007, pag. 151 e segg., spec. pag. 179.

[407] Diverso il caso di licenziamento plurimo per giustificato motivo oggettivo, allorché si tratti ad esempio di fronteggiare una non transeunte riduzione dei livelli di attività con una riduzione del personale. In un caso del genere possono infatti valere le osservazioni appena compiute con riguardo alle ipotesi di licenziamento collettivo, in coerenza del resto con quella giurisprudenza che estende a tale fattispecie – vuoi in base alla *analogia legis* vuoi, soprattutto, in base ai principi di correttezza e buona fede contrattuale – i criteri di scelta dei licenziandi di cui all'art. 5 della legge n. 223 del 1991 (cfr. ad es. Cass., sez. lav., 11 giugno 2004, n. 11124).

[408] Basti qui richiamare solo il classico studio di G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, specialmente cap. VIII.

[409] Cfr. tra gli altri A. MARESCA, *Rapporto di lavoro dei disabili*, cit., pag. 69; A. VALLEBONA, *La nuova disciplina*, cit., pag. 480, nonché – *si vis* – S. GIUBBONI, *Il licenziamento*, cit., pag. 301.

i datori di lavoro privati che occupano da 15 a 35 dipendenti (co. 2) e per i partiti politici, le organizzazioni sindacali e quelle che operano nel campo della solidarietà sociale, dell'assistenza e della riabilitazione (co. 3), negli altri casi presuppone, per converso, che l'assunzione del disabile debba avvenire anche in soprannumero, *i. e.* al solo fine di coprire la quota di riserva[410]. Sennonché, è pure vero che quella testé considerata è ipotesi diversa da quella cui dà luogo la prospettata applicazione dell'art. 10, co. 3, ipotesi nella quale esiste ancora un margine di bilanciamento tra i principi costituzionali in rilievo, visto che anche il lavoratore avviato in soprannumero potrebbe comunque trovare un utile inserimento nell'assetto organizzativo dell'impresa. Nel prospettato caso di applicazione dell'art. 10, co. 3, "la situazione che, invece, può realizzarsi con il predetto divieto di licenziamento del disabile è proprio quella della assoluta inutilizzabilità del dipendente"[411], con totale, ingiustificato sacrificio dell'interesse protetto dall'art. 41, co. 1, Cost.

## 5. La funzione di chiusura della tutela antidiscriminatoria.

Dal quadro che si è tentato di delineare sinteticamente nelle pagine precedenti emerge un robusto apparato di tutele in favore del lavoratore disabile, centrato sul modello tradizionale del garantismo rigido ed in particolare – per quanto interessa in questa sede – sulla forte compressione dei poteri datoriali di recesso attraverso la tecnica regolativa classica della norma inderogabile. La legge n. 68 del 1999 – che pure si apre a prospettive di tutela fortemente innovative, improntate a moduli di carattere flessibile, promozionale, incentivante (si pensi in primo luogo al collocamento mirato)[412] – per questa parte si situa senza dubbio nel solco della disciplina già dettata dalla legge del 1968, dalla quale, soprattutto in tema di licenziamento, riprende ed aggiorna i principali istituti essenzialmente nella direzione di un rafforzamento – in certi casi sin troppo marcato, come visto – delle forme di garanzia in favore del lavoratore disabile.

Dalla legge n. 482 del 1968 la nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili riprende, del resto, anche la tradizionale formulazione della regola che impone al datore di garantire ai lavoratori assunti in base ad essa – in condizioni di piena parità – il trattamento economico e normativo previsto dalle leggi e dai contratti collettivi[413], mantenendo perciò "nell'alveo dei normali contratti di lavoro il rapporto instaurato obbligatoriamente"[414].

---

[410] Cfr. sul punto A. MARESCA, *op. cit.*, pag. 54. Un'ulteriore conferma può essere in buona sostanza ricavata dall'art. 18, co. 1, della legge n. 68 del 1999, che obbliga a mantenere in servizio i soggetti già assunti ai sensi delle previgenti norme sul collocamento obbligatorio anche se superano il numero di unità da occupare in base alle nuove aliquote di legge. Anche se è da dire come, a rigore, si tratti piuttosto di una specificazione del divieto di discriminazione dei lavoratori disabili, visto che il licenziamento che venisse disposto sol perché gli stessi risultano eccedere la quota d'obbligo non potrebbe non considerarsi discriminatorio ai sensi dell'art. 2 del D. Lgs. n. 216 del 2003 (v. anche *infra*, al § seguente).

[411] *Ivi*, pag. 69.

[412] Di "una nuova pagina" aperta dalla legge n. 68 del 1999 con l'introduzione del "fondamentale concetto di collocamento mirato", parla giustamente D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nel rapporto di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, pag. 377. Il giudizio andrebbe probabilmente temperato alla luce degli effettivi risultati applicativi dell'istituto, non sempre – e soprattutto non dovunque – all'altezza delle aspettative suscitate: v. MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Norme per il diritto al lavoro dei disabili. Seconda Relazione al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge 12 marzo 1999, n. 68*, *Quaderni Spinn*, n. 11, Roma, 2006.

[413] Che impone dunque al datore di trattare il lavoratore disabile "come se fosse valido": G. PERA, *Assunzioni obbligatorie*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. III, Roma, 1988, pag. 12.

[414] A. AVIO, *La disciplina del rapporto di lavoro dei disabili obbligatoriamente assunti*, in M. CINELLI, P. SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili*, cit., pag. 339.

È su questo complesso quadro di tutele prefigurate dalla legge n. 68 del 1999 – con gli accennati dosaggi di tradizione e innovazione – che si innesta, oggi, come ricordato in apertura, la disciplina che, recependo la direttiva 2000/78/CE, dà attuazione al principio della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli *handicap*, dall'età e dall'orientamento sessuale per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro (art. 1, D. Lgs. n. 216 del 2003)[415]. E tale "innesto" sembra realizzarsi essenzialmente nel senso che la tutela antidiscriminatoria integra il suddetto quadro di tutele sostanziali – affidate appunto "a norme inderogabili che stabiliscono diritti a ottenere o conservare determinati beni della vita"[416] – garantendo un'importante funzione di chiusura del sistema. Una funzione che – nella specie – è perciò destinata ad operare in senso complementare, integrativo o, talvolta, aggiuntivo, rispetto alle tutele assicurate dalle norme di tipo sostanziale; e che d'altra parte si realizza secondo modalità operative fondamentalmente diverse da quelle proprie di queste ultime, modalità che vengono duttilmente costruite dal giudice a misura della concreta fattispecie su cui è articolata l'applicazione del divieto generale di discriminazione diretta e indiretta in ragione della disabilità.

La direttiva accoglie del resto, soprattutto con riferimento al tema dell'*handicap* e della disabilità[417], una nozione più ampia (in termini di contenuti) e ricca (sul piano valutativo) della eguaglianza e, di riflesso, dell'obbligo di parità di trattamento, rispetto a quanto non faccia la legge n. 68 del 1999 con la riproposizione della regola di cui all'art. 10, co. 1. Si è in particolare già ricordata l'esplicita enunciazione dell'obbligo di adottare misure ragionevoli in favore del disabile, formulato dalla direttiva nella prospettiva di assicurare al disabile un trattamento preferenziale in una logica di massima effettività della tutela antidiscriminatoria[418]. Tale obbligo di natura positiva – che la direttiva formula espressamente con riguardo al fattore di rischio della disabilità – dà una precisa connotazione alla nozione di eguaglianza ed al corrispondente divieto di discriminazione, giacché comporta uno specifico obbligo di "garantire ai diversi un trattamento diverso, più precisamente un trattamento preferenziale"[419], appropriato alla situazione di minorazione del soggetto e volto a rimuoverne le conseguenze negative nell'ambiente di lavoro[420]. "Soluzione ragio-

---

[415] Non è ovviamente possibile dar conto qui dei contenuti della direttiva europea e del modo – per molti versi approssimativo ed inadeguato – nel quale essa è stata recepita nell'ordinamento italiano dal D. Lgs. n. 216 del 2003: i limitati fini di questo contributo impongono di confinare le schematiche osservazioni che si proporranno di seguito agli aspetti di stretta pertinenza rispetto al tema affrontato. Per una diffusa analisi critica della disciplina comunitaria e nazionale, v. comunque M. BARBERA, *Le discriminazioni*, cit., pag. 79 e segg.

[416] Così ancora M. BARBERA, *Introduzione*, cit., pag. XXIV.

[417] Il D. Lgs. n. 216 del 2003, al pari della direttiva, impiega, senza definirla, l'espressione "*handicap*", che almeno nel nostro ordinamento ha un significato più ampio di quello del termine "disabilità" che compare – senza peraltro pretese di esclusività – nella legge n. 68 del 1999 (la quale, si badi, detta criteri di accertamento della stessa fortemente differenziati a seconda delle categorie considerate: cfr. C. A. NICOLINI, *I soggetti protetti*, in M. CINELLI, P. SANDULLI, *Diritto al lavoro dei disabili*, cit., pag. 93 e segg.). Pur nella consapevolezza che occorrerebbe usare una maggiore misura di precisione e chiarezza terminologica, i due termini vengono qui impiegati promiscuamente, potendosene assumere la sostanziale fungibilità nel contesto delle disposizioni in esame. Per un opportuno esercizio di distinzione terminologica v. comunque A. AVIO, *I lavoratori disabili tra vecchie e nuove discipline*, in M. V. BALLESTRERO, G. G. BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Bologna, 2005, pag. 155 e segg.

[418] Cfr. M. BARBERA, *Le discriminazioni*, cit., pagg. 81 e 82.

[419] *Ivi*, pag. 84.

[420] In una'ottica di eguaglianza sostanziale e di garanzia delle pari opportunità, cui certo non è estranea la legge n. 68 del 1999 specialmente nelle proiezioni del collocamento mirato, si va tuttavia oltre l'idea, racchiusa ancora nell'art. 10, co. 1, della legge medesima,

nevole" – e dunque comportamento positivamente dovuto dal datore di lavoro per non discriminare il lavoratore disabile – è, ai sensi dell'art. 5 della direttiva, espressione giustamente non determinata nei contenuti specifici, volta a ricomprendere tutti i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di mantenerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione adeguata, con il limite costituito da un onere finanziario sproporzionato[421].

Si è anche rammentato che il testo del D. Lgs. n. 216 del 2003 omette – colpevolmente[422] – di riprodurre nella disciplina di attuazione un'enunciazione esplicita del suddetto obbligo, come sarebbe stato più corretto e senz'altro doveroso da parte del legislatore nazionale. Ciò non impedisce, tuttavia, come si è pure tentato di esemplificare nei paragrafi precedenti, di far buon uso in via interpretativa – *i. e.*, di "interpretazione conforme", nella pregnante ed impegnativa accezione patrocinata dalla Corte di giustizia delle Comunità europee[423] – della regola posta dall'art. 5 della direttiva. Le stesse disposizioni della legge del 1999, anche quelle in tema di licenziamento, come si è visto, si prestano agevolmente a tale esercizio di interpretazione conforme alla stregua dei principi e delle regole contenute nella direttiva, ponendosi per aspetti decisivi in sintonia con esse. È del resto preciso dovere del giudice, "conformemente a quanto avviene nell'interpretazione del diritto interno […], – come si chiarisce in *Pfeiffer* – interpretare la norma nazionale in modo tale da evitare un conflitto con la norma comunitaria e, eventualmente, da ridurre a tale scopo la portata della norma nazionale applicandola solamente nella misura compatibile con la norma comunitaria"; e la nostra giurisprudenza si è già mossa in questa direzione[424].

Gli obblighi di *repêchage* e di adattamento organizzativo stabiliti dagli artt. 4 e 10 della legge n. 68 del 1999 possono così essere interpretati (o riletti, se si vuole, come si è tentato di fare sopra[425]) alla luce del criterio delle soluzioni ragionevoli impiegato dalla direttiva ai fini della qualificazione del divieto di discriminazione dei lavoratori disabili. Come emerge dalla prima sentenza interpretativa resa dalla Corte di giustizia sui contenuti ed i limiti del divieto di discriminazione in ragione della disabilità ai sensi dell'art. 2 della direttiva 2000/78/CE[426], esiste, d'altra parte, proprio con riguardo al tema qui in esame, una sostanziale coerenza e consonanza di impostazione

---

di trattare il disabile "come se fosse valido", come affermava icasticamente Pera commentando la corrispondente previsione della legge n. 482 del 1968 (*supra*, nota 51). Anche l'art. 26, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si apre ad un'ottica di eguaglianza sostanziale, laddove riconosce il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità.

[421] La direttiva richiede quindi anche misure di adattamento dell'organizzazione del lavoro che non comportino costi sproporzionati: v. quanto si è notato *supra*, al § 3, a proposito dell'art. 10, co. 3, legge n. 68 del 1999.

[422] V. ancora M. BARBERA, *op. ult. cit.*, pag. 81.

[423] Di cui v., da ultimo, soprattutto le sentenze rese rispettivamente il 5 ottobre 2004 nelle cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e altri c. Deutsches Rotes Kreuz*, e il 7 settembre 2006 in causa C-81/05, *Anacleto Cordero Alonso c. Fogasa*.

[424] V. l'ordinanza del 30 settembre 2005 pronunziata in composizione monocratica dal Tribunale di Pistoia, sez. lav., in causa *Laura Neri c. Ministero della Giustizia*, con la quale – richiamando specificamente il concetto di misure ragionevoli di cui all'art. 5 della direttiva – il giudice ha stabilito che "le iniziative relative alla sede di lavoro che si traducono in un notevole aggravamento della posizione del lavoratore, ossia in un suo *particolare svantaggio*, devono essere considerate obiettivamente discriminatorie" (corsivo nell'originale). Si deve peraltro dar conto che tale ordinanza è stata revocata in sede di reclamo da Trib. Pistoia, sez. lav., ord. 3 dicembre 2005, in *Foro It.*, 2006, I, col. 1206.

[425] Ai §§ 2 e 3.

[426] V. Corte di giustizia CE, 11 luglio 2006, causa C-13/05, *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA*.

tra la speciale disciplina di cui alla legge n. 68 del 1999 e quanto prescritto dalle norme comunitarie, talché un licenziamento che sia giustificato alla luce degli artt. 4 e 10[427] della legge potrà dirsi, per ciò stesso, anche non discriminatorio.

Nella sentenza appena evocata[428], la Corte di giustizia ha infatti fornito un importante chiarimento sull'ambito di operatività dei divieti di cui all'art. 2 della direttiva, precisando, innanzi tutto, che la malattia del lavoratore, in quanto tale, non è assimilabile alla nozione di *handicap*, con la quale si intende solo il limite derivante da minorazioni fisiche, mentali o psichiche che sia idoneo a ostacolare, per un arco temporale lungo o, in ipotesi, in via permanente, la partecipazione della persona alla vita professionale. È dunque escluso, almeno in linea di principio, che appena si manifesti la malattia possa essere inclusa nella nozione di *handicap*, come è pure escluso che la malattia in quanto tale possa essere annoverata come motivo che si aggiunge a quelli in base ai quali la direttiva – sulla scorta della tassativa elencazione dell'art. 13 del Trattato CE[429] – vieta qualsiasi discriminazione.

Ma il chiarimento più importante ai nostri fini, e quello che meglio restituisce quella consonanza sostanziale cui s'è appena fatto cenno, riguarda proprio le condizioni ed i limiti entro i quali un licenziamento possa dirsi – alla luce dell'art. 5 della direttiva – non discriminatorio. La Corte ha affermato che "il divieto, in materia di licenziamento, della discriminazione fondata sull'*handicap*, sancito dagli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78, osta a un licenziamento fondato su un *handicap* che, tenuto conto dell'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli per i disabili, non sia giustificato dal fatto che la persona di cui trattasi non è competente, capace o disponibile a svolgere le mansioni essenziali del suo posto di lavoro". Ne consegue – come meglio precisato dall'Avvocato generale – che il datore di lavoro potrà legittimamente recedere dal rapporto con il prestatore disabile "laddove le limitazioni funzionali considerate – l'*handicap* – rendano impossibile ovvero limitino gravemente l'esercizio della professione o dell'attività considerate"[430].

Ovviamente, tale giustificazione è ammissibile solo nel caso in cui per il datore di lavoro non siano disponibili mezzi ragionevoli che limitino o compensino l'*handicap* in maniera tale che il disabile possa continuare ad esercitare la propria professione o attività[431]. Il che è – a ben vedere – quanto prescrivono, nelle fattispecie in precedenza analizzate, gli artt. 4 e 10 della legge, in particolare esigendo, da un lato, la prova della inutilizzabilità del lavoratore – anche in mansioni non equivalenti – nella compagine aziendale e, dall'altro, la realizzazione di quegli adattamenti della organizzazione del lavoro (ovvero anche di quell'attività di riqualificazione del soggetto) che siano atti a scongiurare la cessazione del rapporto. E ciò secondo i limiti di ragionevolezza fissati dallo stesso

---

427 Ove interpretati, come suggerito, alla luce della direttiva medesima.

428 Si veda, anche per un'analisi puntuale della vicenda, sorta da un rinvio pregiudiziale di un giudice spagnolo, il commento critico dedicato alla sentenza (ed alle conclusioni dell'Avvocato generale L. A. Geelhoed) da L. WADDINGTON in *Common Market Law Review*, 2007, pag. 487 e segg.

429 Per questa precisazione v. in particolare le conclusioni dell'Avvocato generale, ai punti 53 e seguenti. Va peraltro rimarcato che l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea contiene una elencazione solo esemplificativa dei fattori di rischio di cui è interdetta la considerazione, come è fatto palese dall'uso dell'espressione "in particolare" con la quale gli stessi vengono introdotti.

430 Punto 81 delle conclusioni.

431 V. il successivo punto 82 delle conclusioni.

art. 5 della direttiva, che tiene in considerazione l'interesse dell'imprenditore escludendo che detti provvedimenti ed adattamenti possano comportare costi od oneri sproporzionati. Come nuovamente chiarito dall'Avvocato generale Geelhoed, "il requisito di ragionevolezza viene determinato nel merito anche dai costi legati ai mezzi da prendere in considerazione, dalla proporzionalità dei costi nei limiti in cui essi non sono rimborsati dalle autorità pubbliche, e dalla riduzione o compensazione dell'*handicap* resa in tal modo possibile, nonché dalla possibilità, per i disabili considerati, di accedere ad altre professioni o attività nelle quali il loro *handicap* non costituisca un ostacolo oppure costituisca un ostacolo notevolmente più contenuto". Ed è certo che, nell'ipotesi in cui la disabilità, originaria o sopravvenuta, comporti la perdita di ogni residua capacità lavorativa o di qualsivoglia possibilità di utile inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale, il licenziamento sarà misura sempre legittima e, per ciò stesso, non discriminatoria[432].

Le stesse considerazioni debbono naturalmente guidare l'interprete nella valutazione di quelle fattispecie per le quali la legge n. 68 del 1999 non detta una disciplina specifica e rispetto a cui la tutela antidiscriminatoria può dunque svolgere appieno quella funzione di integrazione e di chiusura del sistema della quale si diceva all'inizio. È infatti nei campi lasciati scoperti dalla speciale disciplina di cui agli artt. 4 e 10 della legge che le disposizioni della direttiva e del decreto attuativo svolgono la funzione più rilevante, concorrendo ad integrare il sistema con forme di tutela che potremmo chiamare aggiuntive rispetto a quelle tipizzate dalle norme sostanziali[433].

Si pensi all'ipotesi del licenziamento per scarso rendimento, astrattamente legittimato nell'ottica della parità formale di trattamento di cui all'art. 10, co. 1, della legge n. 68 del 1999. È evidente che qui si dovrà scrupolosamente accertare – assumendo quella rigorosa nozione puramente oggettiva di discriminazione accolta dalla direttiva e dallo stesso D. Lgs. n. 216 del 2003[434] – che la valutazione del rendimento del lavoratore non sia in alcun modo ricollegabile, tenuto conto anche delle soluzioni ragionevoli adottabili dal datore, alla menomazione o all'*handicap* che riduce la capacità di lavoro del soggetto[435]; pena, appunto, il carattere (oggettivamente) discriminatorio del recesso.

---

[432] Cfr. nello stesso senso anche L. WADDINGTON, *op. cit.*, pagg. 490 e 497-498. Si potrebbe dire che come la disabilità è diversa dalla semplice malattia, che non entra, "per difetto", in certo senso, nel campo tutelato dalla direttiva, così la totale inabilità a svolgere una proficua attività di lavoro fuoriesce, simmetricamente, "per eccesso", da detto campo, andando oltre i confini della tutela in considerazione dell'indicato limite di ragionevolezza, che sarebbe superato ove si imponesse al datore di mantenere in servizio un soggetto del tutto inidoneo a forme di proficuo utilizzo.

[433] Esula d'altra parte da questo contributo il tema dei rimedi processuali, che pure è evidentemente essenziale nella prospettiva di una considerazione integrata e sistematica delle forme di tutela apprestate dall'ordinamento, specie in caso di licenziamento del lavoratore disabile. Si rinvia a L. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, ed a A. GUARISIO, *I provvedimenti del giudice*, entrambi in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., rispettivamente pagg. 529 e 579 segg.

[434] La nostra giurisprudenza, di merito e di legittimità, in tema di licenziamento discriminatorio sembra peraltro per lo più attardarsi su di una nozione soggettivistica di discriminazione, evidentemente superata dall'ordinamento, chiedendo ancor oggi l'accertamento dell'intento discriminatorio del soggetto agente; v. ad es. Cass., sez. lav., 28 settembre 2006, n. 21035; Corte d'Appello di Firenze, 16 gennaio 2007, n. 1718/2006, *Gianluca Volpi c. Helitalia Spa*. Per una ricostruzione critica di questo orientamento ancor oggi maggioritario, per quanto in netto contrasto con i dati ormai saldamente acquisiti dall'ordinamento nazionale sotto l'influsso benefico di quello comunitario, v. A. LASSANDARI, *Il licenziamento*, cit., pag. 163 e segg.

[435] V. comunque – già alla stregua della previgente disciplina – Cass., sez. lav., 12 marzo 1996, n. 2013, in *Not. Giur. Lav.*, 1996, pag. 413, e – in dottrina – A. AVIO, *La disciplina del rapporto di lavoro*, cit., pag. 350.

Si pensi ancora al recesso dal patto di prova apposto al contratto di lavoro del disabile. La giurisprudenza che tende a prevalere esclude oneri di forma e motivazione, pur ammettendo che il lavoratore possa contestare la legittimità della valutazione negativa della prova ove questa sia stata determinata o comunque influenzata dalla condizione di invalidità del prestatore cui la legge ricollega l'obbligo di assunzione[436]. Presa sul serio, nella sua rigorosa connotazione oggettiva, la nozione di discriminazione accolta dall'art. 2 del D. Lgs. n. 216 del 2003 – così come comunque qualificata dall'obbligo positivo dell'adozione di misure ragionevoli stabilito dalla direttiva – dovrebbe indurre a stringere il controllo sulla assenza di collegamenti tra il recesso dal patto di prova e l'*handicap* del lavoratore, e suggerire forse l'opportunità di rivalutare l'indirizzo giurisprudenziale che imponeva al datore di lavoro di motivare specificamente con l'indicazione delle ragioni (serie, obiettive, e come ovvio del tutto indipendenti dalla minorazione) che non avevano consentito il superamento della prova[437].

E si pensi, infine, alla vecchia figura del cosiddetto licenziamento "per eccedenza"[438], ammesso in passato dalla giurisprudenza[439] e dalla dottrina[440] nei casi in cui l'invalido assunto per imposizione di legge risultasse successivamente in soprannumero rispetto alla quota d'obbligo. Sarebbe ovvia, oggi, a prescindere dalle specifiche indicazioni desumibili dalla legge n. 68 del 1999[441], la natura direttamente discriminatoria d'un simile licenziamento.

## 6. Conclusione.

La legge n. 68 del 1999 svolge un ruolo essenziale e non sostituibile di tutela rafforzata del lavoratore disabile anche rispetto alla vicenda della risoluzione del rapporto di lavoro. Pur rimanendo saldamente ancorata al modello della norma protettiva inderogabile, la legge aggiorna ed approfondisce la tutela del lavoratore disabile nella vicenda qui considerata in termini che appaiono peraltro sostanzialmente in linea con le previsioni europee sull'obbligo della adozione di soluzioni ragionevoli in favore delle persone portatori di *handicap*. Sembra perciò ingeneroso, oltre che inesatto, ricondurre in blocco le disposizioni della legge n. 68 del 1999 ad una vecchia logica paternalistica, attribuendo solo alla direttiva il merito di declinare "in una nuova chiave anti-paternalistica" la tutela della eguale libertà dei lavoratori disabili[442].

Certo è paternalistica la previsione dell'obbligo di assumere secondo le quote riservate pur ridisegnate dalla legge, peraltro con l'importante novità rappresentata dalla previsione di forme flessibili di adempimento attraverso lo strumento duttile e consensuale del collocamento mirato; ma si tratta con ogni probabilità di una dose di paternalismo ancora indispensabile per promuovere

---

436 V. Cass., sez. lav., 29 maggio 1999, n. 5290, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, pag. 128, con nota di M. P. MONACO, *Il patto di prova con gli invalidi e i limiti formali al potere di recesso del datore di lavoro: la Cassazione interpreta se stessa*; Cass., sez. lav., 18 marzo 2002, n. 3920, *ivi*, 2003, II, pag. 83, con commento di C. CORSINOVI, *Ancora sui requisiti formali del recesso dal rapporto di lavoro in prova con soggetto avviato in regime di collocamento obbligatorio*.

437 Su tale indirizzo giurisprudenziale v. P. LAMBERTUCCI, *Le discipline speciali*, cit., pagg. 425-426.

438 L. TOSATO, *Il lavoro dei disabili*, cit., pag. 252.

439 V. Cass., 2 agosto 1975, n. 2958, in *Mass. Giur. Lav.*, 1976, pag. 198, con nota di G. PERA.

440 V. G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., pagg. 89-90.

441 V. il già ricordato art. 18, co. 1, della legge (*supra*, nota 48).

442 Così – sembra di capire – M. BARBERA, *Le discriminazioni*, cit., pag. 79 (da cui son tratte le parole citate tra virgolette nel testo).

con misure efficaci (ancorché non sempre effettive) il diritto al lavoro dei disabili[443]. Una dose di paternalismo forse inevitabile[444], dunque, all'interno d'una legge nel complesso "avanzata"[445], e che soprattutto attraverso il vario strumentario del collocamento mirato (che comprende anche il mezzo delle azioni positive) sposa una moderna logica premiale di promozione delle pari opportunità[446], avvicinandosi così alla impostazione della stessa direttiva europea.

È per questo che nelle pagine precedenti si è tentata una lettura per così dire "accorpata" della disciplina speciale di cui alla legge n. 68 del 1999 e della nuova normativa antidiscriminatoria: nella consapevolezza che si tratti di strumenti entrambi necessari – e largamente complementari e convergenti – di protezione/promozione della dignità e della eguale libertà del lavoratore affetto da disabilità.

---

[443] Va del resto rammentato che lo stesso diritto comunitario, nell'ambito della disciplina dedicata ai "lavoratori svantaggiati", accoglie una visione se si vuole paternalistica della tutela dei prestatori disabili quando ammette che gli stessi possano beneficiare di misure differenziate e, in particolare, di aiuti permanenti che siano necessari per consentirne l'assunzione ovvero la permanenza sul mercato del lavoro (cfr. l'art. 2 Regolamento n. 2204 del 2002). Come è stato chiarito, a differenza di quanto vale per le categorie di soggetti propriamente definiti come svantaggiati (art. 2, lett. *f*, del Regolamento), "per i lavoratori disabili lo svantaggio consiste nell'*essere* meno produttivi appunto perché disabili. Perciò l'incentivazione dell'occupazione dei disabili segue percorsi diversi, e può avere come sbocco possibile il "lavoro protetto"" (M. V. BALLESTRERO, *Introduzione. I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, in M. V. BALLESTRERO, G. G. BALANDI, *I lavoratori svantaggiati*, cit., pag. 9 e segg., qui pag. 22).

[444] Anche se andrebbero corretti gli eccessi di tutela che si sono rilevati ad esempio con riguardo all'art. 10, co. 4, della legge.

[445] Così A. MARESCA, *Rapporto di lavoro*, cit., pag. 29, che parla anzi di una legge "più *avanzata* di quella sulle azioni positive per la parità uomono donna […] che, per alcuni aspetti metodologici, evoca" (corsivo nell'originale).

[446] Si veda pure, in tal senso, tra gli altri, P. LAMBERTUCCI, *Le discipline speciali*, cit., pagg. 422 segg.

# La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*

Cristina Alessi

1. Premessa 139
2. Le disposizioni in materia di contratto a termine 139
2.1. Il rapporto tra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato 139
2.2. Le previsioni sulla successione di contratti a termine 141
2.3. La deroga "autorizzata" 145
2.4. Le ipotesi escluse dall'applicazione del limite temporale. 147
2.5. Il diritto di precedenza dei lavoratori a termine 148
2.6. Le modifiche all'art. 10, d. lgs. 368/2001 152
3. Le disposizioni in tema di lavoro a tempo parziale 153
3.1. Le modifiche alla disciplina delle clausole flessibili ed elastiche 153
3.2 Le modifiche all'art. 12-*bis:* la tutela dei lavoratori (e dei loro familiari) affetti da patologie oncologiche 156
3.3. Il diritto di precedenza dei lavoratori che hanno trasformato il rapporto di lavoro 158
4. Le novità in materia di somministrazione e lavoro intermittente 159
4.1 L'abolizione dello *staff leasing* 159
4.2. L'abrogazione della disciplina del lavoro intermittente 160

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 68/2008

## 1. Premessa

La legge n. 247 del 24 dicembre 2007 è stata emanata in attuazione delle previsioni del Protocollo sul Welfare, stipulato tra Governo e parti sociali il 23 luglio del medesimo anno[447]. Si tratta di un provvedimento complesso, di difficile lettura[448], che affronta sia la spinosa questione della riforma previdenziale, da tempo oggetto di discussione politica, sia la questione, non meno discussa, della riforma complessiva del mercato del lavoro, attraverso le previsioni in materia di ammortizzatori sociali, servizi all'impiego, lavoro dei disabili, apprendistato. Occorre segnalare, fin d'ora, che alcune delle previsioni della l. n. 247/2007 non sono immediatamente operative. In qualche caso, la legge contiene infatti norme di delega al Governo per la revisione di importanti settori della normativa lavoristica. Il riferimento è qui, tra l'altro, alla riforma degli ammortizzatori sociali (art. 1, c. 28) e degli incentivi all'occupazione (art. 1, c. 30), nonché al riordino della normativa in materia di occupazione femminile (art. 1, c. 81). In altre ipotesi, le previsioni della L. n. 247 richiedono, per la loro piena operatività, l'adozione di decreti ministeriali di attuazione ovvero l'intervento della contrattazione collettiva in funzione integrativa. È il caso, per quanto di interesse in questa sede, della previsione in materia di clausole elastiche e flessibili nel *part-time*, su cui si tornerà più avanti.

Per quanto riguarda le tipologie contrattuali flessibili, in linea generale si può osservare che il legislatore, andando anche oltre le previsioni del Protocollo sul Welfare, sembra voler attenuare gli aspetti più problematici della disciplina previgente, spostando in qualche modo l'asse della regolazione nella direzione di una maggiore tutela degli interessi dei lavoratori. In questa prospettiva, in particolare, si collocano le previsioni sul contratto a tempo determinato e sul *part-time*. L'abrogazione della disciplina del lavoro intermittente e della somministrazione a tempo indeterminato, invece, risponde senza dubbio alla scarsa utilizzazione di tali strumenti evidenziata dalla prassi applicativa, ma può essere letta anche come un omaggio alle posizioni critiche rispetto alle forme di flessibilità più esasperate[449].

## 2. Le disposizioni in materia di contratto a termine

### 2.1. Il rapporto tra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato

L'art. 1, comma 39, della L. n. 247/2007 si apre con la previsione secondo la quale all'art. 1, c. 1, del D. Lgs. n. 368/2001 deve essere premesso un comma del seguente tenore: "Il contratto di lavoro subordinato è stipulato *di regola* a tempo indeterminato". La norma costituisce la riaffermazione del rapporto di regola ed eccezione tra contratto a tempo indeterminato e contratto a

---

[447] Per un primo commento al Protocollo sul *Welfare* si v. G. ZILIO GRANDI, *Un nuovo 23 luglio per il diritto del lavoro e le relazioni industriali italiane. Ritorno al passato o ponte per il futuro?*, in *DRI*, 2007, p. 787 ss.

[448] La legge n. 247 è composta da un unico articolo con ben 94 commi, che intervengono in numerosissimi settori della disciplina lavoristica. La struttura è paragonabile a quella della legge finanziaria. Sull'intero provvedimento era stata posta la fiducia, il che ne spiega la tecnica di redazione.

[449] In tal senso si v. G. ZILIO GRANDI, *op. cit.*, p. 791, che riconduce l'abrogazione della somministrazione a tempo indeterminato all'operare di "dinamiche non tecniche, bensì politiche".

tempo determinato originariamente contenuto nella L. n. 230/1962[450] e cancellato dall'art. 1, comma 1, D. Lgs. n. 368 del 2001 (oggi comma 2), a mente del quale l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato è consentita in presenza di ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo. All'entrata in vigore della nuova disciplina del contratto a termine, in effetti, parte della dottrina aveva segnalato come la previsione di una clausola generale per l'individuazione delle ipotesi di legittima apposizione del termine poteva far pensare alla perfetta alternatività tra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato[451].

La novella legislativa sul punto recepisce, sviluppandole, le indicazioni del Protocollo sul Welfare che segnalava, sulla scorta delle previsioni della Direttiva 99/70/CE, come il rapporto a tempo indeterminato dovesse tuttora ritenersi la "forma comune dei rapporti di lavoro"[452]. In realtà, sulla stessa posizione si era già assestata la giurisprudenza successiva al D. Lgs. n. 368/2001[453], a partire dalle affermazioni contenute, *incidenter tantum*, in una sentenza della Cassazione del 2002, secondo la quale "il termine costituisce deroga di un generale sottinteso principio: il contratto di lavoro subordinato, per sua natura, non è a termine"[454]. Nello stesso senso è indirizzata anche la recente riforma dell'art. 36, D. Lgs. n. 165/2001, in materia di tipologie contrattuali flessibili nel pubblico impiego, attuata dall'art. 3, L. n. 244/2007 (legge finanziaria per il 2008). In questa ipotesi, fra l'altro, il carattere eccezionale del ricorso al lavoro flessibile, *in primis* al contratto a tempo determinato, risulta affermato con ancora maggiore vigore. Secondo il nuovo testo dell'art. 36, comma 1, infatti, "le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile (...) se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi". Non è possibile, in questa sede, approfondire il significato di una previsione di tale portata; si può, tuttavia, segnalare come la limitazione così introdotta renda difficile, almeno per quanto

---

[450] E ancora prima dall'art. 2097 c.c. nonchè dalla legge sull'impiego privato del 1924. In proposito si v. M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in P.A. VARESI, M. ROCCELLA, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1990, p. 85 ss.

[451] In tal senso M. TIRABOSCHI, *Apposizione del termine*, in M. BIAGI, a cura di, *Il nuovo lavoro a termine*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 90 ss.; prima del D. Lgs. n. 368/2001 si v. L. MONTUSCHI, *L'evoluzione del contratto a termine. Dalla subalternità all'alternatività: un modello per il lavoro*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 23-2000, p. 9 ss.

[452] Sul punto si v. R. BLANPAIN, *I contratti di lavoro a termine sono ancora una eccezione?*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2007, p. 1045 ss.; A. BELLAVISTA, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in A. GARILLI, M. NAPOLI, a cura di, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 7 ss. Sulla previsione citata ha avuto modo di pronunciarsi la Corte di Giustizia, sia pure incidentalmente, prima nel celeberrimo caso *Mangold* e, più di recente, nel caso *Adeneler*, nel quale la Corte ha affrontato la questione della successione di contratti a tempo determinato. In entrambe le sentenze si trova l'affermazione secondo la quale il "beneficio della stabilità dell'occupazione" costituisce "un elemento portante della tutela dei lavoratori. Si v. Cgce 22 novembre 2005, C- 144/04, *Mangold*, (punto 64 della sentenza) in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, II, p. 205 ss., con nota di L. CALAFÀ, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*, e in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, II, p. 250 ss., con nota di O. BONARDI, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di giustizia*; Cgce 4 luglio 2006, C- 212/04, *Adeneler* (punti 61-62 della sentenza), in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, II, p. 713 ss., con nota di L. NANNIPIERI, *La Corte di giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, D. Lgs. n. 368/2001 e 36, D. Lgs. n. 165/2001*.

[453] Si v., ad esempio, Corte d'Appello Firenze 11 luglio 2006, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, II, p. 459 ss., con nota di L. MENGHINI, *Contratto a termine, sue finalità, Costituzione, contrattazione collettiva e poteri del giudice*; Corte d'Appello Firenze, 30 maggio 2005, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, II, 120 con nota di P. ALBI, *Le ragioni oggettive che consentono l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato*, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

[454] Cass. 21 maggio 2002, n. 7468, in *D&L*, 2002, p. 609 ss., con nota di S. CHIUSOLO, *La riforma del contratto di lavoro a termine*.

attiene all'utilizzo di strumenti di flessibilità numerica, l'equiparazione dei poteri della p.a. a quelli del "privato datore di lavoro" di cui all'art. 5, comma 2, D. Lgs. n. 165/2001[455].

Per restare all'ambito del lavoro privato, le conseguenze della richiamata impostazione attengono anzitutto alla necessaria presenza di un legame del contratto a termine con esigenze limitate nel tempo di incremento dell'organico, esigenze cui, in altre parole, non appare (economicamente) giustificato far fronte con un'assunzione a tempo indeterminato[456]. Viene in tal modo confermato l'orientamento dottrinale secondo il quale la specificità del contratto a termine rispetto al contratto di lavoro a tempo indeterminato risiede nella temporaneità dell'esigenza fatta valere dal datore di lavoro[457].

Da questa affermazione discende inoltre l'imposizione, in capo al datore di lavoro, dell'onere di allegare specificamente le ragioni giustificative dell'apposizione del termine e di provare, in caso di contestazione, il nesso esistente tra le suddette ragioni e l'assunzione del lavoratore[458]. Ciò significa, fra l'altro, che non può considerarsi sufficiente a tal fine la mera indicazione nel contratto della formula utilizzata dal legislatore (ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive), ma deve richiedersi la puntuale individuazione delle ragioni giustificative del termine finale[459].

### 2.2. Le previsioni sulla successione di contratti a termine

Alla finalità di prevenire gli abusi derivanti dalla successione di contratti a termine rispondono le modifiche all'art. 5, D. Lgs. n. 368/2001, previste dal comma 40 del medesimo articolo 1, L. n. 247/2007, che introduce nel corpo della previsione citata i commi da 4-*bis* a 4-*sexies*. La nuova disciplina, come si è accennato, trova origine nella clausola 5 della Dir. 99/70/CE, che prevede la possibilità degli Stati membri, ai fini suindicati, di introdurre la previsione di ragioni obiettive per

---

[455] In tal senso anche S. MAINARDI, *Piccolo* requiem *per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della L. 9 marzo 2006, n. 80*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2006, p. 12 ss., a proposito della previsione introdotta nel corpo dell'art. 36 dalla l. n. 80/2006, che subordinava l'attivazione di contratti di lavoro flessibile nelle pp.aa. alla ricorrenza di esigenze temporanee ed eccezionali, nonchè al previo esperimento di procedure di assegnazione temporanea di personale e alla preventiva valutazione circa l'opportunità di ricorrere alla somministrazione di manodopera a termine. Sulla

[456] Si intende fare riferimento alla ricostruzione dottrinale secondo la quale la disciplina del contratto a termine ha la funzione di consentire al datore di lavoro un impiego efficiente della manodopera, attraverso una normativa in grado di razionalizzare l'esercizio del potere datoriale. In tal senso, in particolare, L. ZAPPALÀ, *Tra diritto ed economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti di lavoro a termine*, *Working Paper* del C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT, n. 37/2005, reperibile sul sito "*Labour Web*", all'indirizzo www.lex.unict.it/eurolabor, spec. p. 30 ss.

[457] La prima formulazione dell'orientamento in parola si deve a V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giorn. Dir. Lav. rel. Ind.*, 2001, spec. 379 ss.; si v. anche M. MARINELLI, *Contratto a termine e cause di giustificazione*, in A. GARILLI, M. NAPOLI, a cura di, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 45 ss. Attualmente la richiamata posizione si deve ritenere quella assolutamente prevalente in dottrina. Si vv. le opinioni raccolte nel Supplemento di *Guida al Lavoro* n. 1/2006, *Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di A. VALLEBONA, spec. p. 10 ss. sulla giustificazione del lavoro a termine.

[458] In tal senso si v., fra le altre, Trib. Milano 9 ottobre 2006, in *D&L*, 2007, p. 123, con nota di A. VESCOVINI, *Prova delle ragioni del contratto a termine*. In dottrina si v. M. AIMO, *Il contratto a termine alla prova*, in *Lav. Dir.*, 2006, spec. p. 462 ss. Criticamente, L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, p. 110 rileva che la giurisprudenza di merito avrebbe addossato al datore di lavoro oneri probatori ancor più gravosi di quelli derivanti dall'assetto precedente al D. Lgs. n. 368/2001.

[459] In tal senso, ad esempio, Corte d'Appello Firenze 11 luglio 2006, cit.; Trib. Bologna 2 dicembre 2004, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, p. 655 ss., con nota di M. MISCIONE. Per la ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali formatisi dopo il D. Lgs. n. 368/2001 si v. L. NANNIPIERI, *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, I, p. 327 ss.

la giustificazione del rinnovo dei contratti a tempo determinato, ovvero un limite di durata massima dei contratti di lavoro a termine tra le medesime parti o, infine, un limite al numero dei rinnovi dei predetti contratti[460].

Il legislatore italiano ha scelto di introdurre la seconda delle misure ipotizzate dalla direttiva: l'art. 5, comma 4-*bis*, del D. Lgs. n. 368/2001 prevede ora un limite di durata massima di 36 mesi per i contratti a termine stipulati tra i medesimi soggetti. La norma si apre facendo salva la disciplina prevista dai due commi precedenti, che riguardano le ipotesi di illegittima successione di contratti, cioè i casi di stipulazione di un secondo contratto a termine entro 10 o 20 giorni dalla cessazione del primo contratto (a seconda che si tratti di contratto di durata inferiore o superiore a 6 mesi) e il caso di contratti a termine stipulati senza soluzione di continuità tra l'uno e l'altro[461]. Il comma 4-*bis*, insomma, si applica quando la successione dei contratti avviene nel rispetto dei termini (di 10 e 20 giorni) di cui al terzo comma dell'art. 5; si tratta di un'ipotesi tipizzata di abuso o, per usare una terminologia più familiare alla legislazione italiana, di frode alla legge, perché la previsione sottende la presunzione per la quale il ricorso reiterato al contratto a termine oltre un certo limite di tempo è indicativa di un'esigenza stabile di utilizzo delle prestazioni del lavoratore da parte del datore di lavoro. Com'è noto, la possibilità di dimostrare l'esistenza di una frode alla legge, al di fuori delle ipotesi di successione illegittima espressamente regolate, era prevista dall'art. 2, comma 2, ultimo periodo, della L. n. 230 del 1962[462]. La cancellazione della previsione, già contenuta nell'art. 12 della L. n. 196/1997[463] e poi confermata dal D. lgs. n. 368/2001, non ha fatto venir meno, secondo la dottrina assolutamente prevalente, tale possibilità, che deve invece ritenersi ammissibile *ex* art. 1344 c.c.[464]. Oggi, alla luce della nuova disciplina, è quasi scontato ritenere che il ricorso alla disposizione codicistica sarà residuale, anche se non escluso a priori[465].

La fattispecie tratteggiata dal comma 4-*bis* è formata da diversi elementi: l'identità delle parti, la

---

[460] La suddetta finalità è stata espressamente ripresa, a fondamento della necessità di introdurre le modifiche in commento alla disciplina del lavoro a termine, dal Protocollo sul *Welfare*. Si v. sul punto A. VALLEBONA, *Il lavoro a termine nel protocollo del luglio 2007*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, p. 698 ss.

[461] Sulla disciplina della successione di contratti a tempo determinato si v. L. M. DENTICI, *Scadenza del termine e successione dei contratti: il regime sanzionatorio*, in A. GARILLI, M. NAPOLI, a cura di, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 119 ss.; G. MAUTONE, *Scadenza del termine e sanzioni. Successione di contratti*, in M. BIAGI, a cura di, *Il nuovo lavoro a termine*, Milano, Giuffré, 2002, p. 157 ss.

[462] Sulla previsione si v. M. ROCCELLA, *op. cit.*, p. 198 ss.

[463] Sulla disciplina della successione di contratti a termine di cui all'art. 12, L. n. 196/1997 si v. M. ROCCELLA, *Disciplina sanzionatoria del contratto a tempo determinato*, in M. NAPOLI, a cura di, *Il "Pacchetto Treu". Commentario sistematico alla L. 24 giugno 1997, n. 196*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 1298 ss.; A. TAMPIERI, *La nuova disciplina sanzionatoria del contratto a termine*, in L. GALANTINO, a cura di, *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 313 ss.

[464] In tal senso V. SPEZIALE, op. cit., p. 379; L. M. DENTICI, op. cit., p. 131; L. DE ANGELIS, Sub *art. 5. Scadenza del termine e sanzioni. Successione dei contratti*, in L. MENGHINI, a cura di, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Milano, Ipsoa, 2002, p. 130 ss.

[465] L'ipotesi di una serie di contratti che, nel rispetto dei termini di cui all'art. 5, commi 3 e 4, ed entro i limiti di durata ora tracciati dall'art. 5, comma 4 *bis*, rivelino comunque l'intento fraudolento del datore di lavoro potrà essere accertata sulla scorta dei criteri elaborati dalla giurisprudenza nel vigore della disciplina di cui alla L. n. 230/1962. In particolare, indici rivelatori della frode possono essere considerati la stipulazione di numerosi contratti a termine, la continuità temporale degli stessi, la brevità del periodo intercorrente tra gli uni e gli altri. Si v., in proposito, Pret. Milano 8 aprile 1993, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1993, p. 829; in dottrina, M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, cit., p. 202; G. NICOLINI, *Il lavoro a tempo determinato*, Napoli, Ed. Simone, 2003, p. 105 ed ivi ulteriori riferimenti.

successione di contratti a termine per un periodo superiore a 36 mesi, compresi proroghe e rinnovi e indipendentemente dai periodi intercorrenti tra un contratto e l'altro, nonché l'equivalenza delle mansioni previste dai diversi contratti.

Per quanto riguarda il periodo di durata massima dei contratti a termine, occorre rilevare immediatamente che la norma non prevede affatto un arco temporale di riferimento (ad esempio: 36 mesi in 5 o 10 anni): il limite riguarda dunque l'intera vita lavorativa. L'interpretazione è confermata anche dall'inciso riferito ai periodi di intervallo tra un contratto e l'altro, che possono anche essere di considerevole durata senza far venir meno l'applicabilità della norma. Una questione che potrebbe porsi, in astratto, riguarda la legittimità di un unico contratto a termine la cui durata venga *ab origine* stabilita in un periodo superiore 36 mesi. Secondo la dottrina, infatti, il D. Lgs. 368/2001 avrebbe consentito la stipulazione di contratti a termine di durata molto ampia, perfino oltre i fatidici tre anni cui ora fa riferimento la previsione in commento[466]. In questo caso, stando alla lettera del comma 4-*bis*, non si ricadrebbe nell'ipotesi sanzionata con la conversione, poiché la norma prevede che il superamento del limite debba avvenire "*per effetto di successione di contratti a termine*". Le parti, però, non potrebbero stipulare un ulteriore contratto a tempo determinato, fatta salva la possibilità di deroga di cui si parlerà tra poco o la stipulazione di un nuovo contratto per mansioni non equivalenti. In realtà, appare plausibile una diversa interpretazione che, proprio alla luce delle novità ora descritte, valorizzi il termine di 36 mesi come termine massimo di durata del contratto a tempo determinato in tutte le ipotesi previste dal D. Lgs. n. 368/2001: stipulazione di un unico contratto a termine, successione (legittima) di contratti per mansioni equivalenti tra le medesime parti, proroga del contratto a termine di durata iniziale inferiore a 3 anni. La conclusione non è contraddetta dalla previsione secondo la quale il limite di tre anni di durata complessiva del contratto riguarda esclusivamente l'ipotesi di proroga del contratto di durata inizialmente inferiore ai tre anni (art. 4, comma 3, D. Lgs. n. 368/2001), potendosene ora formulare un'interpretazione adeguatrice, che riferisca la norma alla possibilità di deroga prevista dal comma 4-*bis*. In altre parole, il limite di durata complessiva di 36 mesi del contratto prorogato potrebbe essere superato solo per effetto della deroga "generale" di cui all'art. 5, comma 4-*bis*, ovvero nelle ipotesi non soggette al limite di durata individuate dall'art. 10, ed in particolare per il rapporto di lavoro dirigenziale, di cui all'art. 10, comma 4, nel testo riformulato dalla l. n. 247/2007.

Quanto ai requisiti sostanziali, opportunamente il comma 4-*bis* fa riferimento all'equivalenza (e non all'identità) delle mansioni, prevenendo così facili elusioni. In caso di contestazione il giudizio sull'equivalenza delle mansioni dovrà essere effettuato sulla scorta della ormai consolidata interpretazione giurisprudenziale in materia di equivalenza professionale[467]. Nel caso in cui le mansioni

---

[466] La conclusione si ricavava, *a contrario*, dalla disciplina della proroga, che l'art. 4, D. Lgs. n. 368/2001, consente nella sola ipotesi in cui il contratto inizialmente stipulato prevede una durata inferiore ai tre anni. La norma precisa anche che "con esclusivo riferimento a tale ipotesi" la durata complessiva del contratto non può essere superiore a tre anni. Sulla previsione si v. V. SPEZIALE, op. cit., p. 400 ss. Nulla vietava, dunque, di prevedere una durata iniziale superiore a tre anni, fermo restando, però, il requisito della temporaneità delle esigenze del datore di lavoro.

[467] Si fa riferimento qui all'orientamento che ricollega l'equivalenza delle mansioni non solo, o non tanto, all'identità di inquadramento contrattuale delle mansioni, ma anche al contenuto professionale delle mansioni, inteso come "come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o l'arricchimento del patrimonio professionale del lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto": in questi termini si v., da ultimo, Cass. 26 luglio 2006, in *D&L*, 2006, p. 1117 ss., con nota di M. ORLANDO, cui si rinvia per

previste dai contratti a termine stipulati tra i medesimi soggetti siano diverse (*id est*: non equivalenti), la sanzione di cui si dirà non può essere applicata; in questa ipotesi, la conversione in contratto a tempo indeterminato avverrà solo quando la durata dei contratti stipulati per mansioni omogenee supera il tetto massimo stabilito dalla legge[468].

Nel caso di superamento del limite di 36 mesi, la norma prevede che il rapporto di lavoro si consideri a tempo indeterminato "ai sensi del comma 2" dell'art. 5, come modificato dal comma 40, lett. a) dell'art. 1, L. n. 247/2001. Si può rilevare una lieve incongruenza, perché l'art. 5, comma 2, prevede che nelle ipotesi di successione entro i termini di 10 o 20 giorni ivi previsti il *secondo* contratto debba considerarsi a tempo indeterminato, mentre nel caso della successione *ex* comma 4-*bis* il contratto che supera il limite di 36 mesi può non essere il secondo, ma il terzo, il quarto e via dicendo. La discrasia, tuttavia, può essere superata in via interpretativa, intendendo cioè la norma riferita al contratto con il quale il limite stabilito dalla legge viene superato.

Una previsione di difficile lettura è quella che regola i contratti già in corso ed, in particolare, il computo del periodo di lavoro già svolto presso il medesimo datore di lavoro. Anzitutto, l'art. 1, comma 43, lett. *a)*, l. n. 247/2007 prevede che i contratti in corso continuano fino alla loro scadenza anche in deroga alle disposizioni del comma 4-*bis*. Questa disposizione non sembra sollevare particolari difficoltà interpretative, limitandosi a regolare la sorte dei contratti in corso di svolgimento; più complesso sembra il significato da attribuire alla lett. *b)* della medesima norma, a mente della quale "il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-*bis*, decorsi quindici mesi dalla medesima data". Da un lato, infatti, si può ritenere che i periodi precedenti e successivi al 1° gennaio 2008 siano sì rilevanti ai fini del computo del limite di 36 mesi, ma solo a partire dal 1° aprile 2009[469]. La conversione del contratto, in altre parole, potrebbe essere pronunciata solo da quella data, costituendo il periodo di 15 mesi una sorta di "termine di grazia". Diversamente, si può ritenere che i periodi di lavoro compresi tra il 1° gennaio 2008 e il 31 marzo 2009 non si conteggino affatto ai fini del raggiungimento della fatidica soglia dei 36 mesi, mentre devono conteggiarsi il periodo precedente e quelli successivi[470]. La soluzione ora descritta sembra, in effetti, la più ragionevole; si può ritenere infatti che il legislatore abbia voluto permettere ai datori di lavoro di godere di un periodo transitorio in cui i periodi di lavoro svolti in esecuzione di un contratto a termine non rientrino nel computo del periodo massimo previsto dal comma 4-*bis* dell'art. 5.

Una precisazione, a questo punto, merita la previsione circa la computabilità del "periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge"; tale periodo deve intendersi come quello già svolto in attuazione di un contratto a termine *in corso al momento dell'entrata in vigore della legge*, e cioè al 1° gennaio 2008. É solo per questo periodo, in effetti, che ha

---

ulteriori riferimenti. Per una compiuta ricostruzione della giurisprudenza in materia si v. A. OCCHIPINTI, G. MIMMO, *Mansioni superiori e mansioni equivalenti*, Milano, Giuffré, 2002.

[468] Sul punto si v. M. TATARELLI, *Le novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Guida Lav.*, n. 2-2008, p. 115.

[469] In tal senso sembra l'interpretazione di P. GREMIGNI, *Lettura comma per comma della legge 24 dicembre 2007, n. 247*, in *Guida Lav.*, n. 2-2008, p. 167; così anche F. ROTONDI, *Le modifiche ai contratti di lavoro a tempo determinato e* part-time, in *Dir. Prat. Lav.*, 2008, p. 239.

[470] In tal senso M. TATARELLI, *op. cit.*, p. 116.

senso porsi il problema della sommatoria con i periodi successivi. La norma non può essere interpretata come volta a consentire di sommare tutti i periodi di lavoro svolti in precedenza[471], sia in virtù del principio di irretroattività della legge, sia perché diversamente bisognerebbe immaginare che il legislatore fosse intenzionato ad incrementare a dismisura il contenzioso. Quel periodo di lavoro (e solo quello), pertanto, andrà sommato ai periodi di attività successivi al 1° aprile 2009[472]ai fini del raggiungimento della fatidica soglia.

### 2.3. La deroga "autorizzata"

Come si è detto, decorso il periodo di 36 mesi stabilito dalla legge, non è più possibile stipulare un ulteriore contratto a termine tra le medesime parti, per mansioni equivalenti, pena la trasformazione in contratto a tempo indeterminato del contratto che superi il limite suddetto.

L'art. 5, comma 4-*bis*, D- Lgs. n. 368/2001 prevede tuttavia la possibilità di stipulare un ulteriore contratto a termine per una sola volta, alle condizioni ivi previste. In primo luogo, la stipulazione del contratto deve avvenire presso la Direzione Provinciale del Lavoro competente per territorio; inoltre, il lavoratore deve essere assistito da un rappresentante sindacale delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative cui aderisce o conferisce mandato *ad hoc*. Il modello è quello, ormai classico, della derogabilità assistita[473] previsto, ad esempio, per le dimissioni della lavoratrice madre o per la trasformazione del rapporto di lavoro da *full time* a *part-time*[474]. La dottrina ha sostenuto che, in questo caso, la funzione del procedimento previsto dalla norma dovrebbe essere quella di controllo sulla giustificazione dell'ulteriore contratto a termine, controllo che lo renderebbe inoppugnabile sotto il profilo causale[475]. Si tratterebbe, in altre parole, di una certificazione *sui generis*, dato che il ricorso all'istituto in questione non sembra ammissibile per il contratto di lavoro a termine[476]. La conclusione, in ogni caso, non può essere condivisa, sia perché, come è stato correttamente rilevato, anche volendo ammettere l'intenzione del legislatore di introdurre una sorta di certificazione del contratto a termine in deroga, non si potrebbe mai escludere il potere di accertamento del giudice sulla ricorrenza in concreto del presupposto causale, "pena la violazione del diritto costituzionale alla difesa"[477], sia perché la funzione del

---

[471] Come sembra ritenere M. TATARELLI, *op. loc. ult. cit*.

[472] Non pare un caso, fra l'altro, che il legislatore utilizzi il singolare per il periodo di lavoro già effettuato prima dell'entrata in vigore della legge e il plurale per i successivi periodi di attività.

[473] Di "flessibilità negoziata" parla G. ZILIO GRANDI, *op. cit.*, p. 791

[474] Sulle ipotesi di derogabilità assistita si v. la ricostruzione di R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2007.

[475] In tal senso A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 698 ss., secondo il quale in questo caso "la tecnica del controllo obbligatorio preventivo amministrativo-sindacale sulla giustificazione sostituisce la tecnica, foriera di incertezze, del controllo successivo del giudice, cui resta solo la verifica della legittimità del procedimento".

[476] Com'è noto, il ricorso alla certificazione è espressamente previsto "in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro" dall'art. 75 del D. Lgs. n. 276/2003 (come modificato dal D. Lgs. n. 251/2004), per il regolamento interno delle cooperative (art. 83) nonché per la distinzione tra interposizione illecita e appalto genuino (art. 84). Sulla possibilità di interpretare in modo estensivo la dizione della norma, ricomprendendovi anche le questioni "che attengono alla sussistenza dei presupposti o requisiti del contratto" si v., dubitativamente, A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. MAGNANI, P. A. VARESI, a cura di, *op. cit.*, p. 620 ss. Sulla certificazione, in generale, si vv., ad esempio, L. NOGLER, *Procedure di certificazione*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 869 ss.; G. PERONE, A VALLEBONA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2004; per i profili operativi si v. C. ENRICO, M. TIRABOSCHI, *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2005.

[477] In questi termini R. VOZA, *op. cit.*, p. 200 ss.

procedimento previsto dalla norma sembra diversa. In effetti, la stipulazione "assistita" ha lo scopo di avvertire il lavoratore che l'ulteriore contratto a termine costituisce un'eccezione alla previsione della legge e che egli, concludendolo nella sede indicata, non potrà agire per far dichiarare l'intervenuta conversione del rapporto di lavoro in contratto a tempo indeterminato[478]. Il presupposto è, dunque, che il termine di 36 mesi venga superato proprio attraverso la conclusione dell'ulteriore contratto[479]; con la procedura ora descritta, in definitiva, il nuovo contratto viene escluso dal computo dei periodi di lavoro necessari ad integrare la fattispecie prevista dall'art. 5, comma 4-*bis*, D. Lgs. n. 368/2001.

Sempre secondo le previsioni dell'art. 5, comma 4-*bis*, la durata (massima)[480] del contratto ulteriore è stabilita da avvisi comuni tra le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro. Fino dunque alla emanazione degli avvisi in parola, la deroga non può essere attuata; è questa una delle previsioni della l. n. 247/2007 che richiede l'intervento della contrattazione collettiva. Sui soggetti e sugli atti legittimati ad integrare la previsione legale è opportuno svolgere alcune considerazioni. Non costituisce una novità l'individuazione dei sindacati comparativamente più rappresentativi come soggetti abilitati; si tratta, com'è noto, di un criterio spesso utilizzato dalla legislazione più recente in funzione selettiva dei soggetti negoziali[481]. Il D. Lgs. n. 368/2001 non costituisce un'eccezione, da questo punto di vista; nelle sue previsioni si trova spesso il rinvio alla contrattazione collettiva, sia pure nel quadro di un sostanziale ridimensionamento del ruolo della stessa nella disciplina del lavoro a tempo determinato[482]. L'aspetto innovativo della previsione risiede, invece, nel rinvio legale ad "avvisi comuni",

---

[478] Si v. in proposito l'opinione di R. VOZA, *op. cit.*, p. 200, secondo il quale in questa ipotesi non si realizza "nessuna disposizione di diritti da parte del lavoratore".

[479] È questa la ragione per la quale non si condivide la posizione di M. TATARELLI, *op. cit.*, p. 114, secondo il quale "non si comprende perché il lavoratore dovrebbe preferire una nuova occupazione precaria alla possibilità di agire in giudizio per farsi riconoscere l'intervenuta conversione", che sembra partire dal presupposto secondo cui la fattispecie si sarebbe perfezionata *prima* della nuova stipulazione.

[480] La precisazione è d'obbligo, perchè la legge parla solo di "durata del predetto ulteriore contratto". Sembra però possibile ritenere che le parti sociali fisseranno un tetto massimo di durata, all'interno del quale potrà essere individuata la durata concreta del contratto, anche in relazione alle esigenze produttive fatte valere per l'apposizione del termine.

[481] Sull'utilizzazione del criterio della maggiore rappresentatività comparata nelle fattispecie di devoluzione legale di funzioni alla contrattazione collettiva si v. P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Milano, Giuffrè, 2000, spec. p. 226 ss.; L. SILVAGNA, *Il sindacato comparativamente più rappresentativo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1999, p. 211 ss.

[482] A cominciare dalla sottrazione alla contrattazione collettiva della funzione di individuare ulteriori ipotesi di apposizione del termine, prevista dall'art. 23 della l. n. 56/1987 e svuotata di significato dalla previsione di una causale "omnicomprensiva" di ricorso al lavoro a tempo determinato di cui all'art. 1, comma 1 (ora comma 2), D. Lgs. n. 368/2001. Sul punto si v. S. GIUBBONI, *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368 del 2001*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, I., p. 505 ss. Per una rivalutazione del ruolo della contrattazione collettiva, pur nel mutato contesto normativo, si v. M. NAPOLI, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine*, in ID., *Il diritto del lavoro tra conferme e sviluppi (2001-2005)*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 159 ss.

che la l. n. 247/2007, utilizzando una terminologia di stampo comunitario[483], distingue dai contratti collettivi[484]. Probabilmente per "avvisi comuni" si devono intendere quelli stipulati a livello interconfederale, che non costituiscono tecnicamente veri e propri accordi, non avendo contenuto negoziale, ma che hanno la funzione di rappresentare l'orientamento delle parti sociali su una data materia[485].

Il comma 4-*bis* si chiude con la previsione secondo la quale il mancato rispetto della procedura ora descritta, ovvero il superamento della durata massima comporta la conversione del contratto ulteriore in contratto a tempo indeterminato. Non sembra applicabile all'ipotesi *de qua* il periodo di tolleranza di 20 o 30 giorni previsto dall'art. 5, comma 1, per le ipotesi di prosecuzione del rapporto di lavoro oltre la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato. La conclusione si ricava dalla dizione della norma, che si riferisce al "superamento del termine stabilito nel medesimo contratto".

### 2.4. Le ipotesi escluse dall'applicazione del limite temporale.

Il nuovo comma 4-*ter* dell'art. 5, D. Lgs. n. 368/2001, prevede che le disposizioni di cui al comma 4-bis non trovino applicazione nei confronti delle attività stagionali. Si tratta anzitutto delle attività indicate dal D.P.R. n. 1525 del 1963, emanato in attuazione delle previsioni di cui all'art. 1, comma 2, lett. *a)*, della L. n. 230/1962[486], nonché delle attività individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative. La norma risulta opportuna, perché in mancanza l'elenco avrebbe dovuto considerarsi tassativo. Quanto all'ampiezza del potere di integrazione della previsione, guardando alla lettera della legge dovrebbe ritenersi che anche le ipotesi previste dai contratti collettivi debbano rivestire carattere necessariamente stagionale[487].

Si può osservare, inoltre, che nella previsione in parola il legislatore distingue tra avvisi comuni e contratti collettivi nazionali, il che sembra costituire una conferma della tesi sostenuta in queste pagine circa il significato del rinvio agli avvisi comuni (si v. *supra*, par. 2.3). La previsione del rinvio al contratto nazionale è particolarmente importante in questo contesto, perché è al livello di categoria che possono meglio essere valutate le attività che richiedono l'impiego di prestazioni di

---

[483] L'espressione "pareri comuni" è stata utilizzata, ad esempio, in relazione al dialogo sociale comunitario: cfr. M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, Cedam, 2007, p. 415. In merito si v. inoltre F. GUARRIELLO, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva: il dialogo sociale*, Milano, F. Angeli, 1992; R. NUNIN, *Il dialogo sociale europeo*, Milano, Giuffrè, 2001, spec. p. 16 ss.; G. ZILIO GRANDI, *Parti sociali e contratto collettivo nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 37 ss.; sul ruolo e le diverse funzioni della contrattazione collettiva in ambito comunitario si v. A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1999.

[484] Lo si ricava dalla disposizione del nuovo comma 4-*ter* dell'art. 5, che fa riferimento alle ipotesi individuate "dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali". Sulla previsione si tornerà più oltre, nel testo.

[485] Tra gli avvisi comuni finora adottati, il più noto è certamente quello sull'orario di lavoro del novembre 1997, sul quale si v. R. DELVECCHIO, *L'Avviso comune Confindustria – CGIL, CISL, UIL sul recepimento della Direttiva della Comunità europea n. 104 del 1993*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, p. 511 ss.; più di recente si v. l'Avviso comune 4 ottobre 2006 di Confindustria, CGIL, CISL e UIL sull'attuazione della circolare ministeriale in materia di *call center*, reperibile sul sito della Fondazione Marco Biagi, all'indirizzo: http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/IndiceA-Z/articolo2698.html.

[486] Per la ricostruzione del significato della previsione si v. M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, cit., p. 88 ss.

[487] La formulazione della norma non sembra lasciar spazio ad una diversa interpretazione, dato che si riferisce alle "attività stagionali definite dal" D.P.R. del 1963 e a "quelle che saranno individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali".

lavoro stagionali.

Resta escluso dall'applicazione del limite di 36 mesi il rapporto di lavoro dei dirigenti; l'art. 1, comma 41, lett. *c)*, l. n. 247/2007, introduce nell'art. 10, comma 4, D. lgs. n. 368/2001 la precisazione secondo la quale la stipulazione di contratti di lavoro a termine con i dirigenti può avvenire "in deroga a quanto previsto dall'art. 5, comma 4-*bis*". La previsione, in realtà, è ridondante, perché per il lavoro dirigenziale il medesimo comma 4 dell'art. 10 prevede l'esclusione dal campo di applicazione dell'intero D. lgs. n. 368/2001, fatta eccezione per le disposizioni degli artt. 6 e 8[488].

Infine, restano ferme le esclusioni dal campo di applicazione della disciplina di cui al D. Lgs. n. 368/2001 individuate dal medesimo art. 10.

### 2.5. Il diritto di precedenza dei lavoratori a termine

Una delle principali novità della revisione della disciplina del contratto a tempo determinato è senza dubbio costituita dalla riproposizione, in forma rinnovata, del diritto di precedenza dei lavoratori a termine nel caso di nuove assunzioni effettuate dal datore di lavoro in un arco di tempo definito. Si tratta di un diritto originariamente previsto dall'art. 23, l. n. 56 del 1987, per i soli lavoratori stagionali e per i lavoratori assunti in occasione delle punte stagionali di attività[489] e cancellato dal D. Lgs. n. 368/2001, che aveva affidato alla contrattazione collettiva l'eventuale reintroduzione del suddetto diritto.

La L. n. 247/2001, dopo aver disciplinato nuovamente il diritto di precedenza, del quale si discuterà tra breve, dispone, al comma 41, lett. d), l'abrogazione dei commi 9 e 10 dell'art. 10, D. Lgs. n. 368/2001. La previsione ha anticipato di qualche settimana la pronuncia di illegittimità costituzionale delle medesime norme, nonché di quella di cui all'art. 11, comma 2, nella parte in cui abrogava l'art. 23, comma 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56, per violazione dell'art. 77, comma 1, Cost.[490]. La Corte costituzionale, in particolare, ha sottolineato come le previsioni sul diritto di precedenza originariamente contenute nell'art. 23, L. n. 56/1987 e nell'art. 8-*bis* della L. n. 79/1983 non rientrino nel campo di applicazione della direttiva n. 99/70/CE, "né nel perimetro tracciato dal legislatore delegante" e, pertanto, su di esse il legislatore delegato non avrebbe dovuto intervenire. La pronuncia, oltre a dare ragione a chi aveva sostenuto che la riforma della disciplina del contratto a termine di cui al D. Lgs. n. 368/2001 non poteva dirsi rispettosa delle

---

488 Sulla previsione di cui all'art. 10, comma 4, si vv. L. M. DENTICI, *Esclusioni dal campo di applicazione del D. Lgs. n. 368/2001 e discipline specifiche*, in A. GARILLI, M. NAPOLI, a cura di, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 153 ss.; F. PASQUINI, *Contratto a termine e lavoro dirigenziale*, in M. BIAGI, a cura di, *Il nuovo lavoro a termine*, Milano, Giuffré, 2002, p. 279 ss.; F. BASENGHI, *Contratto a termine e lavoro dirigenziale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, p. 1089 ss.

489 Sulla disciplina in parola si rinvia ancora a M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, cit., p. 185 ss.

490 *Corte cost. 25 febbraio 2008, n. 44, reperibile all'indirizzo www.giurcost.org. La questione di costituzionalità è stata sollevata da Trib. Rossano 17 maggio 2004, in RGL, 2005, II, p. 85 ss.con nota di A. Andreoni, La nuova disciplina sul lavoro a tempo determinato davanti alla Corte Costituzionale (a proposito della clausola di non regresso).*

indicazioni della direttiva comunitaria[491], costituisce un significativo passo della Corte verso l'accoglimento della teoria della vincolatività della clausola di non regresso[492]. Pur non ritenendo la disciplina del diritto di precedenza rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva 99/70/CE, la Corte non perde l'occasione di rilevare, richiamando la sentenza *Mangold*[493], che "se (l'invocata giurisprudenza della Corte di giustizia) fosse applicabile alla fattispecie in esame, potrebbe realmente incidere sulla legittimità delle norme censurate sotto il profilo delle loro contrarietà ai principi enunciati dalla direttiva sopra indicata".

Tornando ora alla disciplina del diritto di precedenza, occorre ricordare che, come anticipato, l'art. 10, comma 9, del D. Lgs. n. 368/2001 l'aveva subordinato alla previsione dei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi[494], limitandolo inoltre alle ipotesi di assunzione "con la medesima qualifica". La previsione del diritto di precedenza di cui ai nuovi commi 4-*ter* e 4-*quater* dell'art. 5 è molto più incisiva. Se ne possono individuare due fattispecie: una prima, quella di cui al comma 4-*ter*, di portata generale, e una, quella di cui al comma 4-*quater*, riservata dai lavoratori stagionali.

Per quanto attiene alla prima ipotesi, un generale diritto di precedenza è ora previsto dall'art. 5, comma 4-*quater*, per tutti i lavoratori a termine, inclusi i lavoratori stagionali, a date condizioni. In primo luogo, è richiesto che il lavoratore abbia prestato attività lavorativa in esecuzione di uno o più contratti a termine per un periodo complessivo superiore a sei mesi; a questo punto, in capo al lavoratore sorge un diritto di precedenza nelle assunzioni che il datore di lavoro effettua nei successivi 12 mesi per le mansioni già espletate. È però necessario che il lavoratore manifesti la volontà di avvalersi di tale diritto nei sei mesi successivi alla cessazione del contratto a termine. In ogni caso, il diritto di precedenza si estingue entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro.

Sulla disciplina ora descritta occorre svolgere qualche considerazione. Anzitutto, il periodo di sei mesi si riferisce all'intero arco della vita lavorativa; il diritto in parola si costituirà dunque in capo al lavoratore nel momento in cui si realizza la fattispecie. É bene ricordare, anzitutto, che l'effetto si verificherà per i periodi di lavoro successivi all'entrata in vigore della legge, non potendo, secondo le regole generali, essa disporre che per l'avvenire. Le questioni più delicate riguardano l'ipotesi in cui il lavoratore abbia complessivamente totalizzato sei mesi di lavoro nell'esecuzione

---

491 In questi termini si v. L. ZAPPALÀ, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2001, p. 633 ss.; P. SARACINI, Flexicurity *e lavoro a termine: problematiche attuali e prospettive*, in L. ZOPPOLI, a cura di, Flexicurity *e tutele del lavoro tipico e atipico*, *Working Paper* C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 57/2007, reperibile sul sito "*Labour Web*", all'indirizzo www.lex.unict.it/eurolabor, spec. p. 44 ss.

492 Sul significato e la portata delle clausole di non regresso si vv. U. CARABELLI, V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di* favor *e di* non regresso *nelle direttive sociali*, *Working Paper* C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 35/2005, reperibile sul sito "*Labour Web*", all'indirizzo www.lex.unict.it/eurolabor.

493 Cgce 22 novembre 2005, C- 144/04, *Mangold*, cit. In dottrina si v., oltre agli Autori citati in nota 6, S. SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea: un tassello nella 'modernizzazione' del diritto del lavoro*, *Working Paper* del C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT, n. 52/2007, reperibile sul sito "*Labour Web*", all'indirizzo www.lex.unict.it/eurolabor, spec. p. 14 ss.

494 Si v., in proposito, M. MARINELLI, *Il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato*, in A. GARILLI, M. NAPOLI, a cura di, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 157 ss.

di più contratti a termine stipulati per mansioni diverse[495]. La previsione non sembrerebbe infatti subordinare il diritto di precedenza allo svolgimento delle medesime mansioni per tutto il periodo stabilito. Si potrebbe anche ritenere, in altre parole, che il diritto di precedenza riguardi tutte le mansioni svolte presso la stessa azienda, anche in esecuzione di più contratti a termine. La soluzione appare, tuttavia, irragionevole, tenuto conto sia della *ratio* della norma che della legislazione precedente. Se si guarda agli obiettivi della previsione, è agevole concludere che le mansioni svolte durante i 6 mesi devono essere le medesime per le quali il datore di lavoro procede a nuove assunzioni[496], dato che lo svolgimento della medesima attività per un dato periodo di tempo può far ritenere acquisita, in capo al lavoratore, l'idoneità allo svolgimento, in via definitiva, delle mansioni pattuite. Non a caso, la durata massima del patto di prova, *ex* art. 10, L. 604/66, coincide con quella del periodo che determina l'insorgenza del diritto di precedenza[497].

La previsione del diritto di precedenza fa sorgere, in capo al lavoratore, una legittima aspettativa all'assunzione nel periodo di tempo indicato dalla norma[498]. Tale posizione, tuttavia, è subordinata alla manifestazione di volontà in tal senso da parte del lavoratore, da rendere entro 6 mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 5, comma 4-*sexies*, D. Lgs. n. 368/2001, pure introdotto dalla norma in esame. Si tratta, in questo caso, di una previsione discutibile, sia per il lavoratore, che è vincolato a rendere una dichiarazione in forma tale da poterla provare in caso di controversia, sia per il datore di lavoro, che per sei mesi non è in grado di sapere, in caso di nuove assunzioni, se debba o meno rispettare il diritto di precedenza dei lavoratori assunti a termine nel periodo antecedente. Anche nel vigore dell'art. 23, L. 56/1987, non erano mancate critiche alla previsione, formulata in termini analoghi, perché ritenuta fortemente limitativa del diritto del lavoratore[499]. Ai fini della certezza delle posizioni giuridiche in gioco, sarebbe stato, in effetti, più opportuno limitare sì la durata del diritto, ma senza subordinarlo alla dichiarazione del lavoratore.

La norma non prevede alcunché in ordine alle conseguenze derivanti dal mancato rispetto del

---

[495] La formulazione dell'art. 5, comma 4-*quater* è, sul punto, ambigua. Nell'individuare i requisiti per l'insorgenza del diritto di precedenza, infatti, la norma si riferisce semplicemente alla prestazione di attività lavorativa per un periodo superiore a 6 mesi in esecuzione di uno o più contratti a termine, senza indicare per quali mansioni, precisando poi che il diritto sorge con riferimento alle assunzioni "a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle *mansioni già espletate* in esecuzione *dei* rapporti a termine" (corsivo di chi scrive).

[496] La norma sembra escludere che il diritto di precedenza possa essere fatto valere in relazione a mansioni solo *equivalenti* a quelle precedentemente svolte dal lavoratore, dato che si riferisce alle mansioni *già espletate* dal lavoratore in esecuzione dei rapporti di lavoro a termine. In tal senso si v. M. TATARELLI, *op. cit.*, p. 115.

[497] Secondo A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 699, la disposizione in commento sarebbe volta ad eliminare la "la funzione di sperimentazione in vista dell'occupazione stabile dei più meritevoli finora opportunamente assolta dai contratti a termine", facendo prevalere una sorta di "egualitarismo demagogico". Una simile posizione non è condivisibile, perchè riduce la funzione del contratto a termine a quella di strumento di selezione del personale, che invece è propria di altri dispositivi, quali il patto di prova, per l'appunto.

[498] Per la ricostruzione delle ipotesi e del significato dell'aspettativa di diritto nel contratto di lavoro si v. A. OCCHINO, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Torino, Giappichelli, 2004.

[499] M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, cit., p. 187.

diritto di precedenza. Dovrebbe ritenersi esclusa, in ossequio ai principi generali e alla giurisprudenza formatasi in casi analoghi[500], la possibilità di ordinare la costituzione *ope judicis* del rapporto di lavoro, *ex* art. 2932 cod. civ.[501]. Il lavoratore ha però diritto al risarcimento del danno, da liquidarsi in via equitativa. Per ciò che attiene alla quantificazione della somma da erogare al lavoratore, un'indicazione può forse ricavarsi dalla giurisprudenza che si è occupata del risarcimento del danno dovuto dalla pubblica amministrazione per la violazione della disciplina del contratto a tempo determinato. Com'è noto, in questo caso, in forza del disposto dell'art. 36, comma 2, del D. Lgs. n. 165/2001, è esclusa la possibilità di costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la pubblica amministrazione[502], a causa del vincolo del concorso per l'accesso al lavoro pubblico previsto dall'art. 97 Cost. Per la quantificazione del risarcimento del danno in queste ipotesi, la giurisprudenza ha utilizzato come parametro di riferimento la retribuzione percepita, ragguagliata al tempo necessario per trovare una nuova occupazione, tenuto conto del sesso e dell'età del lavoratore[503], oppure ha applicato analogicamente i parametri desumibili dall'art. 18 Stat. Lav. per il danno da licenziamento illegittimo[504].

Oltre all'ipotesi "generale" ora descritta, la legge n. 247/2007 (re)introduce il classico diritto di precedenza per i lavoratori stagionali in relazione alle assunzioni effettuate dal datore di lavoro, entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, per le medesime attività stagionali. In dottrina si è ritenuto che vi sia, in questo caso, un ampliamento del diritto di precedenza, per via del riferimento alle "medesime attività stagionali", che implicherebbe l'estensione del diritto del lavoratore a tutte le mansioni riconducibili all'attività stagionale[505]. In realtà, si deve ritenere che una simile lettura non tenga conto né del tenore letterale della norma, che appare riferita alla medesima attività stagionale già svolta dal lavoratore, né della sua *ratio*, da rinvenire, come per l'ipotesi precedente, nel favore verso la riassunzione di lavoratori già impiegati, in ragione della capacità acquisita nello svolgimento delle precedenti mansioni.

Anche in questo caso il lavoratore è tenuto a manifestare la volontà di avvalersi del diritto di precedenza entro tre mesi dalla data di cessazione del rapporto, e il diritto si estingue entro un anno dalla medesima data. In questo caso, trattandosi di attività stagionali, il periodo di tre mesi per la manifestazione della volontà di avvalersi del diritto di precedenza non pone i problemi più sopra evidenziati, proprio perché il lasso di tempo tra un periodo di lavoro e quello successivo è di norma superiore a tre mesi.

---

[500] In relazione al diritto di precedenza dei lavoratori licenziati per riduzione di personale, di cui all'art. 8, comma 1, L. 223/1991, si v. Cass. 5 ottobre 2002, n. 14293, in *Orient. giur. lav*., 2002, I, p. 799.

[501] La possibilità di una pronuncia costitutiva *ex* art. 2932 cod. civ. è sostenuta da M. TATARELLI, *op. cit.*, p. 116; si v. anche, in relazione alla precedente disciplina di cui all'art. 10, comma 9, M. MARINELLI, *Il diritto di precedenza...*, cit., p. 162 ss.

[502] La conformità di detta previsione al diritto comunitario è stata affermata dalla Corte di giustizia in due sentenze coeve, che sottolineano al tempo stesso la necessità che la violazione sia assistita da sanzioni efficaci: si v. Cgce 7 settembre 2006, C-53/04 e C-180/04, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, II, p. 601 ss., con nota di A. GABRIELE, *Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della p.a. al vaglio della Corte di giustizia*.

[503] In questi termini Trib. Rossano 13 giugno 2006, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2589 ss.

[504] Così Trib. Genova 14 maggio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 2248, che ha applicato l'importo minimo del risarcimento del danno (5 mensilità di retribuzione), oltre all'indennità sostitutiva della reintegrazione.

[505] Sembra questa l'interpretazione di M. TATARELLI, *op. cit.*, p. 116.

## 2.6. Le modifiche all'art. 10, d. lgs. 368/2001

Com'è noto, l'art. 10, comma 7, del D. Lgs. n. 368/2001 affida alla contrattazione collettiva il compito di individuare limiti quantitativi di utilizzazione del contratto a tempo determinato, escludendo però dall'apposizione dei suddetti limiti le ipotesi individuate nelle lettere da a) a d)[506]. Il comma 41 dell'art. 1, L. 247/2007 sostituisce le lettere c) e d) della norma in commento, eliminando così dall'elenco i contratti a termine stipulati per l'intensificazione di attività in determinati periodi dell'anno (punte stagionali), quelli stipulati per l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti o predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario o occasionale, nonchè quelli genericamente destinati a favorire l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro e stipulati al termine di un periodo di tirocinio o *stage*. Per queste tipologie di contratti, dunque, la contrattazione collettiva è nuovamente abilitata a prevedere limiti quantitativi per il loro utilizzo.

Restano esenti da limiti i contratti a termine stipulati per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi [nuova lettera c) art. 10, comma 7] e i contratti stipulati con i lavoratori di età superiore ai 55 anni [nuova lett. d)]. Si tratta di previsioni presenti anche nella precedente formulazione della norma, sia pure in una diversa collocazione.

Per quanto riguarda il caso dell'assunzione a termine dei lavoratori ultracinquantacinquenni, è opportuno svolgere alcune osservazioni. In primo luogo, la norma riafferma la possibilità di prevedere causali di assunzione a tempo determinato legate a caratteristiche soggettive del lavoratore, l'età, per l'appunto. Di queste ipotesi di assunzioni si è discusso molto anche nel vigore della legge n. 230/1962[507], in relazione soprattutto alle ipotesi individuate dalla contrattazione collettiva, ma anche a quelle stabilite espressamente dal legislatore, come, ad esempio, l'art. 8, comma 2, l. n. 223/1991, per l'assunzione a termine dei lavoratori in mobilità[508]. La prima questione da affrontare è quella di stabilire se anche queste tipologie contrattuali debbano pur sempre corrispondere ad esigenze temporanee dell'impresa[509], ovvero se la sola previsione della legge o del contratto sia sufficiente a giustificare l'apposizione del termine[510]. Quest'ultima soluzione appare condivisibile, perché nelle fattispecie in parola prevale la finalità di favorire l'occupazione di soggetti che la legge o il contratto collettivo reputano in una posizione di particolare debolezza sul mercato del lavoro. A questo punto, però, si apre una seconda questione, legata alla possibile violazione dei divieti di discriminazione attuata dalle previsioni che individuano, quali criteri di applicazione della relativa disciplina, fattori come l'età, l'*handicap*, la nazionalità, l'orientamento sessuale[511]. Problemi di questo genere, del resto, sono destinati a riproporsi ogni volta che i fattori

---

[506] Sul significato delle clausole di contingentamento si v. M. NAPOLI, *Il ruolo della contrattazione collettiva...*, cit., p. 167 ss.

[507] Sul punto si v. M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, cit., p. 161 ss.; M. D'ANTONA, *I contratti a termine*, in AA. VV., *Il diritto del lavoro negli anni '80,* Napoli, Esi, 1988, p. 111 ss.

[508] M. MARINELLI, *Contratto a termine e cause di giustificazione*, in A. GARILLI, M. NAPOLI, a cura di, *op. cit.*, p. 52 ss. L'A. rileva, fra l'altro, come l'introduzione della fattispecie generale di cui all'art. 1 del D. Lgs. n. 368/2001 escluderebbe l'ammissibilità di ipotesi collegate a situazioni soggettive dei lavoratori, al di fuori di quelle espressamente previste dalla legge.

[509] Così Trib. Milano 11 maggio 2006, in *Riv. critica dir. lav.*, 2006, p. 787ss., con nota di F. BERNINI, *L'art. 2, D.Lgs. 368/01 e il contratto a termine per il trasporto aereo*.

[510] In questo senso, in relazione all'assunzione a termine dei lavoratori in mobilità, si v. Cass. 6 marzo 2003, n. 3374, in *Rep. Foro It.*, 2003, Voce: *Lavoro (rapporto)*, n. 890.

[511] Com'è noto, l'ampliamento del "catalogo" dei fattori di discriminazione si deve al diritto comunitario e, per quanto riguarda il nostro ordinamento, alle disposizioni di cui ai d. lg.vi n. 215 e 216 del 2003. Sulla "nuova stagione" della legislazione antidiscriminatoria

ora ricordati vengano utilizzati in funzione selettiva dei destinatari di misure rivolte a favorire l'occupazione, come è avvenuto nel caso del Patto per Milano[512]. È opportuno rammentare, infatti, che nel caso *Mangold* già richiamato si trattava proprio di valutare la compatibilità con il diritto comunitario della normativa tedesca che consente la stipulazione, senza alcun requisito sostanziale, di contratti a termine con lavoratori che abbiano già compiuto una certa età[513]. Alla luce dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in materia, la previsione della lettera d) dell'art. 10, comma 7, D. Lgs. n. 368/2001, può essere considerata legittima solo se si ritiene che la sottesa finalità di politica occupazionale possa giustificare la differenziazione di trattamento tra lavoratori giovani e anziani, secondo i criteri di necessità e proporzionalità indicati dalla Corte di Giustizia comunitaria[514].

L'art. 1, comma 41, L. n. 247/2007, infine, abroga espressamente le previsioni dei commi 8, 9, e 10 del medesimo art. 10. Si tratta, in primo luogo, della norma che esentava dalle limitazioni quantitative i contratti a termine di durata inferiore a 7 mesi (comma 8), che oggi dunque devono ritenersi soggetti alle clausole di contingentamento. In secondo luogo, in coerenza con l'introduzione del diritto di precedenza di fonte legislativa, viene abrogata la previsione che ne rinviava alla contrattazione collettiva l'eventuale disciplina (comma 9), insieme a quella che ne regolava l'estinzione (comma 10).

## 3. Le disposizioni in tema di lavoro a tempo parziale

### 3.1. Le modifiche alla disciplina delle clausole flessibili ed elastiche

L'art. 1, comma 44, della L. 247/2007 prevede alcune significative modifiche alla disciplina della flessibilità della prestazione nel *part-time*, ed in particolare delle clausole flessibili ed elastiche, quelle cioè che attribuiscono al datore di lavoro il potere di modificare unilateralmente, rispettivamente la collocazione temporale o la durata concordata della prestazione di lavoro. Ancora una

---

si v. M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in EAD., a cura di, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. XIX ss.; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, Jovene, 2005, spec. p. 373 ss.

[512] Il Patto per Milano del 2 febbraio 2000 era finalizzato, tra l'altro, a consentire, in un quadro regolativo concordato tra le parti sociali e il Comune di Milano, l'assunzione a termine di lavoratori extracomunitari inoccupati o disoccupati, lavoratori svantaggiati ai sensi della l. n. 381/1991 e lavoratori con più di 40 anni di età Il Patto ha aperto un acceso dibattito sia tra i sindacati dei lavoratori, sfociato poi nel rifiuto della Cgil di sottoscriverlo, sia in dottrina. Si vv. ad es. M. BIAGI, *Il patto Milano Lavoro: un'intesa pilota*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2000, p. 127 ss.; F. SCARPELLI, *Il patto Milano Lavoro: le ragioni del dissenso*, *ibidem*, 2000, p. 135 ss.; L. CASTELVETRI, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, *ibidem*, 1999, p. 321 ss.

[513] Cgce 22 novembre 2005, C- 144/04, *Mangold*, cit.

[514] Sull'applicazione del criterio di valutazione della *strict necessity* in materia di differenziazioni sulla base dell'età si v. O. BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. BARBERA, a cura di, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., spec. p. 138 ss.; sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia si v. F. SAVINO, *Differenze di trattamento e giustificazioni legittime nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Lav. Dir.*, 2004, p. 571 ss.

volta, dunque, il lavoro a tempo parziale risulta il perno attorno al quale ruotano diverse concezioni della flessibilità[515] ed anche diverse interpretazioni della direttiva comunitaria in materia[516].

La norma ritorna sulle modalità di inserimento delle clausole in esame nel contratto, richiedendo nuovamente per la legittima apposizione delle stesse, secondo quanto prevedeva la versione originaria del D. lgs. 61/2000[517], il c.d. "doppio filtro": da un lato, la possibilità di introdurre clausole flessibili ed elastiche deve essere prevista dai "contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale"; dall'altro, è richiesto altresì il consenso del lavoratore, formalizzato attraverso un apposito patto scritto[518] (art. 3, comma 9, D. Lgs. n. 61/2000). La previsione rappresenta un omaggio alle posizioni dottrinali più critiche rispetto all'affidamento alla sola volontà individuale del compito di introdurre deroghe alla disciplina legislativa ovvero della funzione di flessibilizzazione di una tipologia contrattuale, come il *part-time*, in bilico tra le esigenze di libera disponibilità del tempo di non lavoro e le istanze di flessibilità delle imprese[519]. Il fatto che non basti più il semplice consenso delle parti per l'apposizione delle clausole è sottolineato anche dall'abrogazione dell'art. 8, comma 2-*ter*, secondo il quale in assenza di contratti collettivi le clausole flessibili ed elastiche potevano essere concordate direttamente tra datore e lavoratore.

Per quanto riguarda la disciplina così rinovellata, è opportuno sottolineare che i contratti collettivi ai quali viene fatto rinvio devono essere integralmente applicati dal datore di lavoro che intenda ricorrere alle clausole elastiche o flessibili. La conclusione si desume, oltre che dalla tradizionale impostazione dei rapporti tra legge e contrattazione collettiva[520], anche dalla funzione promozionale del sistema contrattuale "posto in essere dalle organizzazioni sindacali comparativamente

---

[515] Sia consentito il rinvio a C. ALESSI, *Lavori ad orario ridotto e prevedibilità dell'orario di lavoro*, in L. GUAGLIANONE, F. MALZANI, a cura di, *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*, Milano, Giuffrè, 2007, spec. p. 258 ss. Si v. anche R. DEL PUNTA, *Lavoro a tempo parziale*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 469 ss. In generale, sulle tecniche di regolazione dei lavori flessibili, si v. A. PERULLI, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in *Giornale Dir. Lav. rel. Ind.*, 2002, p. 335 ss.

[516] Sulla direttiva comunitaria 97/81/CE in materia di lavoro a tempo parziale si vv. B. CARUSO, *Riforma del* part-time *e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli, Jovene, 2004, p. 17 ss.; M. DELFINO, *Riforma del* part-time *e vincoli comunitari, ibidem*, p. 77 ss.; S. SCARPONI, *Luci ed ombre dell'accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, I, p. 410 ss.; S. Caliandro, *Il lavoro a tempo parziale nella prospettiva comunitaria*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, I, p. 733 ss.

[517] Sulle clausole elastiche nella "versione" di cui al D. Lgs. n. 61/2000 sia nuovamente consentito il rinvio a C. ALESSI, *La flessibilità della prestazione: clausole elastiche, lavoro supplementare, lavoro straordinario*, in M. BROLLO, a cura di, *Il lavoro a tempo parziale. D. Lgs. n. 61/2000*, Milano, Ipsoa, 2001, p. 70 ss.; si v. inoltre S. BELLOMO, *Le clausole elastiche nel contratto di lavoro a tempo parziale dopo il decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61*, in F. LISO, a cura di, *Il lavoro a tempo parziale*, Roma, Luiss, 2002, p. 49 ss.; M. BIAGI, A. RUSSO, M. TIRABOSCHI, *Modalità del rapporto di lavoro a tempo parziale. Lavoro supplementare, lavoro straordinario e clausole elastiche*, in M. BIAGI, a cura di, *Il lavoro a tempo parziale*, il Sole 24 ore, Milano, 2000, p. 48 ss.

[518] Com'è noto, una delle principali modifiche introdotte dal D. Lgs. n. 276/2003 rispetto alla disciplina del *part-time* contenuta nel D. Lgs. n. 61/2000 è stata proprio l'affidamento alla (sola) autonomia individuale della possibilità di introdurre clausole elastiche e flessibili nel contratto. Si v. R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 514 ss. La dottrina ha prontamente segnalato come una previsione siffatta consegnasse al consenso individuale "infinite possibilità di deregolazione", incentivando anche la "fuga dal contratto collettivo: in questi termini, condivisibilmente, B. CARUSO, *op. cit.*, p. 25

[519] In questo senso si vv. le osservazioni di S. SCARPONI, *Il lavoro a tempo parziale*, *Working paper* del Centro Studi "Massimo D'Antona" .int, n. 18/2004, spec. p. 21 ss.

[520] Appare chiaro, infatti, che la norma si colloca nel quadro delle ipotesi di rinvio all'autonomia collettiva in funzione autorizzatoria, cioè ai fini della rimozione dei "vincoli legali che gravano sulla capacità negoziale del datore di lavoro", operando quindi solo nei confronti dei datori di lavoro che sono obbligati all'applicazione del contratto collettivo: si vv. in merito le osservazioni di M. D'ANTONA,

più rappresentative" che la dottrina ha individuato proprio nel rinvio legale[521]. Si può osservare che proprio in questo aspetto si coglie il cambiamento di filosofia di fondo della disciplina del *part-time*; una modifica di poche righe all'art. 3, comma 7, è sufficiente a restituire alla normativa quella funzione promozionale dell'autonomia collettiva che l'art. 46, D. Lgs. n. 276/2003 le aveva sottratto[522].

La conseguenza principale dell'impostazione accolta è che in assenza di previsioni contrattuali, ovvero nell'ipotesi in cui il datore di lavoro non applichi alcun contratto collettivo, al contratto di lavoro a tempo parziale non possono essere apposte clausole flessibili o elastiche. L'ipotesi in cui il contratto collettivo applicato dal datore di lavoro non contenga alcuna disciplina delle clausole in esame, tuttavia, sembra abbastanza peregrina; l'esperienza precedente dimostra come, in realtà, la contrattazione collettiva abbia fatto largo uso dei rinvii legislativi in materia. E se si pone mente al fatto che spesso queste clausole sono apposte al momento della conclusione del contratto di lavoro[523], ci si rende conto che il ruolo della volontà del lavoratore continua a restare, tutto sommato, limitato. É vero che spetta ai contratti collettivi pure l'individuazione di "condizioni e modalità" in relazione alle quali il datore di lavoro può esercitare il proprio potere, nonché la fissazione di limiti massimi di variabilità della prestazione (art. 3, comma 7, D. Lgs. n. 61/2000), ma è altrettanto vero che il lavoratore può in qualche misura "subire" l'apposizione delle clausole.

Neppure la modifica riguardante il preavviso può costituire un serio ostacolo all'esercizio del potere del datore di lavoro; l'art. 1, comma 44, lett. c), L. 247/2007, sostituisce il comma 8 dell'art. 3, D. Lgs. n. 61/2000, con la previsione secondo la quale "l'esercizio, ove previsto dai contratti collettivi di cui al comma 7 e nei termini, condizioni e modalità ivi stabiliti, da parte del datore di lavoro del potere di variare in aumento la durata della prestazione lavorativa, nonché di modificare la collocazione temporale della stessa, comporta in favore del prestatore di lavoro un preavviso, fatte salve le intese fra le parti, di almeno cinque giorni lavorativi". La previsione costituisce, anzitutto, una conferma del ruolo dell'autonomia collettiva sia nell'autorizzare il ricorso alle clausole flessibili ed elastiche che nella disciplina dei termini e delle modalità di esercizio del potere di variabilità; il suo contenuto innovativo, tuttavia, sembra piuttosto limitato, dato che si tratta semplicemente dell'innalzamento da due a cinque giorni del termine minimo di durata del preavviso, facendo però salve, come nella formulazione precedente, le intese tra le parti. A conclusioni di segno opposto si potrebbe giungere ove si ritenesse che l'inciso si riferisca esclusivamente alla volontà delle parti *collettive*, che sarebbero dunque le sole abilitate a prevedere un termine di preavviso più breve; siffatta interpretazione, tuttavia, sembra esclusa dal tenore letterale della

---

*Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, I, p. 226 ss., ripubblicato in ID., *Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, a cura di G. GHEZZI, Roma, Ediesse, 2000, spec. p. 168 ss.

521 In tal senso, in relazione alla formulazione originaria della norma, V. PINTO, *Legge e autonomia nella disciplina del lavoro privato a tempo parziale dopo il decreto legislativo 26 febbraio 2001, n. 100*, in F. LISO, a cura di, *op. cit.*, spec. p. 160 ss.

522 Si vv. le lucide osservazioni in merito di R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 476 ss e di M. BROLLO, *La riforma del lavoro a tempo parziale: le nuove flessibilità*, in *Lav. Giur.*, 2004, p. 252 ss.; si vv. inoltre, F. BANO, *Contratti flessibili: lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente*, in *Lav. Dir.*, 2006, spec. p. 296 ss.; S. SCARPONI, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., p. 21 ss.

523 Che si tratti di clausole ormai diventate di stile è dimostrato anche dalla modulistica pubblicata sulle riviste specializzate. Si vv. ad esempio i modelli contrattuali pubblicati in *Dir. Prat. Lav.*, 2007, n. 26, p. 1677 ss.

norma[524]. È opportuno sottolineare, a questo punto, che la stipulazione della clausola elastica o di quella flessibile assoggetta il lavoratore al potere di variabilità del datore di lavoro per l'intera durata del contratto[525]: l'abrogazione del c.d. diritto di ripensamento, ad opera del D. Lgs. n. 276/2003, impedisce infatti di far valere sopravvenute esigenze di cura o, più in generale, di vita[526]. La situazione è aggravata anche dal fatto che l'apposizione della clausola obbliga il lavoratore a svolgere la prestazione secondo la variazione richiesta dal datore di lavoro, poiché, a differenza di quanto avviene per il lavoro supplementare, in questo caso il consenso del lavoratore è preventivo[527]. Si può senz'altro auspicare che sul punto intervengano le previsioni dei contratti collettivi, introducendo strumenti che in qualche misura garantiscano la tutela delle esigenze del lavoratore[528].

### 3.2 Le modifiche all'art. 12-*bis:* la tutela dei lavoratori (e dei loro familiari) affetti da patologie oncologiche

La l. 247/2007 prevede inoltre la sostituzione dell'art. 12-*bis*, D.Lgs. 61/2000, inserito dall'art. 46, D. Lgs. 276/2003[529], con un nuovo articolo, che ne riprende parzialmente le previsioni, estendendole.

Il primo comma dell'art. 12-*bis* prevede il diritto dei lavoratori pubblici e privati affetti da patologie oncologiche[530], per i quali residui una sia pur ridotta capacità lavorativa, alla trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale. La prima novità risiede proprio nella previsione del diritto alla trasformazione del rapporto anche per i dipendenti pubblici[531]; l'estensione in parola, tuttavia, riguarda più gli aspetti legati alla immediatezza e alla reversibilità della trasformazione, dato che per il lavoro pubblico il diritto alla trasformazione da *full time* a *part-*

---

[524] La previsione dell'art. 3, comma 8, non risulta affatto modificata per quanto riguarda questo profilo. In riferimento alla disciplina precedente si v. R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 518; M. FERRARESI, Part-time, in M. MAGNANI, P.A. VARESI, *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 466, riferisce la possibilità di modificare il preavviso sia alle parti collettive che a quelle individuali, ma solo in aumento.

[525] Si vv. le osservazioni di F. BANO, *Il lavoro a tempo parziale*, in A. PERULLI, a cura di, *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 120.

[526] Il diritto di ripensamento, o di denuncia, consisteva nella possibilità, riconosciuta dall'art. 3, comma 10, D. Lgs. n. 61/2000, di recedere unilateralmente dal patto di variabilità in presenza di alcune esigenze espressamente individuate dalla legge. Sul punto si rinvia a C. ALESSI, *La flessibilità della prestazione*, cit., p. 78 ss. Sulla previsione si erano rivolte le critiche di chi riteneva il diritto di denuncia un ostacolo alla gestione flessibile del *part-time*: si vv. in tal senso, tra i molti, A. VALLEBONA, *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, p. 492 ss.; A. REALE, *Il lavoro a tempo parziale tra ordinamento comunitario e diritto interno*, *ivi*, 2000, p. 1273. Si v. inoltre, dopo l'abrogazione della norma ad opera del D. Lgs. n. 276/2003, R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 474. In senso nettamente favorevole, invece, S. SCARPONI, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., p. 7, che sottolinea come l'abrogazione del suddetto diritto ponga problemi di costituzionalità e questioni relative alla possibile violazione della clausola di non regresso

[527] R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 510

[528] S. SCARPONI, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., p. 20 segnala alcune soluzioni previste dai contratti collettivi, come la clausola di reversibilità o il diritto di rifiutare la modifica dell'orario di lavoro a fronte di circostanze particolari.

[529] Sulla previsione precedente si v. S. SCARPONI, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., p. 32 ss.; M. TIRABOSCHI, P. TIRABOSCHI, *Per un diritto del lavoro al servizio della persona: le tutele per i lavoratori affetti da patologie oncologiche e tumore al seno*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, p. 524 ss.

[530] La norma precisa che l'accertamento della capacità lavorativa residua deve essere effettuato da una commissione istituita presso l'AUSL territorialmente competente.

[531] Così F. ROTONDI, *op. cit.*, p. 240.

*time* è previsto da tempo dall'art. 1, comma 56, l. n. 662/1996[532]. Sia in questa che nella precedente formulazione, si tratta di un diritto soggettivo potestativo, perché la trasformazione opera, in presenza dei relativi presupposti, a richiesta del lavoratore e ad esso il datore non può opporre un rifiuto[533]. Spetterà poi alle parti individuare la concreta articolazione dell'orario, che tuttavia dovrà essere tale da consentire il rispetto delle esigenze di cura del richiedente[534]. Il medesimo carattere di diritto potestativo è previsto anche per il passaggio inverso, da tempo parziale a pieno, che avviene per l'appunto a richiesta del lavoratore medesimo.

Se la previsione ora richiamata non presenta sostanziali innovazioni, una novità assoluta è costituita dalla previsione di una (meno efficace) priorità nella trasformazione del rapporto da tempo pieno a parziale in alcuni casi individuati dai commi 2 e 3 dell'art. 12-*bis,* introdotti dalla l. n. 247/2007.

Si tratta, anzitutto, dei casi in cui i genitori, i figli o il coniuge del lavoratore o della lavoratrice siano affetti da patologie oncologiche. In queste ipotesi la norma non richiede che si tratti di persone conviventi con il richiedente, anche se nel caso del coniuge il requisito potrebbe (forse) ritenersi *in re ipsa*[535]. La seconda ipotesi è quella in cui il lavoratore assista una persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa, che sia incapace di compiere gli atti quotidiani della vita. Infine, la priorità è riconosciuta nel caso in cui sia fatta richiesta da parte del lavoratore o della lavoratrice con figli conviventi di età inferiore a 13 anni, o con figli conviventi portatori di *handicap*, in questo caso senza limiti di età.

La differenza tra l'ipotesi ora descritta e quella di cui al 1° comma della stessa norma risiede nel fatto che il diritto di priorità può essere esercitato solo quando il datore di lavoro intenda assumere lavoratori a tempo parziale, non trattandosi in questo caso di un diritto potestativo. Qualche problema può porsi circa la determinazione delle modalità con le quali esercitare la priorità nella trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale. Com'è noto, il datore di lavoro è obbligato a dare informazione sulle assunzioni a tempo parziale, ai sensi dell'art. 5, comma 3, D. Lgs. n. 61/2000, in modo da consentire ai lavoratori interessati di presentare richiesta di trasformazione del rapporto. Dette richieste devono però semplicemente essere "prese in considerazione" dal datore di lavoro[536]. Rispetto alle richiamate richieste, i lavoratori che si trovano in una delle situazioni di cui all'art. 12-*bis*, commi 2 e 3, godono senza dubbio di una posizione preferenziale, ma non è chiaro quali obblighi sorgano in capo al datore di lavoro, né quale sia la sanzione per la violazione della priorità. Per quanto riguarda il primo aspetto, la contrattazione collettiva potrà individuare "criteri applicativi" sia per le domande "ordinarie" di passaggio al tempo parziale (come già prevede l'art. 5, comma 3, D. Lgs. n. 61/2000), sia per le situazioni di priorità. Anche in assenza di tali previsioni, tuttavia, si può ritenere che il datore di lavoro debba motivare

---

[532] Sul lavoro a tempo parziale nella p.a. si v. M. MISCIONE, *Il tempo parziale generalizzato nelle pubbliche amministrazioni*, in M. BROLLO, a cura di, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., p. 232 ss.

[533] In tal senso anche M. TIRABOSCHI, P. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 528, in relazione alla precedente formulazione.

[534] Così M. TIRABOSCHI, P. TIRABOSCHI, *op. loc. ult. cit.*; S. SCARPONI, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., p. 32.

[535] In effetti, si potrebbe porre la questione della spettanza del diritto di priorità a favore del coniuge legalmente separato.

[536] Sulla portata della previsione si v. F. BANO, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., p. 124 ss.; sulla previsione precedente alle modifiche introdotte dall'art. 46, D. Lgs. n. 276/2003, si v. M. BROLLO, *Tutela del lavoratore a tempo parziale (in caso di trasformazione del rapporto di lavoro)*, in EAD., a cura di, *op. cit.*, p. 125 ss.

il mancato rispetto dell'eventuale priorità fatta valere dal dipendente, in ragione della gravità delle situazioni legittimanti. Per le sanzioni, in questo caso si può prospettare il diritto del lavoratore alla trasformazione del rapporto, oltre al risarcimento del danno, proprio alla luce del particolare rilievo degli interessi sottesi alla previsione legale.

### 3.3. Il diritto di precedenza dei lavoratori che hanno trasformato il rapporto di lavoro

L'art. 12-*ter* del D. Lgs. n. 61/2000, introdotto *ex novo* dalla l. n. 247/2007, disciplina il diritto di precedenza dei lavoratori che hanno trasformato il rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale. La previsione non è un'assoluta novità, dato che l'art. 5, comma 3-*bis* della L. 863/1984 conteneva una disciplina per molti versi analoga a quella attuale[537]. La precedenza riguarda le assunzioni che il datore di lavoro intende effettuare "per l'espletamento delle stesse mansioni o di quelle equivalenti a quelle oggetto del rapporto di lavoro a tempo parziale".

La prima questione rilevante riguarda le modalità con le quali esercitare la precedenza nella trasformazione del rapporto da tempo parziale a tempo pieno. Come si è visto, il datore di lavoro è obbligato a dare informazione sulle assunzioni a tempo parziale, ai sensi dell'art. 5, comma 3, D. Lgs. n. 61/2000, in modo da consentire ai lavoratori interessati di presentare richiesta di trasformazione del rapporto, ma la norma non prevede che sia tenuto a fare altrettanto con riguardo alle assunzioni a tempo pieno. Si può ritenere, tuttavia, che anche in questo caso vi sia un obbligo di comunicazione, desumibile dalle clausole di buona fede e correttezza[538]. Sul punto è auspicabile, comunque, l'intervento della contrattazione collettiva, che è certamente libera di individuare ulteriori obblighi di informazione in capo al datore di lavoro.

Un secondo problema concerne la "graduatoria" rispetto alle domande di trasformazione. Poiché l'ipotesi prevista dall'art. 12-*ter* riguarda tutti i lavoratori che abbiano trasformato in precedenza il rapporto, a prescindere dalle ragioni che hanno sorretto la trasformazione, ci si potrebbe chiedere se i soggetti in una delle situazioni di cui all'art. 12-*bis*, comma 2, godano di una priorità anche nel ritorno al rapporto di lavoro a tempo pieno. In realtà, la norma, non operando alcuna distinzione, sembra lasciare alla discrezionalità del datore di lavoro la soluzione del conflitto tra le diverse posizioni in considerazione.

Il problema, anche in questo caso, riguarda la sanzione applicabile per la violazione del diritto di precedenza da parte del datore di lavoro. A differenza della violazione del diritto di precedenza di origine contrattuale, per il quale l'art. 8, comma 3, D. Lgs. n. 61/2000 prevede espressamente una sanzione[539], l'ipotesi *de qua* non ne ha una specifica, dato che la previsione ora richiamata si riferisce esclusivamente alla "violazione del diritto di precedenza di cui all'art. 5, comma 2". Le prospettive di soluzione che si aprono, a questo punto, sono diverse. Fermo restando che deve

---

[537] Si trattava della previsione di un diritto di precedenza dei lavoratori assunti a tempo parziale rispetto alle nuove assunzioni a tempo pieno programmate dal datore di lavoro. Una forma di priorità era poi stabilita per i lavoratori che avessero in precedenza trasformato il rapporto da tempo pieno a *part-time*. Sulla previsione si vv. M. BROLLO, *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, Napoli, Jovene, 1991, p. 135 ss; A. MARESCA, *Il* part-time, in Aa. Vv., *Il diritto del lavoro negli anni 80*, Napoli, Esi, 1988, p. 48 ss.

[538] In questi termini M. BROLLO, *Tutela del lavoratore a tempo parziale (in caso di trasformazione del rapporto di lavoro)*, cit., p. 149.

[539] La norma prevede il risarcimento del danno nella misura corrispondente alla differenza tra la retribuzione percepita e quella che gli sarebbe stata corrisposta a seguito del passaggio a tempo pieno, per un periodo di sei mesi.

riconoscersi il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, da liquidarsi in via equitativa, tenuto conto anche degli interessi sottesi alla trasformazione[540], la questione più rilevante risulta quella relativa alla possibile applicazione dell'art. 2932 cod. civ., con la conseguente costituzione *ope judicis* di un rapporto di lavoro a tempo pieno in capo al lavoratore pretermesso. La giurisprudenza, nel vigore della l. n. 863/1984, era giunta a questa conclusione, sulla scorta della considerazione per cui l'assetto negoziale tra le parti sarebbe stato modificato "solo per quanto attiene alla quantità delle prestazioni pattuite e alla loro distribuzione temporale"[541]; in questo caso, infatti, tutti gli elementi del contratto sarebbero sufficientemente determinati, trattandosi di trasformazione di un contratto in corso di svolgimento. Una simile conclusione, tuttavia, sembra trascurare, da un lato, il fatto che il diritto di precedenza, tecnicamente, non determina l'insorgenza, in capo al datore di lavoro, di un vero e proprio obbligo di concludere un contratto[542], dall'altro che potrebbe porsi, in presenza di più titolari del medesimo diritto, un problema di selezione tra posizioni analoghe, selezione che implica necessariamente una manifestazione di volontà del datore di lavoro. Infine, non si può trascurare che in questa ipotesi, come nel caso del diritto di precedenza previsto per il contratto a termine, l'imposizione di una data organizzazione dell'impresa, che conseguirebbe alla trasformazione, potrebbe porsi in contrasto con l'art. 41 Cost. La violazione del diritto di precedenza presuppone infatti che sia stato assunto un lavoratore a tempo pieno in luogo della trasformazione del contratto del lavoratore pretermesso.

## 4. Le novità in materia di somministrazione e lavoro intermittente

### 4.1 L'abolizione dello *staff leasing*

L'art. 1, comma 46, L. 247/2007, abolisce il contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (il c.d. *staff leasing*)[543], che costituiva una delle novità introdotte dal D. Lgs. n. 276/2003 rispetto alla precedente disciplina del lavoro temporaneo[544]; detto contratto, com'è noto, poteva essere stipulato in diverse ipotesi, tassativamente individuate dall'art. 20, comma 3, del medesimo D. Lgs. n. 276/2003. Piuttosto che procedere all'abrogazione delle singole norme che disciplinavano la fattispecie in parola, il legislatore ha preferito utilizzare lo strumento, abbastanza inusuale, dell'abolizione. Come è stato sottolineato in dottrina, la cancellazione dello *staff leasing* non avrà grosse ripercussioni, trattandosi di un contratto poco o nulla utilizzato nella

---

[540] Si può ipotizzare, ad esempio, che nelle ipotesi di cui all'art. 12-*bis* la violazione del diritto di precedenza debba considerarsi più grave che nelle ipotesi di precedenza "ordinaria".

[541] Così Cass. 2 giugno 1998, n. 5415, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, p. 816.

[542] Un caso in cui, invece, sembra essere applicabile l'art. 2932 c.c. è quello del collocamento mirato dei disabili: si v., in riferimento alla disciplina riformata dalla L. n. 68/1999, A. TURSI, *Il diritto al lavoro dei disabili*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, I, p. 797 ss. In giurisprudenza, si v. Cass. 14 agosto 2008, n. 15913, in *Riv. critica dir. lav.*, 2004, p. 881, con nota di F. CAPURRO, *Collocamento obbligatorio e costituzione del rapporto* ex *art. 2932 c.c.: il caso dei centralinisti non vedenti come spunto per un riesame della tutela in forma specifica*. Per l'inapplicabilità del medesimo rimedio nel vigore della L. n. 482/1968, si v. Cass. 16 maggio 1998, n. 4953, in *Orient. giur. lav.*, 1998, I, p. 311 ss. Si v., per l'applicabilità dell'art. 2932 ad un obbligo, assunto contrattualmente, di convertire i contratti di lavoro a termine in contratti a tempo indeterminato, Cass. 5 maggio 2004, n. 8568, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, p. 95 ss., con nota di P. SCIORTINO, *Sulla sentenza costitutiva dell'obbligo di concludere un contratto di lavoro e sui suoi presupposti*, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

[543] In generale, sulla disciplina del contratto di somministrazione a tempo indeterminato, si v. M. L. DE MARGHERITI, *La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI, a cura di, *op. cit.*, p. 319 ss.

[544] Sulla disciplina del lavoro temporaneo si v. il commentario curato da M. NAPOLI, *Il "pacchetto Treu"*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 1171 ss.

prassi[545]. Senza dubbio, però, si tratta di un atto dalla forte valenza simbolica che, se letto insieme alle previsioni sul contratto a termine prima analizzate, costituisce l'affermazione del principio secondo il quale un'esigenza stabile di lavoro deve essere soddisfatta con prestatori di lavoro a tempo indeterminato assunti e retribuiti dal soggetto che ne utilizza le prestazioni. Con l'abolizione del contratto in parola, devono ritenersi caducate tutte le disposizioni connesse, come quella che prevedeva la possibilità di costituire Agenzie per il lavoro "specialiste", cioè abilitate al solo svolgimento di somministrazione a tempo indeterminato (art. 4, comma 1, lett. b). Ora, le Agenzie così costituite[546] potranno chiedere di essere ammesse a svolgere l'attività di somministrazione a tempo determinato, integrando il capitale versato e la garanzia pecuniaria[547] e sulla scorta della verifica del possesso degli ulteriori requisiti di cui dall'art. 5, comma 2, D. Lgs. n. 276/2003[548], ovvero le altre attività previste dallo stesso decreto legislativo; in caso contrario, ferma restando la continuazione dell'attività per il periodo necessario alla conclusione dei contratti in corso, dovranno essere sciolte.

Resta aperta, naturalmente, la possibilità per le Agenzie di assumere a tempo indeterminato i dipendenti destinati alla somministrazione; l'abolizione si riferisce infatti al solo contratto *commerciale* stipulato tra Agenzia e utilizzatore, non certo al contratto di lavoro tra agenzia e lavoratore, per il quale deve continuare ad applicarsi la previsione di cui all'art. 20, comma 3, D. lgs. n. 276/2003 circa la corresponsione dell'indennità di mobilità. Come avveniva nel vigore della precedente disciplina, tuttavia, una simile possibilità sarà scarsamente utilizzata, forse ancor meno dopo che ne è venuta meno la possibilità di collegamento con il contratto di somministrazione a tempo indeterminato.

### 4.2. L'abrogazione della disciplina del lavoro intermittente

Tra le tipologie contrattuali flessibili introdotte o modificate dal D. Lgs. n. 276/2003, il contratto di lavoro intermittente è forse quella sulla quale si erano appuntate le critiche più feroci, sia per le difficoltà di inquadramento sistematico della fattispecie (in particolare di quella senza obbligo di risposta alla chiamata), sia per i dubbi di legittimità costituzionale che sollevava la facoltà, riconosciuta al datore di lavoro, di chiamare *ad libitum* il dipendente ogni volta che insorgesse una necessità organizzativa[549]. Si tratta dunque di una abrogazione annunciata da tempo, di un istituto

---

[545] In tal senso G. ZILIO GRANDI, *op. cit.*, p. 791

[546] Come rileva D. PAPA, *Somministrazione a tempo indeterminato e lavoro intermittente*, in *Guida Lav*, n. 2-2008, p. 125, ad oggi risulta una sola agenzia specialista iscritta nell'Albo informatico tenuto dal Ministero.

[547] Com'è noto, per lo svolgimento dell'attività di somministrazione a tempo determinato è richiesto un capitale sociale versato di almeno 600.000 € e il versamento di una cauzione di 350.000 €, ai sensi dell'art. 5, comma 2, lett. a) e b), D. Lgs. n. 276/2003. I predetti requisiti sono ridotti, rispettivamente, a 350.000 € e a 200.000 € per le agenzie ammesse allo svolgimento della sola attività di somministrazione a tempo indeterminato [art. 5, comma 3, lett. a) e b)]. Sul punto si v. il G. FALASCA, *I soggetti privati autorizzati a svolgere i servizi per l'impiego e la somministrazione di manodopera*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI, *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 88 ss.

[548] Sui requisiti richiesti per lo svolgimento delle attività delle Agenzie per il lavoro si vv. inoltre P. TULLINI, *Commento agli artt. 4-7*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 83 ss.; V. ANGIOLINI, *Le agenzie del lavoro tra pubblico e privato*, in G. GHEZZI, a cura di, *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, Ediesse, 2004, p. 28 ss.

[549] Si vv., ad esempio, R. VOZA, *La destrutturazione del tempo di lavoro:* part-time, *lavoro intermittente, lavoro ripartito*, in P. Curzio, a cura di, *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, Cacucci, 2004, p. 252 ss.; A. PERULLI, *Il lavoro intermittente*, in ID., a cura di, *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 133 ss.; un giudizio meno negativo è espresso da R. ROMEI, *Lavoro intermittente*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 401 ss.

fra l'altro pochissimo utilizzato, se non nel settore dei pubblici esercizi e dello spettacolo. Proprio la richiesta proveniente dagli addetti dei suindicati settori di mantenere la possibilità di usufruire di detto contratto ha motivato un'apertura del legislatore verso la regolazione contrattuale dell'istituto.

In questo caso, infatti, la L. 247/2007 non si limita ad abrogare gli artt. da 33 a 40 del D. Lgs. n. 276/2003, ma autorizza la contrattazione collettiva dei settori del turismo e dello spettacolo ad introdurre un analogo contratto al fine, enfaticamente proclamato, di prevenire il possibile ricorso a forme di lavoro irregolare o sommerso[550]. La prima questione che si pone, in proposito, è proprio sul significato dell'autorizzazione legislativa; in questo caso, a differenza dei classici rinvii in funzione di deroga e/o integrazione della disciplina legale, la legge affida alla contrattazione collettiva la stessa scelta sull'introduzione o meno di uno strumento di flessibilità. La ragione risiede, con tutta probabilità, nel fatto che in assenza dell'espressa previsione legale è dubbio che la contrattazione collettiva avrebbe potuto regolare una simile fattispecie; essa, probabilmente, avrebbe dovuto essere fatta ricadere nella disciplina del lavoro a tempo parziale[551], con la conseguenza che l'attribuzione al datore di lavoro del potere di chiamata sarebbe stato soggetto ai limiti previsti per le clausole elastiche e flessibili, nonché a quelli individuati a suo tempo dalla Corte costituzionale[552]. Il rinvio legislativo e l'individuazione dei principi cui deve attenersi la contrattazione collettiva finisce, invece, per far assurgere il contratto in parola a tipologia autonoma rispetto al lavoro a tempo parziale.

Per quanto riguarda la disciplina prevista dalla legge, l'art. 1, comma 47, L. 247/2007 stabilisce che i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative del settore del turismo e dello spettacolo possono prevedere la stipula di rapporti di lavoro per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo durante il fine settimana, nelle festività, nei periodi di vacanze scolastiche e per ulteriori casi, comprese le fattispecie già individuate ai sensi dell'art. 10, comma 3, D. Lgs. n. 368/2001[553]. I contratti collettivi *de quibus* devono poi prevedere condizioni requisiti e modalità dell'effettuazione della prestazione connessa ad esigenze oggettive e i suoi limiti temporali. Da questa indicazione si ricava la necessità di collegare la stipulazione del contratto ad esigenze di incremento dell'attività che siano, per l'appunto, intermittenti, anche se prevedibili.

La norma prosegue poi precisando che il trattamento economico e normativo spettante al lavoratore intermittente non deve essere inferiore a quello di un lavoratore che svolga le medesime mansioni, in proporzione alla prestazione effettivamente svolta. Si tratta dell'applicazione del

---

[550] La medesima finalità stava alla base dell'introduzione della fattispecie in esame, stando alle indicazioni del Libro Bianco dell'ottobre 2001 sul mercato del lavoro. Si vv. in proposito le osservazioni di R. ROMEI, *op. cit.*, p. 402 ss.

[551] La riconducibilità del lavoro intermittente al lavoro a tempo parziale è stata però messa in dubbio dalla dottrina, sulla scorta di una sentenza della Corte di giustizia in materia di lavoro "secondo il fabbisogno". Si v. Cgce 12 ottobre 2004, C-313/02, *Wippel*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, p. 772 con nota di V. BAVARO, *Lavoro a chiamata e Corte di giustizia. A proposito di fattispecie ed effetti discriminatori* e in *Foro It.*, 2006, IV, c. 266, con nota di G. RICCI, *Il lavoro a chiamata: una fattispecie "atipica" per la Corte di giustizia*.

[552] Il riferimento nel testo è alla celeberrima sentenza Corte cost. 11 maggio 1992, n. 210, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, c. 277 ss., con nota di M. BROLLO. Si v. anche, in proposito, Corte cost. 15 luglio 2005, n. 283, in *Giust. Civ.*, 2005, I, p. 2600.

[553] Si tratta degli speciali servizi di durata non superiore a tre giorni, per i quali è ammessa l'assunzione diretta, individuati dai contratti collettivi nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

principio del *pro rata temporis*, che impone di riproporzionare i trattamenti economici e normativi collegati dalla durata della prestazione di lavoro[554].

Una previsione interessante è quella che riguarda la corresponsione di un'indennità di disponibilità, nel caso in cui il lavoratore si impegni a svolgere la prestazione a richiesta del datore di lavoro, in un arco temporale definito. In primo luogo, il fatto che la legge obblighi la contrattazione collettiva ad individuare un "arco temporale" entro il quale il lavoratore può ritenersi tenuto a svolgere la prestazione riecheggia l'esigenza di programmabilità del tempo di non lavoro di cui alla sentenza della Corte costituzionale n. 210 del 1992, sia pure in un contratto in cui il dato caratteristico è proprio il potere di chiamata del datore di lavoro. Del resto, è la stessa norma che indica alcune ipotesi "predefinite", come il fine settimana, le vacanze scolastiche e le festività. Pertanto, anche nelle ipotesi che verranno introdotte dai contratti collettivi deve ritenersi necessaria l'indicazione non solo delle esigenze oggettive che legittimeranno la stipulazione del contratto, ma anche dei periodi di tempo nei quali potrà richiedersi la prestazione. In secondo luogo, il rinvio alla contrattazione collettiva per la determinazione dell'indennità di disponibilità apre ulteriori spazi di flessibilità rispetto alla disciplina precedente, che prevedeva che l'importo minimo dell'indennità dovesse essere stabilito con decreto del Ministro del lavoro, sentite le organizzazioni sindacali più rappresentative[555].

La disciplina descritta non è però immediatamente operativa; il comma 49 della norma rinvia ad un emanando decreto ministeriale la definizione delle modalità (espressamente definite semplificate) degli adempimenti amministrativi connessi all'instaurazione, allo svolgimento e alla cessazione del rapporto di lavoro, nonché i profili previdenziali dell'indennità di disponibilità. Dopo due anni dall'emanazione delle disposizioni contrattuali attuative delle previsioni della L. 247/2007, è prevista, ai sensi del comma 50, l'apertura di un tavolo di confronto tra le Parti sociali e il Ministero del Lavoro per verificare gli effetti degli accordi, anche in termini di contrasto al lavoro sommerso.

Qualche parola conclusiva merita la questione relativa alla sorte dei contratti di lavoro intermittente in corso di svolgimento alla data di entrata in vigore della L. n. 247/2007. Sul punto, infatti, vi è stata una piccola *querelle* interpretativa innescata da una circolare della DPL di Modena, nella quale si è sostenuta la tesi che i contratti di lavoro in corso al 31 dicembre 2007 dovrebbero ritenersi cessati, con la conseguenza che avrebbero dovuto essere posti in essere "tutti gli adempimenti di rito connessi con la risoluzione del rapporto"[556]. Alla circolare citata ha fatto seguito una presa di posizione della Fondazione studi dei Consulenti del lavoro che, condivisibilmente, sottolinea come il principio di irretroattività della legge renda preferibile ritenere che i contratti in corso continuino ad essere validi ed efficaci fino alla loro naturale scadenza[557].

---

[554] Il principio deriva dalle direttive comunitarie in materia di lavoro a termine (Dir. 99/70/CE) e di lavoro a tempo parziale (Dir. 97/81/CE) ed è ripreso, rispettivamente, dall'art. 6 del D. Lgs. n. 368/2001 e dall'art. 4 del D. Lgs. n. 61/2000.

[555] Il Ministero del lavoro aveva provveduto con D.M. 10 marzo 2004, fissando l'indennità di disponibilità minima al 20% della retribuzione ordinaria.

[556] Circolare del 5 gennaio 2008, reperibile sul sito www.dplmodena.it.

[557] Si v. Fondazione Studi Consulenti del Lavoro, circolare 14 gennaio 2008, n. 1, in *Guida Lav.*, 2008, n. 4, p. 12 ss., con commento di E. De Fusco.

# Attività professionali, rappresentanza collettiva, strumenti di autotutela*

Maria Teresa Carinci

1. Una premessa: il campo di indagine. Il concetto di "attività professionale" e di "professionista intellettuale". 164

2. Attività regolamentate e rappresentanza degli interessi. La difficile linea di confine fra interessi rappresentati dagli Ordini professionali e interessi rappresentati dalle organizzazioni sindacali propriamente intese. 165

3. Il principio di libera concorrenza nel campo delle professioni ed i suoi riflessi sulla rappresentanza. 169

4. Principio di libera concorrenza e contrattazione collettiva: una diversa linea di confine per i professionisti subordinati, autonomi, parasubordinati. 174

5. Attività professionali rese in regime di parasubordinazione, forme di rappresentanza e contenuti della contrattazione. La difficoltà di predire il futuro. 179

6. Liberi professionisti e strumenti di autotutela. Natura e contenuti del diritto di astensione per fini di protesta o rivendicazione di categoria. 181

7. Il diritto di astensione nel prisma delle regole della l. 146/1990: gli Ordini professionali sono titolari della facoltà di proclamare l'astensione collettiva e sono soggetti a sanzioni? 187

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 69/2008

## 1. Una premessa: il campo di indagine. Il concetto di "attività professionale" e di "professionista intellettuale".

Oggetto del presente contributo è l'esame dei profili collettivi della rappresentanza e della tutela dei lavoratori nell'ambito delle libere professioni. Vorrei in particolare verificare se in prospettiva – e alla luce delle recenti riforme, già attuate ed *in itinere* – sia possibile prevedere l'ampliarsi, il diffondersi, il modificarsi delle forme di rappresentanza collettiva dei liberi professionisti e se si prospettino ricadute sugli strumenti di autotutela.

Presterò attenzione ai profili collettivi così per l'area del lavoro autonomo, cui è più specificamente dedicato il nostro convegno (intitolato appunto: "Lavoro autonomo e riforma delle professioni"), come per l'area del lavoro subordinato.

Le "professioni" o "attività professionali" in quanto tali – o come si esprime l'art. 2229 c.c. le "professioni intellettuali" – non sono infatti identificate dalla tipologia contrattuale – di lavoro autonomo o di lavoro subordinato - in virtù della quale le "prestazioni intellettuali" che sono loro proprie e le caratterizzano vengono rese[558].

Anzi, tali prestazioni – come ogni altra attività umana, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza[559] – possono essere dedotte sia in un contratto di lavoro autonomo sia in un contratto di lavoro subordinato[560] (si pensi per fare due esempi alle prestazioni del medico dipendente di una casa di cura privata o del giornalista lavoratore subordinato di un'azienda editoriale).

Secondo l'opinione preferibile e maggioritaria in dottrina[561], infatti, il criterio in base al quale identificare le "prestazioni intellettuali" - e con esse la figura del "professionista intellettuale", sia esso poi lavoratore autonomo e subordinato[562] - è un criterio sostanziale legato ad alcuni intrinseci attributi o caratteri propri della prestazione in quanto tale.

Fra questi caratteri spicca quello della intellettualità, "intesa come proiezione sul piano della attività del libero pensiero scientifico del soggetto agente"[563].

Un sapere specialistico che fa poi sì che l'attività resa venga connotata dagli ulteriori elementi della discrezionalità e della liberalità – da intendersi come scelta tecnica dei migliori mezzi da

---

[558] Di diversa opinione A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Milano, 1976, pag. 6 che però poi deve considerare come assolutamente eccezionale il caso della professione giornalistica (v. nota 6).

[559] Fra le molte, da ultimo, Cass. 15 gennaio 2007, n. 730 e Cass. 11 maggio 2005, n. 9894, in *Juris data on line - banca dati,* Milano.

[560] Cfr. PG. PISCIONE, voce *Professioni (disciplina delle*), in *Enc. Dir.*, vol. XXXVI, 1987, pag. 1048.

[561] Cfr. A. PERULLI*, Il lavoro autonomo*, Milano, 1996, pag. 378.

[562] Per questa corrispondenza fra concetto di libera professione, di professionista intellettuale e i caratteri dell'attività lavorativa dedotta in contratto cfr. A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., pag. 3 secondo il quale: "La libera professione è caratterizzata dalla capacità giuridica dei soggetti che la esercitano, di porre in essere contratti di prestazione d'opera professionale, contratti dei quali l'attività lavorativa del professionista costituisce il contenuto".

[563] Precisa poi A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., pag. 380 con riferimento al contratto di lavoro autonomo avente ad oggetto una prestazione d'opera intellettuale (artt. 2229 ss. c.c.) che per individuare la fattispecie non ha senso porsi un problema di misura dell'intellettualità *versus* manualità, ma che "l'intellettualità è piuttosto da valorizzare, sul piano della fattispecie, non già come un aspetto meramente interno al soggetto agente e preliminare rispetto *all'opus* offerto, bensì quale componente che si sostanzia estrinsecandosi direttamente nel servizio fornito al cliente, sia esso un *opus* materiale (ad es. un progetto di ingegneria, una protesi approntata da un odontoiatra, un atto difensivo ecc.) o meno (come il prodotto immateriale di una attività o il risultato intangibile – ma altrimenti apprezzabile in quanto appartenente al reale – di una terapia medica efficace)".

utilizzare ed in alcuni casi anche dei fini dell'attività (la scelta del "che fare?" in quella data circostanza) – per la soddisfazione di esigenze di altri consociati[564].

Dunque – riguardando il problema sotto il profilo del soggetto che rende l'attività – è il sapere tecnico, scientifico, specialistico posseduto dal soggetto agente che vale a caratterizzarlo come professionista intellettuale.

Un sapere specialistico alla cui formazione, al cui consolidamento e alla cui individualizzazione rispetto ad altri saperi - frutto del portato storico (per le professioni più tradizionali, medico avvocato, notaio ecc.) e dell'evoluzione sociale (per quelle più recenti, dagli psicologi ai *broker*, dai consulenti di impresa ai mediatori ecc.) - contribuisce in maniera notevole lo stesso gruppo sociale interessato dimostrando – come altri ha sottolineato – "l'efficacia (pratica) della professione rispetto ai bisogni della collettività unitamente alla dimostrazione (teorica) della legittimazione scientifica della disciplina sulla quale la professione si fonda"[565].

È invece per lo più respinto[566] in dottrina il criterio meramente[567] formale che identifica il concetto di "attività professionale" – e con essa di "professionista intellettuale" – unicamente sulla base dell'esistenza di una modalità organizzativa di stampo pubblicistico dell'attività tramite l'entificazione del gruppo professionale e il suo riconoscimento come componente (autonoma e indipendente) dell'apparato statuale[568].

Questa impostazione – generalmente condivisa – porta ad includere nel concetto di attività professionali tanto le attività soggette ad un ordinamento giuridico particolare pubblicistico – le cd. attività regolamentate – quanto quelle totalmente libere – le c.d. attività non regolamentate.

È tuttavia con particolare riferimento alle prime che il discorso – per quanto qui interessa - deve essere approfondito.

## 2. Attività regolamentate e rappresentanza degli interessi. La difficile linea di confine fra interessi rappresentati dagli Ordini professionali e interessi rappresentati dalle organizzazioni sindacali propriamente intese.

Nessuno dubita in generale con riguardo al campo delle professioni intellettuali - ed anche con riferimento specifico alle cd. attività regolamentate[569] - della operatività dell'art. 39 Cost. (come

---

[564] Ancora A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, pag. 380.

[565] Cfr. ancora A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, pag. 359.

[566] Che il criterio soggettivo non possa essere utilizzato per qualificare l'attività professionale si deduce anche dalle norme del codice civile (artt. 2229, 1 comma, c.c. e 2231, 1 comma, c.c.) che denotano chiaramente come oggetto del contratto (di lavoro autonomo) possa essere anche una attività professionale per l'espletamento della quale non sia richiesta l'iscrizione del professionista a nessun albo o elenco.

[567] Osserva comunque A. CATELANI, *Gli ordini e collegi professionali nel diritto pubblico,* cit., pag. 30 e nota 30 che ove esistano organizzazioni professionali deve considerarsi risolto ogni problema di individuazione di una libera professione.

[568] Per quest'ordine di idee cfr. B. CAVALLO, *Lo status professionale*, Vol. I, Milano, 1967, pag. 211 ss; PG. PISCIONE, *op. cit*. pag. 1048, secondo il quale il termine "professione" "va riservato a colui che svolge un'attività di particolare rilevanza pubblica tale che la legge imponga per l'esercizio di essa l'iscrizione ad appositi albi o elenchi tenuti dal relativo ente professionale".

[569] Per tali intendendosi qui quelle organizzate in ordini. Individua quattro principali "tipi di professioni" o – secondo l'impostazione qui accolta – modelli regolativi G. DELLA CANANEA, *L'ordinamento delle professioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, pag. 1166 s.) le professioni non regolamentate; 2) le professioni riconosciute "per le quali,

dell'art. 18 Cost.) e dunque della possibilità per i professionisti intellettuali di costituire organizzazioni sindacali (ed in senso più ampio, associazioni *tout court*) a tutela dei loro interessi di categoria[570].

Ed, anzi, in concreto si danno molteplici esempi in quest'ambito di organizzazioni sindacali (si pensi ai sindacati dei giornalisti, la Federazione nazionale della stampa[571]) e di associazioni (si pensi alle organizzazioni sindacali ed alle associazioni nell'ambito della avvocatura quali l'Associazione nazionale forense o le Camere penali, le Camere civili e le relative Unioni, ancora l'Associazione italiana giovani avvocati[572]) rappresentative degli interessi degli aderenti.

La questione non è, dunque, la legittimità delle organizzazioni sindacali (e delle associazioni) - la conformità, cioè, all'ordinamento della loro costituzione e della loro azione -, ma piuttosto quali siano i loro spazi operativi a fronte della presenza nello stesso ambito degli Ordini professionali.

A prima vista la risposta potrebbe sembrare semplice.

Gli Ordini, infatti, sono enti pubblici, dotati di personalità giuridica di diritto pubblico, ad appartenenza obbligatoria (nel senso che il singolo che voglia esercitare l'attività professionale è tenuto ad iscriversi all'apposito albo, con il che entra necessariamente a far parte del gruppo professionale), provvisti di poteri pubblicistici (in particolare quelli concernenti la tenuta dell'albo e quelli disciplinari) e come tali deputati a perseguire l'interesse pubblico legislativamente posto.

Al contrario le organizzazioni sindacali sono soggetti privati, a partecipazione volontaria, volti a perseguire, per il tramite dei tipici strumenti sindacali – contratto collettivo e sciopero - un interesse privato liberamente scelto.

Dunque, in via di prima approssimazione, sembra emergere una linea netta di demarcazione fra i campi di azione di Ordini e sindacati, segnata dalla diversa natura degli interessi rappresentati.

Questa linea di demarcazione, però, subito si confonde e si offusca se si pone mente non alla qualificazione giuridica - pubblica o privata - degli interessi rappresentati, ma alla loro estensione e al centro di riferimento che li esprime.

---

oltre alle norme di diritto comune, vigono alcune norme speciali, in parte inerenti l'attività, in sé e per sé considerata, in parte inerenti ai soggetti che la espletano, vuoi perché differenziati come i revisori dei conti, vuoi perché sottoposti anche ad altri regimi giuridici o ad apposite deroghe, per esempio in quanto dipendenti di pubbliche amministrazioni"; 3) le professioni regolate - per così dire - in tono minore, che presentano "speciali garanzie per coloro che la espletano, consistenti nell'attribuzione del monopolio legale dell'attività, e per coloro che si avvalgono del loro ausilio. Le organizzazioni professionali ad appartenenza obbligatoria esercitano infatti sia un vaglio all'entrata, sia un controllo successivo circa la permanenza dei requisiti deontologici"; 4) le professioni regolamentate in modo pieno, cioè quelle che non solo sono ad appartenenza obbligatoria, ma sono rette "da un corpo organizzato che esercita potestà normative e giurisdizionali sugli iscritti".

570 Cfr. pur con diversi punti di vista C. LEGA, *La coesistenza di ordini e sindacati professionali*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1960, I, pag. 12 ss.; R. FLAMMIA, *Organizzazione delle professioni e tutela sindacale,* in *Dir. Lav.*, 1969, I, pag. 3 ss.; A. CATELANI, *Gli ordini e collegi professionali nel diritto pubblico,* cit., 207 ss.; P.G. PISCIONE, voce *Professioni (disciplina delle)*, cit., pag. 1055; A. PERULLI, *Lavoro autonomo*, cit., pag. 389 e nota 150.

571 Cfr. F. SANTONI, voce *Giornalisti II) Lavoro giornalistico*, in *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XV, 1988, pag. 6.

572 Per un panorama sulle associazioni forensi si v. R. DANOVI, *Ordinamento forense e deontologia. Manuale breve*, Milano, 2006, pag. 12 s.

Infatti le ascendenze storiche degli Ordini[573] che si sono poi tradotte in caratteristiche strutturali[574], l'autonomia loro riconosciuta (in particolare in tema di regole deontologiche), hanno avuto inevitabili ripercussioni nell'individuazione dell'interesse pubblico affidato alle loro cure.

Se infatti in via di principio non si dubita che compito degli Ordini sia garantire il corretto esercizio della professione nell'interesse del cittadino-utente e nell'interesse della collettività nel suo insieme (con funzioni dunque di disciplina e controllo a presidio dell'affidamento degli utenti in merito alla preparazione tecnica, alle attitudini, alle capacità dei professionisti) da più parti si sottolinea come ad esso si affianchi – variamente combinandosi con il primo[575]- l'interesse del gruppo in quanto tale alla sua autoconservazione e promozione nell'ambito della compagine sociale (eliminando la concorrenza fra professionisti, per es. tramite la fissazione di tariffe) anch'esso elevato dalla legge ad interesse pubblico ed affidato alle cure dell'ente.

Allo scopo di evidenziare la presenza e l'importanza dell'interesse professionale del gruppo posto

---

[573] L'essere cioè gli enti professionali preesistenti ai moderni Stati di diritto ed eredi - per così dire - delle antiche corporazioni di arti e mestieri.

[574] L'essere enti esponenziali dell'intero gruppo professionale (e cioè enti comunitari o corporativi – come si è detto – ad appartenenza obbligatoria) ed in particolare enti a struttura associativa (nel senso che il gruppo nel suo insieme non solo costituisce corpo elettorale per l'elezione degli organi dell'ente, in particolare del Consiglio, ma assume direttamente, nell'Assemblea, le decisioni fondamentali per la vita dell'ente stesso). Su questi caratteri generalmente riconosciuti propri degli ordini professionali cfr. C. LEGA, voce *Ordinamenti professionali*, in *Noviss. Dig. It*., vol. XII, 1965, pag. 9 ss.; C. GESSA, voce, *Ordini e collegi professionali*, in *Enc. Giur. Trecc.*, 1990, XX, pag. 2; F. TERESI, voce, *Ordini e collegi professionali*, in *Dig. Disc. Pubbl*. vol. X, 1995, pag. 452.

[575] Secondo una prima linea di pensiero, infatti, il fine degli Ordini sarebbe la tutela della collettività al corretto esercizio dell'attività professionale, dunque il perseguimento in via prioritaria di un interesse pubblico generale. S. v. per questa impostazione C. LEGA, voce *Ordinamenti professionali*, cit. pag. 9, secondo il quale "Gli organi periferici e centrali degli enti professionali svolgono le funzioni demandate dalle leggi per la tutela degli interessi della categoria e per il perseguimento dei fini istituzionali degli enti che sono, ovviamente, unitari. Questi fini, da un punto di vista generale, si possono suddividere in due gruppi: in uno si riscontrano fini di carattere essenzialmente pubblicistico, riconosciuti dallo Stato a causa del rilievo sociale che presenta l'esercizio di determinate professioni (…). Nel secondo gruppo si riscontrano fini che attengono più direttamente all'interesse della categoria professionale in quanto mirano a mantenere inalterato il decoro di questa e a tutelare il morale della categoria e il prestigio della professione. Nel perseguire detti fini gli enti professionale devono perseguire l'interesse generale della collettività per quanto sia rilevante anche l'interesse collettivo della categoria professionale". V. A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., pagg. 28, 86.
Secondo altra impostazione, invece, gli Ordini sono prima di tutto volti a tutelare gli interessi del gruppo professionale del quale sono esponenziali. Cfr. per es. questa seconda impostazione C. GESSA, voce *Ordini e collegi professionali*, cit., pag. 3: Le finalità perseguite dagli Ordini "possono definirsi generali, intendendosi con ciò che la singola categoria viene entificata dal legislatore per attribuire un centro di attribuzione giuridica alla soddisfazione di tutti i suoi bisogni e non soltanto ad alcune esigenze prescelte in una certa scala di priorità. In questo senso l'ente professionale esaurisce ogni necessità funzionale del gruppo di cui è espressione, provvedendo alla gestione dell'esistente ed adeguandosi al suo divenire in una continua evoluzione che è il segno appunto dell'autonomia, del tutto simile, in questa prospettiva, a quella degli enti territoriali (…). Con la suddetta interpretazione si spiega la rilevata indeterminatezza dei compiti spettanti agli enti professionali, la quale discende dalla genericità delle formule adoperate dal legislatore per affermare in sostanza che è riservata agli Ordini e Collegi dei professionisti la tutela del gruppo di appartenenza, la dignità della funzione individualmente esercitata dai singoli, il prestigio di cui essa e i suoi operatori devono essere circondati nel contesto sociale, dal quale dipende consequenzialmente l'affidamento dei terzi e la garanzia dell'adeguato e corretto esercizio del ministero professionale implicante prestazioni personali infungibili che incidono su beni e valori individuali e collettivi e molto spesso su persone piuttosto che su cose". Sulla stessa linea G. ROSSI, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere,* Napoli, 1979, pag. 34 secondo il quale "Da tutto ciò risulta evidente come la natura giuridica degli ordini e collegi, il loro essere rivolti quanto meno in prevalenza a curare gli interessi dei gruppi dei quali sono esponenziali …". V. anche F. TERESI, voce *Ordini e collegi professionali*, cit., pag. 458: "così non v'è dubbio che esiste un interesse pubblico ad una esplicazione corretta della professione, tant'è che l'ente è sottoposto alla vigilanza del Ministro di Grazia e giustizia; ma esiste anche un preminente interesse dell'ente alla tutela del decoro e del prestigio della professione attraverso l'esercizio dei poteri disciplinari e della determinazione delle tariffe".

in capo all'ente si fa particolare riferimento a quelle formule legislative ampie e aperte che affidano all'Ordine la salvaguardia e la tutela della dignità e del decoro della professione[576].

Insomma, alla diversità di natura degli interessi rappresentati dagli Ordini, rispetto a quelli propri del sindacato, non consegue una diversità di contenuto: nell'un caso e nell'altro emergono gli interessi del gruppo professionale in quanto tale.

È evidente come tali letture che attribuiscono agli Ordini la cura non solo dell'interesse pubblico generale, ma anche dell'interesse pubblico particolare del gruppo professionale finiscano inevitabilmente – di fatto o di diritto, a seconda della lettura che si voglia accogliere circa i rapporti fra interesse pubblico generale e interesse particolare del gruppo[577] - per avocare all'ente pubblico tutte le istanze di tutela dell'insieme dei professionisti e così per erodere (quasi) ogni spazio d'azione alle organizzazioni sindacali e alle associazioni privatistiche, pur ammesse ed in concreto presenti.

Le associazioni privatistiche assumono così in larga prevalenza il ruolo di correnti interne al gruppo professionale organizzato nell'Ordine; divengono, dunque, strumenti di organizzazione del consenso per l'elezione dell'organo consigliare, nell'ambito del quale tutti gli interessi della categoria confluiscono e si ricompongono[578].

Quest'ottica – portata alle sue estreme conseguenze – giunge addirittura a riconoscere in capo all'ente pubblico gli stessi strumenti di tutela propri dell'organizzazione sindacale, lo sciopero[579]. Non è raro, del resto, nella prassi che gli Ordini professionali proclamino astensioni, in particolare

---

[576] Cfr. per es. art. 12 RDL 1578/1934, "Ordinamento delle professioni di avvocato" ai sensi del quale "Gli avvocati debbono adempiere al loro ministero con dignità e con decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia"; art. 40, 1 comma, D.Lgs. 139/2005 "Costituzione dell'ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili", ai sensi del quale "Il procedimento disciplinare nei confronti degli iscritti all'albo è volto ad accertare la sussistenza della responsabilità disciplinare dell'incolpato per le azioni od omissioni che integrino violazione di norme di legge e regolamenti, del codice deontologico, o siano comunque ritenute in contrasto con i doveri generali di dignità, probità e decoro, a tutela dell'interesse pubblico al corretto esercizio della professione".
V. oltre agli autori citati alla nota che precede, anche U. PROSPERETTI, *Ordini professionali, sindacati e compiti dei giuristi,* in *Iustitia*, 1956, pag. 32 che osserva "Per i liberi professionisti gli interessi puramente sindacali, nel senso proprio ed originario della cosiddetta resistenza sindacale non sono di solito rilevanti; ed infatti gli ordini e collegi professionali ormai costituiti largamente sono lo strumento per la manifestazione degli interessi professionali intesi come interessi alla dignità e alla disciplina della professione, nonché come interesse alla tutela della capacità professionale stessa". V. altresì PELAGGI, *Sulle attribuzioni degli ordini professionali*, in *Amm. It.,* 1973, f. 10, pag. 1270 ss. che afferma che "non pare dubbio che gli Ordini e le Federazioni abbiano competenza a trattare problemi concernenti in genere contratti, tariffe, compensi e ad intervenire nelle vertenze fra sanitari ed Enti mutualistici. E ciò per diversi ordini di ragioni. Si comprende, innanzitutto, agevolmente come tutte le materie testè menzionate, possono avere una notevole influenza ai fini della conservazione del decoro e dell'indipendenza della categoria professionale, la cui tutela è espressamente affidata agli Ordini e alle Federazioni dalle norme sopra riportate".

[577] Cfr. gli Autori citati *supra* alla nota 18.

[578] A conclusioni analoghe giunge chi contrasta la stessa possibilità di distinguere fra Ordini e sindacati in base alla natura dell'interesse rappresentato, poiché riconosce in capo all'Ordine la competenza a rappresentare tutti gli interessi del gruppo professionale. Cfr. G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, cit., pag. 35 ss.

[579] Cfr. in questo senso TERESI, *op. cit.,* pag. 458. Osserva G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, cit., pag. 36 s. che "Pur nella sostanziale omogeneità fra ordini e sindacati di professionisti l'esistenza di questi ultimi è quindi spiegabile con la loro possibilità di avere un più esplicito rapporto conflittuale con lo Stato e di aderire maggiormente alle diverse esigenze di singole sottocategorie dello stesso gruppo sociale".

nell'ambito dei servizi pubblici essenziali[580].

Tuttavia la situazione appena descritta – l'essere cioè l'Ordine, nella dinamica concreta, il soggetto portatore dell'interesse complessivo del gruppo – presuppone una forte omogeneità degli interessi dei singoli professionisti. In altre parole l'Ordine riesce a ridurre ad unità - e a farsi così portatore - dell'interesse del gruppo professionale nel suo insieme solo se gli interessi dei singoli appartenenti sono coesi o almeno poco differenziati e coordinabili fra loro.

È così del tutto ragionevole ipotizzare che un reale campo di azione per le organizzazioni sindacali consegua al diversificarsi degli interessi all'interno del gruppo professionale [581].

## 3. Il principio di libera concorrenza nel campo delle professioni ed i suoi riflessi sulla rappresentanza.

Il ruolo tendenzialmente assorbente assunto dagli Ordini nella rappresentanza e nella tutela dell'interesse della categoria è destinato con tutta probabilità ad incrinarsi con l'emergere di interessi pubblici generali prevalenti rispetto all'interesse del gruppo professionale.

Il riferimento è qui al principio di libera concorrenza di derivazione comunitaria – pacificamente operante secondo la Corte di Giustizia anche nel campo delle libere professioni ed ora recepito nell'ordinamento interno da precise norme di legge (il riferimento è al D.L. 233/2006, cosiddetto Decreto "Bersani", convertito con la L. 248/2006, su cui *infra* nel testo. V. poi anche D.Lgs. 30/2006) – volto ad assicurare la soddisfazione dell'interesse pubblico generale ad una più economica e migliore qualità dell'attività resa dal professionista.

L'affermarsi dell'interesse pubblico generale espresso dal principio di libera concorrenza incide sul ruolo rappresentativo degli Ordini in due sensi: da una parte sottraendo alla competenza dell'Ordine la rappresentanza degli interessi di gruppo con esso in conflitto; dall'altra scardinando il presupposto su cui la rappresentanza dell'Ordine si fonda: l'unitarietà dell'interesse espresso dal gruppo professionale nel suo insieme, favorendo così l'emergere di interessi settoriali di sottogruppi di professionisti all'interno della categoria.

*a) L'interesse pubblico generale ad una più economica e migliore qualità dell'attività resa dal professionista - espresso dal principio di libera concorrenza - sottrae agli Ordini la competenza a rappresentare e tutelare gli interessi del gruppo professionale con esso in conflitto.*

Si è detto della opinione consolidata che ritiene coesistere in capo all'Ordine l'interesse pubblico generale e l'interesse pubblico particolare della categoria.

Tuttavia - a parere di chi scrive –, nel caso in cui i due interessi entrino in conflitto, nella scelta fra interesse pubblico generale e interesse particolare della categoria è inevitabilmente il primo a dover prevalere.

---

[580] Ma su questo aspetto cfr. più in dettaglio par. 7. Si tratta comunque di un fenomeno non nuovo, cfr. G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, cit., pag. 35 nota 26 che nel 1979 sottolineava "che tuttora gli ordini professionali svolgono frequentemente, anche se in maniera ufficiosa, una sollecitazione della categoria ad azioni sciopero".

[581] Sottolinea G. ROSSI, *Enti pubblici associativi* cit., pag. 36 che – in un panorama in cui l'Ordine ha il monopolio (secondo la sua impostazione, di diritto) della rappresentanza del gruppo – ai sindacati rimane la prerogativa di rappresentare "la diversità di interessi all'interno della categoria, che richiede espressioni differenziate rispetto a quelle necessariamente unitarie degli ordini". Su questa linea cfr. Cass. S.U., 14 febbraio 1992, n. 1811, in *Juris data on line - banca dati,* Milano.

Depone già in questo senso la natura stessa degli Ordini: enti pubblici – certo a struttura associativa e dotati di autonomia -, ma preposti dalla legge in primo luogo alla tutela degli interessi pubblici della collettività generale e dei fruitori-utenti dell'attività professionale, titolari di competenze fissate dalla legge, soggetti al controllo ministeriale.

Ma se mai si volessero nutrire dubbi al riguardo, è lo stesso legislatore – nei suoi più recenti interventi - ad indicare come sia l'interesse generale a prevalere sull'interesse di gruppo. Di conseguenza è lo stesso legislatore a sottrarre agli Ordini (o a circoscrivere) la competenza nel perseguire quegli interessi del gruppo che divergano rispetto all'interesse generale (e con esso – beninteso - non siano coordinabili).

Viene qui in particolare considerazione[582] la competenza a fissare le tariffe professionali, che per generale opinione risponde prima di tutto e prevalentemente ad un interesse del gruppo professionale in quanto tale.

Al riguardo l'art. 2, 1 comma, lett. a) del Decreto legge "Bersani" n. 223/2006 (convertito nella L. 248/2006; il principio è poi richiamato dall'art. 3, 1 comma, D.Lgs. 30/2006) dispone l'abrogazione delle "disposizioni legislative o regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali: a) l'obbligatorietà di tariffe fisse o tariffe minime, vincolanti per tutti gli appartenenti alla categoria" oltre che "il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obbiettivi da perseguire".

In tal modo – inevitabilmente[583] – la competenza in tema di tariffe minime viene sottratta agli Ordini professionali[584], sia che fosse loro riconosciuta da norme legislative o regolamentari in

---

[582] Nella stessa direzione si muovono le prescrizioni del D.L. "Bersani" in tema di pubblicità e di servizi multiprofessionali di tipo interdisciplinare.
Con riguardo al primo profilo, l'art. 2, 1 comma, lett. b) D.L. 233/2006 prevede, infatti, che è abrogato "Il divieto, anche parziale di svolgere pubblicità informativa, circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni, secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall'ordine". Il nostro ordinamento si è così adeguato in via anticipata all'art. 100 della Direttiva 2006/123/CE.
Con riguardo al secondo profilo l'art. 2, 1 comma, lett. c) D.L. 233/2006 dispone che è abrogato "il divieto di fornire all'utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare da parte di società di persone o associazioni fra professionisti, fermo restando che l'oggetto sociale relativo all'attività libero-professionale deve essere esclusivo, che il medesimo professionista non può partecipare a più di una società e che la specifica prestazione deve essere resa da uno o più soci professionisti previamente indicati, sotto la propria personale responsabilità". Anche per questi profili il nostro ordinamento si è adeguato in via anticipata all'art. 101 della Direttiva 2006/123/CE.
[583] Di contrario avviso è, invece, il Consiglio Nazionale Forense nel parere del 4 settembre 2006 N. 22-C/2006 in www.consiglionazionaleforense.it/files/4027/C-22/202006pdf ai sensi del quale la deroga ai minimi tariffari potrebbe comunque dar luogo a una violazione del codice deontologico e in particolare dell'art. 5 sui doveri di dignità, probità e decoro e dell'art. 43, comma 2, che vieta la richiesta di compensi "manifestamente sproporzionati all'attività svolta e comunque eccessivi".
Come è stato giustamente sottolineato "i codici deontologici incontrano un limite insuperabile in norme di legge di tipo imperativo. Nel caso di specie, una fonte normativa di rango primario qual è il decreto "Bersani" esclude l'obbligatorietà dei minimi tariffari. Ciò in applicazione dei principi che reggono il nuovo "ordine pubblico economico" radicato ormai nella nostra Costituzione, riletta alla luce del Trattato istitutivo della Comunità europea, non a caso richiamato dall'art. 1 del decreto Bersani", così M. CLARICH, *Liberalizzazioni: una lettura delle norme non in linea con il diritto anitrust*, in *Guida al Diritto*, 37/2006, pag. 13.
[584] A decorrere dal 1 gennaio 2007. Prevede infatti l'art. 2, 3 comma, D.L. 223/2006 che "Le disposizioni deontologiche e pattizie e i codici di autodisciplina che contengono le disposizioni di cui al comma 1 sono adeguate, anche con l'adozione di misure a garanzia della qualità delle prestazioni professionali, entro il 1 gennaio 2007. In caso di mancato adeguamento, a decorrere dalla medesima data, le norme in contrasto con quanto previsto dal comma 1 sono in ogni caso nulle".

modo esplicito (nell'ambito per es. di un procedimento destinato a concludersi con un provvedimento amministrativo, come è nel caso degli avvocati[585] e dei notai) sia che venisse tratta quale corollario dalle previsioni in tema di tutela della dignità e del decoro della professione (come è nel caso dei medici veterinari[586]).

Può poi essere oggetto di discussione se in capo agli Ordini possa rimanere fermo il potere di individuare comunque tariffe di riferimento non vincolanti[587] o non vincolanti nel minimo, ma nel

---

[585] Che la soluzione adottata dal decreto "Bersani" fosse l'unica necessitata dal rispetto della disciplina comunitaria è da discutere.
Infatti con particolare riferimento al sistema italiano di fissazione delle tariffe forensi la Corte di Giustizia ne ha più volte dichiarato la conformità al principio di libera concorrenza.
C.Giust. 19 gennaio 2002, C-35/99, *Arduino*, in *Juris data on line - banca dati,* Milano, ha ritenuto che la normativa italiana in tema di fissazione delle tariffe forensi non sia in contrasto con il diritto comunitario perché "gli artt. 5 e 85 del Trattato non ostano all'adozione da parte di uno stato membro di una misura legislativa o regolamentare che approvi, sulla base di un progetto stabilito da un ordine professionale forense, una tariffa che fissa dei minimi e dei massimi per gli onorari dei membri degli ordini, qualora tale misura statale sia adottata nell'ambito di un procedimento come quello previsto dalla normativa italiana" (che prevede appunto che sia la norma regolamentare statuale e non l'Ordine in via autonoma – da qualificare ai fini del diritto della concorrenza quale associazione di imprese – a fissare la tariffa).
Il medesimo orientamento è ribadito da C. Giust. 5 dicembre 2006, C-94/04 e C-202/04, *Cipolla- Macrino,* in *FI*, 2007, IV, c. 1 ss. che affronta poi anche la questione se un divieto assoluto di derogare convenzionalmente alle tariffe minime contrasti con il principio comunitario di libera prestazione dei servizi posto dall'art. 49 del Trattato e conclude rimettendo la questione al giudice del rinvio perché valuti se la restrizione sia idonea e proporzionata e cioè "se vi sia una relazione tra il livello degli onorari e la qualità dei servizi delle prestazioni fornite dagli avvocati e se, in particolare, la determinazione di tali onorari minimi costituisca un provvedimento adeguato per il raggiungimento degli obbiettivi perseguiti, vale a dire la tutela dei consumatori e la buona amministrazione della giustizia".
In senso conforme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia cfr. Cass. 29 maggio 2006, n. 12743, in *Juris data on line - banca dati,* Milano.

[586] Cfr. Cass. 11 novembre 2003, n. 16943, in *Juris data on line - banca dati,* Milano, che ha ritenuto conforme all'ordinamento l'esercizio da parte dell'Ordine dei medici veterinari del potere disciplinare nei confronti di un professionista che non aveva rispettato le tariffe minime, fissate dall'Ordine in ossequio alla sua competenza a tutelare il decoro e la dignità della professione: la tariffa "anche se avesse (…) carattere soltanto indicativo, sarebbe nondimeno anche in tal caso vincolante all'interno del gruppo organizzato, del quale l'organo che ha fissato la tariffa ed è tenuto a tutelarne gli interessi, costituisce diretta emanazione".

[587] Cfr. al riguardo TAR Roma 28 gennaio 2000, n. 466, in *Gior. Dir. Amm.,* 2000, pag. 356 ss. che ha ritenuto che la raccomandazione rivolta da un ordine professionale ai propri iscritti (nella specie si trattava dell'ordine dei ragionieri e dei periti commerciali) di applicare un sistema tariffario elaborato in seno alla categoria – e non ancora vincolante nelle more dell'approvazione ministeriale – "costituisce una forma di coordinamento della condotta economica delle imprese che si riconoscono nell'ordine medesimo, in violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a), della legge n. 287/1990".
Ritiene che "il criterio selettivo delle determinazioni tariffarie compatibili con il principio di concorrenza e di quelle incompatibili non può ravvisarsi nella *derogabilità* o *inderogabilità* delle medesime" anche R. SENIGALLIA, *Diritto antitrust e potere di autodeterminazione tariffaria nel mercato delle professioni intellettuali*, in *Nuove Leggi Civili Comm.*, 2006, II, pag. 213 ss. ove anche riferimenti a sentenze della Corte di Giustizia.
Tuttavia diverse disposizioni del D.L. "Bersani" 223/2006 depongono per la possibilità per gli Ordini di individuare tariffe non vincolanti. Con riferimento alle tariffe di professionisti la cui attività sia implicata in procedure ad evidenza pubblica, quali ingegneri e architetti, l'art. 2, 2 comma, secondo periodo dispone che "Nelle procedure ad evidenza pubblica, le stazioni appaltanti *possono utilizzare le tariffe*, ove motivatamente ritenute adeguate quale criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per attività professionali".
Ancora più decise sono le previsioni del D.L. "Bersani" relative alle tariffe forensi. Viene qui in considerazione l'art. 2, 2 comma, primo periodo ai sensi del quale "Il giudice provvede alla liquidazione delle spese di giudizio e dei compensi professionali in caso di liquidazione giudiziale e di gratuito patrocinio *sulla base della tariffa professionale"*.
Ma è soprattutto rilevante l'art. 2, 2 *bis* comma, il quale dispone che all'art. 2233 c.c. il terzo comma sia sostituito dal seguente: "Sono nulli, *se non redatti in forma scritta*, i patti conclusi tra gli avvocati ed i praticanti abilitati con i loro clienti che stabiliscono i compensi professionali". È evidente, infatti, che imporre la forma scritta a pena di nullità per fissare in pattuizioni individuali la misura del compenso può portare ad una reviviscenza delle tariffe forensi – pur non vincolanti – fissate dal Consiglio Nazionale Forense. Cfr. sul punto A. COSSIRI, *Tariffe professionali forensi tra diritto interno e comunitario: le liberalizzazioni viste alla luce del diritto antitrust e della libera circolazione dei servizi,* in *www.forumcostituzionale.it.*

massimo[588]. Potrebbe andare in questa direzione la legislazione *in itinere*: il Disegno di legge "Mastella" sul riordino delle professioni[589] all'art. 2, 1 comma, lett. m) delega, infatti, il Governo a "prevedere a tutela del cliente, la individuazione generale di limiti massimi dei corrispettivi per ciascuna prestazione".

Sarebbe invece contraria alla scelte legislative qualunque interpretazione "gattopardesca" che riportasse il sistema a riavvolgersi su sé stesso[590].

È evidente come in questo nuovo scenario si aprano nuovi potenziali[591] spazi all'azione sindacale (e in senso più lato all'azione delle associazioni professionali) a tutela di quell'interesse di gruppo che fuoriesce dal campo di intervento dell'Ordine professionale (o comunque rispetto ad esso retrocede)[592].

b) *Diversificarsi degli interessi dei professionisti all'interno del gruppo professionale e rappresentanza di sindacati e associazioni di professionisti.*

L'affermarsi del principio di libera concorrenza porta con sé anche un altro effetto: scardina il presupposto su cui si è radicata fino ad oggi la rappresentanza ad opera dell'Ordine professionale, cioè l'unitarietà dell'interesse del gruppo professionale complessivamente considerato.

Se, infatti, si pongono le basi per una concorrenza fra i singoli professionisti sulle condizioni eco-

---

D'altra parte nel parere del 4 settembre 2006 C-22/2006, cit., in merito al D.L. "Bersani" il Consiglio Nazionale Forense precisa che "il fatto che le tariffe non siano più obbligatorie non esclude che (…) le parti contraenti possano concludere un accordo con riferimento alle tariffe come previste dal D.M.".
Un passo ulteriore – e di dubbia legittimità – compie poi il nuovo testo dell'art. 45 del Codice deontologico forense – il cui adeguamento è avvenuto nei termini previsti dal D.L. "Bersani" – che impone che "i compensi [anche negoziati] siano proporzionati all'attività svolta". Il fatto che non vengano fissati i criteri in base ai quali valutare l'elemento della proporzionalità testimonia come l'Ordine voglia nuovamente avocare a sé il potere di individuare – seppure in via indiretta – le tariffe forensi. Per questa notazione v. ancora A COSSIRI, *op.cit.*, pag. 3.
Per la legittimità della individuazione comunque da parte degli Ordini di tariffe di riferimento cfr. anche Circolare 10/2006 del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti in *www.cncd.it*.
Con riguardo, poi, alla conformità rispetto al principio di libera concorrenza del potere attribuito agli Ordini di esprimere pareri (cd. opinamento della parcella) - con effetti vincolanti nei confronti del giudice nell'ambito delle procedure sommarie di ingiunzione, ma non nel successivo giudizio di opposizione - in ordine alla congruità delle parcelle predisposte dai professionisti (nel caso si trattava di un architetto), cfr. C. Giust. 29 novembre 2001, C-221/1999, *Conte,* in *Juris data on line - banca dati,* Milano, ai sensi della quale "Gli artt. 5 e 85 del Trattato CE (divenuti artt. 10 e 81 CE) non ostano ad una normativa nazionale che, nell'ambito di un procedimento sommario di ingiunzione di pagamento diretto al recupero degli onorari di architetto iscritto ad una associazione professionale, impone al giudice adito di conformarsi al parere espresso da quest'ultima per quanto riguarda la liquidazione di detti onorari, in quanto tale parere perde il suo carattere vincolante allorché il debitore avvia un procedimento in contraddittorio".

[588] Con riferimento specifico al D.L. "Bersani" il Consiglio Nazionale Forense nel parere del 4 settembre 2006, cit., ha espresso l'opinione che siano legittime tariffe vincolanti nel massimo.

[589] Si tratta del Disegno di legge AC – 2160 "Delega al Governo per il riordino dell'accesso alle professioni intellettuali, per la riorganizzazione degli Ordini, albi e collegi professionali, per il riconoscimento delle associazioni professionali, per la disciplina delle società professionali e per il raccordo con la normativa dell'istruzione secondaria superiore" approvato dal Consiglio dei Ministri il 1 dicembre 2006, in *www.governo.it.*

[590] Come sembra voler fare l'art. 45 del Codice deontologico, che pone un principio di proporzionalità per l'individuazione dei compensi – anche individualmente concordati - alla cui concretizzazione l'Ordine candida sé stesso. Cfr. nota 30.

[591] Si è scritto "potenziale" perché il sistema potrebbe anche andare in altra direzione e aprire invece spazi alla mera autonomia individuale.

[592] Anche in quest'ambito si pongono peraltro problemi di rispetto del principio di libera concorrenza, come si dirà *infra*.

nomiche e la qualità della loro prestazione, inevitabilmente nel tempo divergeranno i loro interessi e in questo spazio ben potrebbero inserirsi sindacati o associazioni professionali privatistiche che come tali sono libere di scegliere quali interessi settoriali rappresentare.

Nessun rilievo può essere dato a questi fini all'art. 8 del D.d.l "Mastella" che pone "Principi e criteri in materia di associazioni professionali riconosciute". La norma, infatti, - pur non esente da ambiguità[593] - delega il Governo a individuare "gli interessi generali in base ai quali possono essere riconosciute le associazioni di esercenti le professioni *ai fini di dare evidenza ai requisiti professionali degli iscritti, di favorire la selezione qualitativa e la tutela dell'utenza*"; l'art. 8 deve, dunque, essere letto e interpretato nell'ambito di queste precise finalità[594], non come volto a porre in generale limiti alla libertà di associazione dei professionisti, peraltro tutelata da precise disposizioni costituzionali (art. 18 e 39 Cost.)

c) *Diversificazione degli interessi all'interno del gruppo professionale e molteplicità delle tipologie contrattuali tramite le quali può essere resa l'attività professionale.*

Che la direzione di marcia sia quella di una diversificazione e scomposizione degli interessi all'interno del gruppo professionale è evidenziato anche da un altro elemento emergente: la molteplicità delle forme giuridiche tramite le quali può e potrà essere in prospettiva resa l'attività professionale.

Nell'ambito delle professioni protette l'ordinamento italiano è rimasto per lungo tempo su posizioni tradizionaliste, mantenendo fermo il divieto in generale posto dall'art. 2 l. 1815/1939 in tema di società di professionisti[595]. È stato così privilegiato l'elemento della personalità dell'attività professionale (cfr. art. 2232 c.c., ai sensi del quale "il prestatore deve eseguire personalmente l'incarico assunto") deducibile come tale solo in un contratto di lavoro autonomo di prestazione d'opera intellettuale o - salvi i casi eccettuati (com'è per la professione forense, con riferimento

---

[593] Il decreto distingue, infatti, fra associazioni in generale e associazioni registrate. Sembra tuttavia porre con riguardo alle prime limitazioni difficilmente giustificabili a fronte dell'art. 18 Cost.: il Governo è delegato a garantire la libertà di costituire associazioni solo fra "professionisti che svolgano attività professionale omogenea, con il limite che, nel caso di attività riservate, possono farne parte solo gli iscritti al relativo ordine, albo o collegio", ma al contempo (lett. b) a "stabilire che la partecipazione all'associazione non comporta alcun vincolo di esclusiva, nel pieno rispetto della libera concorrenza".
Le associazioni registrate (lett. c), invece, devono possedere specifici requisiti (quali ampia diffusione sul territorio, svolgimento di attività che possano incidere su diritti costituzionalmente garantiti o su interessi che, per il loro radicamento sul tessuto socio-economico, comportino l'esigenza di tutelare gli utenti, che siano costituite da almeno quattro anni ecc.). Solo queste ultime poi (a mente della lett. e) sembrano deputate a rilasciare attestati relativi alla qualificazione professionale.

[594] In questa precisa ottica trova allora razionale collocazione la prescrizione al Governo – sempre contenuta nell'art. 8 – di "prevedere che i decreti legislativi siano redatti in modo tale da escludere incertezze in ordine alle funzioni rispettivamente attribuite dalla legge agli ordini professionali e alle associazione di professionisti" appunto in tema di formazione professionale (agli Ordini infatti spetta "l'aggiornamento e la qualificazione professionale dei propri iscritti", cfr. art. 4, lett. g), D.d.l. "Mastella", oltre che "la costante verifica della qualificazione e dell'aggiornamento professionale", art. 4, lett. d) D.d.l. "Mastella").

[595] L'art. 2 l. 1815/1939 prevedeva che fosse "vietato costituire, esercitare o dirigere, sotto qualsiasi forma, diversa da quella di cui al precedente articolo, società istituti, uffici, agenzie od enti, i quali abbiano ad oggetto lo scopo di dare anche gratuitamente, ai propri consociati o ai terzi, prestazioni di assistenza o consulenza in materia tecnica, legale, commerciale, amministrativa, contabile o tributaria". L'art. 1 della medesima legge prevedeva, invece, che l'esercizio della professione in forma associata da parte di coloro che sono iscritti all'albo deve svolgersi menzionando la dizione "studio tecnico legale, commerciale, contabile, amministrativo o tributario". Nell'interpretarla sia la dottrina che la giurisprudenza maggioritarie avevano ritenuto che la norma ponesse una proibizione assoluta di costituire società per l'esercizio della professione, cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., pag. 525 ss.

alla quale è sancita l'incompatibilità fra iscrizione all'ordine e lavoro subordinato[596]) – in un contratto di lavoro subordinato.

Le spinte del mercato, la richiesta, specie a favore delle imprese, di servizi professionali sempre più sofisticati - che necessitano di continuo aggiornamento e dunque di investimenti in formazione e supporti informativi, di prontezza di risposta e dunque di una organizzazione adeguata e articolata, nonché di una divisione del lavoro fra attività di *routine* e attività più qualificate, di diversi apporti specialistici ecc. –, l'emergere comunque nel tessuto sociale di realtà complesse, pur nelle forme consentite dall'ordinamento[597], hanno infine indotto il legislatore italiano – prima con interventi settoriali (i CAAF, le società fra avvocati, le società di *engeeniring*[598]) – e, poi, in prospettiva probabilmente con un intervento a tutto campo a diversificare le tipologie contrattuali tramite le quali è possibile rendere attività professionale, includendo fra queste in via generale anche le società di professionisti (cfr. art. 9 D.d.l "Mastella" che pone i principi di delega per l'introduzione in via generale di una specifica figura di società e cooperativa fra professionisti).

Nel futuro, dunque, è dato immaginare che le prestazioni professionali – ed anche quelle riservate alle professioni protette – potranno essere dedotte in almeno quattro tipologie contrattuali - il contratto di lavoro subordinato, il contratto di lavoro autonomo parasubordinato, il contratto di lavoro autonomo *tout court* e il contratto sociale che lega il professionista alla società o cooperativa – ognuna delle quali presuppone una diversa posizione sul mercato, una diversa consistenza organizzativa, e dunque diverse esigenze di tutela del soggetto-professionista intellettuale che la rende.

Anche riguardando la questione sotto questo angolo visuale, dunque, si profilano spazi di intervento per il sindacato e per le associazioni fra professionisti[599].

## 4. Principio di libera concorrenza e contrattazione collettiva: una diversa linea di confine per i professionisti subordinati, autonomi, parasubordinati.

Una volta evidenziato che il principio di libera concorrenza è destinato a comprimere l'area di intervento degli Ordini e ad aprire nuovi potenziali spazi alle forme di rappresentanza e tutela

---

596 Il divieto si deduce dall'art. 3 l. 36/1934, di conversione con modificazioni del R.D.L. 1578/1933, ai sensi del quale l'esercizio della professione di avvocato "è infine incompatibile con ogni altro impiego retribuito, anche se consistente nella prestazione d'opera di assistenza o consulenza legale, che non abbia carattere scientifico o letterario".

597 Cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., pag. 525 ss. che fa riferimento a forme associative "atipiche", che non investono in alcun modo l'attività professionale, ma si configurano per es. come società di mezzi per l'uso in comune di beni strumentali necessari allo svolgimento della prestazione e l'utilizzo del personale ausiliario, o la società "interna" relativa alla ripartizione delle spese di studio e dei compensi.

598 Cfr. per gli opportuni riferimenti normativi L. Galantino, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2006, pag. 167 s.

599 Ma ancora una volta non degli Ordini professionali, pur ritenendo che essi possano in concreto farsi portatori di interessi non solo diversificati, ma addirittura contrapposti (ma in senso contrario v. Cons. Stato sez. VI, 14 giugno, 2004, n. 3874, in *Juris data on line - banca dati,* Milano; Cons. Stato sez. VI, 15 aprile 1999, n. 471, *ibidem*).
Per opinione prevalente infatti non è ammesso nel nostro ordinamento il cd. "sindacato misto" – a cui per ciò va disconosciuta la qualifica di "sindacale" -, quella formazione, cioè, che rappresenti simultaneamente datori e lavoratori. Già dal sistema costituzionale (cfr. artt. 3, 39 e 40 Cost.), ma anche dalle successive prescrizioni del legislatore ordinario (cfr. artt. 17 e 28 St.lav.) si ricava infatti un sistema di rappresentanza e tutela degli interessi collettivi di datori di lavoro e lavoratori di tipo conflittuale, antagonistico, separato. Cfr. Trib. Milano 18 maggio 1996, in *Riv. Giur. Lav.*, 1997, II, pag. 247 ss., con nota di G.A. RECCHIA, *Il concetto di "qualità sindacale"*, ove richiami alla dottrina.

collettiva il discorso non è concluso.

C'è ancora da chiedersi se e in quali termini gli accordi posti in essere da libere associazioni privatistiche di professionisti - pur al di fuori delle competenze dell'Ordine - confliggano con il principio di libera concorrenza.

Il discorso deve essere articolato, considerato che – come già posto in luce – tali accordi possono essere volti a prefigurare: le condizioni di impiego di professionisti-lavoratori subordinati o di professionisti-lavoratori autonomi parasubordinati nei confronti rispettivamente di datori di lavoro o di committenti; le condizioni di lavoro di professionisti-lavoratori autonomi verso la clientela; ed infine le condizioni di lavoro di professionisti-soci di società verso la struttura sociale alla quale aderiscono.

La questione – in altre parole - è quali lavoratori siano titolari di quella libertà di negoziazione collettiva che la Corte di giustizia ha riconosciuto – a partire dalla sentenza *Albany*[600] – non in conflitto con il principio di libera concorrenza, in quanto funzionale ad obbiettivi di politica sociale pure presenti nel Trattato. È noto, infatti, che la libertà di negoziazione è sì esclusa dalle competenze comunitarie - o almeno non inclusa in via formale (v. art. 137.5 del Trattato) –, ma sicuramente scaturisce dalle tradizioni comuni degli Stati membri e fa parte dei diritti fondamentali che secondo la costante giurisprudenza della Corte sono oggetto di tutela nell'ordinamento giuridico comunitario (v. anche l'art. 28 della Carta di Nizza[601]).

Al contempo – e specularmente – la questione è quale significato debba essere attribuito al concetto di impresa rilevante ai fini dell'applicazione del principio di libera concorrenza, sancito dall'art. 81 del Trattato[602].

Certo, nessuno dubita che la libertà di negoziazione collettiva competa ai lavoratori subordinati in senso stretto, cioè a coloro che – secondo la definizione dell'art. 2094 c.c. – lavorano "alle dipendenze e sotto la direzione" del datore di lavoro. Dunque, le intese poste in essere da organizzazioni sindacali volte a fissare le condizioni di lavoro in quest'area non entrano certo per ciò stesso in conflitto con il principio di libera concorrenza[603].

---

[600] Cfr. C.Giust. 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*, in *Foro It.,* 1999, IV, c. 489 ss. Sulla stessa linea v. anche C.Giust. 21 settembre 1999, C-219/97, *Drijvende Bokken*, e C.Giust. 21 settembre 1999, procedimenti riuniti da C-115/97 a C-117/97, *Brentjens,* in *Juris data on line - banca dati,* Milano.

[601] L'art. 28 della Carta di Nizza (poi divenuto art. II-88 della Costituzione europea, peraltro non ratificata secondo le procedure previste e perciò non in vigore) prevede che: "I lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e alle prassi nazionali, il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero". In tema di diritti collettivi nella Costituzione europea v. M. Rusciano, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea,* in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, I, pag. 897 ss.

[602] Diversa questione è se il professionista intellettuale possa essere qualificato imprenditore ai sensi del diritto interno. Sul dibattito cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., pag. 527 ss.

[603] Altro discorso è, poi, quali contenuti e quali finalità debba avere il contratto collettivo per non essere in contrasto con il principio di libera concorrenza. Per i problemi aperti dalla sentenza *Albany* cfr. fra gli altri: M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale,* in *Riv. It. Dir. Lav.,* 2000, II, pag. 225 ss.; P. ICHINO, *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 3/2000, pag. 635 ss.; B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nel diritto comunitario,* in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, I, pag. 819 ss.; F. RAVELLI, *Mercato, solidarietà, autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.,* 2003, pag. 303 ss.; S. CAZZANTI, *Breve rassegna su contrattazione collettiva e concorrenza nella giurisprudenza comunitaria,* in *Riv. Giur. Lav.,* 2004, I, 663 ss.

Quanto al concetto di impresa rilevante ai fini del principio di libera concorrenza, la Corte di Giustizia, com'è noto, ne ha fornito un'interpretazione funzionale, ritenendo tale ogni entità che eserciti un'attività economica, cioè offra beni o servizi su un determinato mercato[604], a prescindere da qualunque "*status* giuridico, dalle modalità di finanziamento, dagli elementi organizzativi o aziendali, ed indipendentemente dallo scopo di lucro"[605].

In questa ampia nozione rientra così, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, anche l'attività professionale che appunto - a prescindere dalla natura intellettuale del servizio, dalla necessità di un'autorizzazione per l'accesso, dal fatto che non richieda un'organizzazione e cioè la combinazione di elementi materiali, immateriali e umani[606], dalla circostanza che l'esercizio della professione sia regolamentato – costituisce attività di impresa ed è soggetta alle regole in tema di concorrenza[607]. Emblematica è in questo senso la sentenza *Wouters* del 2002 che, ai fini della disciplina *antitrust,* qualifica attività d'impresa il servizio reso dall'avvocato[608].

Il principio è ora del resto esplicitamente riconosciuto dall'art. 3, 2 comma, D.Lgs. 30/2006.

Se così è bisogna inevitabilmente concludere che sono da qualificare associazioni di imprese e come tali soggette alle regole di tutela della concorrenza[609] le associazioni di professionisti che,

---

[604] Per la ricostruzione del concetto di impresa rilevante ai fini dell'applicazione delle norme del Trattato in tema di concorrenza v. D. CORAPI e B. DEL DONNO, *L'impresa,* in A. TIZZANO (a cura di) *Il diritto dell'Unione Europea,* II, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, Torino, 2000, pag. 953 ss.; L. DI VIA, *L'impresa,* in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo,* Padova, 1997, I, pag. 252 ss.; A. SPADAFORA, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. Civ.*, 1990, II, pag. 283 ss.

[605] Così F. MUNARI, *Le regole di concorrenza nel sistema del Trattato*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattato dell'Unione Europea*, cit., pag. 1156.

[606] Cfr. C. Giust. 18 giugno 1998, C- 35/96, *Commissione contro Repubblica Italiana*, in *Juris data on line - banca dati,* Milano, relativa alla possibilità di qualificare come impresa ai fini del diritto alla concorrenza gli spedizionieri doganali. In quella occasione la Corte ha affermato (paragrafi 36 e 37) che "Orbene l'attività degli spedizionieri doganali presenta natura economica. Infatti questi offrono, contro retribuzione, servizi che consistono nell'espletare attività doganali, concernenti soprattutto l'importazione, l'esportazione e il transito di merci, nonché altri servizi complementari, quali i servizi appartenenti ai settori monetario, commerciale e tributario. Inoltre essi assumo a proprio carico i rischi finanziari connessi all'esercizio di tale attività (...). In caso di squilibrio fra uscite e entrate, lo spedizioniere doganale deve sopportare direttamente i disavanzi. Di conseguenza il fatto che l'attività dello spedizioniere doganale sia intellettuale, richieda un'autorizzazione e possa essere svolta senza la combinazione di elementi intellettuali, materiali e immateriali e umani non è tale da escluderla dalla sfera di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE".
Sul tema v. già la Decisione della Commissione 30 gennaio 1995, 95/188/CE, in *GU,* n. 122 del 2 febbraio 1995, pag. 37 ss. che aveva ritenuto i consulenti aziendali imprese ai sensi del diritto della concorrenza.

[607] Cfr. C. Giust. 12 settembre 2000, procedimenti riuniti da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov,* in *Foro It.*, 2002, IV, c. 244 ss. relativa a medici specialisti che afferma (paragrafi 76 e 77): "i medici specialisti membri della LSV forniscono, nella loro qualità di operatori economici autonomi, servizi sul mercato, cioè quello dei servizi medici specialistici. Questi medici ricevono dai loro pazienti una retribuzione per i servizi che somministrano loro e assumono i rischi finanziari connessi all'esercizio delle loro attività. Ciò considerato, i medici specialisti autonomi membri della LSV svolgono un'attività economica e pertanto, costituiscono imprese ai sensi degli artt. 85, 86 e 90 del Trattato *senza che la natura complessa e tecnica dei servizi da loro forniti e la circostanza che l'esercizio della loro professione è regolamentato siano tali da modificare questa conclusione*" (corsivo di chi scrive).

[608] Cfr. C.Giust. 19 febbraio 2002, C-309/99, *Wouters,* in *Foro It.,* 2002, IV, c. 186 ss. ai sensi della quale (paragrafi 48 e 49) "gli avvocati offrono dietro corrispettivo, servizi di assistenza legale consistenti nella predisposizione di pareri, di contratti o di altri atti, nonché nella rappresentanza e nella difesa in giudizio. Inoltre, essi assumono i rischi finanziari relativi all'esercizio di tali attività poiché, in caso di squilibrio tra le spese e le entrate, l'avvocato deve sopportare direttamente l'onere dei disavanzi. Di conseguenza, gli avvocati iscritti all'albo nei Paesi Bassi svolgono un'attività economica e, pertanto, costituiscono imprese ai sensi degli artt. 85, 86 e 90 del Trattato, senza che la natura complessa e tecnica dei servizi da loro forniti e la circostanza che l'esercizio della loro professione è regolamentato siano tali da modificare questa conclusione".
Sulla questione v. G. VICICONTE, *La libera circolazione degli avvocati,* in L. NOGLER (a cura di), *Le attività autonome*, Torino, 2006, specie pag. 406 ss.; A. BERLINGUER, *Stato mercato e concorrenza nella UE: il caso delle professioni intellettuali*, in *Cont. Impr. /Europa*, 2004,

nell'ambito di accordi privatistici con associazioni di clienti o utenti (o anche nell'ambito di accordi fra gli stessi associati) fissino le condizioni - e in particolare le tariffe - a cui le varie prestazioni verranno rese.

Nel campo del lavoro autonomo, dunque, gli spazi potenzialmente aperti alla libera espressione degli interessi di categoria dal ritrarsi delle competenze degli Ordini vengono elisi dal concomitante operare del principio di libera concorrenza.

Rimane l'area del lavoro parasubordinato[610], cioè di quelle attività professionali rese formalmente in regime di autonomia – dunque in assenza di un vero e proprio potere direttivo –, ma sostanzialmente in un regime di soggezione al potere economico e sociale del committente, come si trae dal contestuale operare dei tre requisiti della prevalente personalità, della continuità e della coordinazione (cfr. art. 409, 1 comma, n. 3, c.p.c.).

Al riguardo sembra del tutto ragionevole ritenere che, sotto l'angolo visuale qui preso in esame, il lavoro parasubordinato vada assimilato al lavoro subordinato in senso stretto. I professionisti parasubordinati, infatti, - pur se formalmente autonomi – non operano nel mercato a beneficio di una platea indeterminata di utenti, ma svolgono la loro attività per un numero limitato di committenti (si tratti di imprese, di altri professionisti, di società fra professionisti) - e non di rado in regime di monocommittenza -, com'è inevitabile dati i caratteri che contraddistinguono la loro attività (prevalente personalità, continuatività e coordinazione)[611].

Questa conclusione appare del resto in linea con il diritto comunitario[612].

È vero che in quel sistema giuridico non esiste una nozione generale positivamente posta di "lavoro" e di "lavoratore" a cui fare ricorso nell'individuare il campo di applicazione delle discipline[613] e – per quanto qui interessa – a cui riferire il principio di libertà di contrattazione collettiva. Tuttavia pare del tutto condivisibile l'opinione di chi ritiene di poter trarre comunque un concetto comunitario di "lavoro" e di "lavoratore", fondandolo "sull'individuazione precisa delle esigenze socio-economiche di tutela e sul principio di parità di trattamento", con la conseguenza "dell'estensione dei principi generali di tutela a tutti i rapporti aventi ad oggetto prestazioni di lavoro personale, a carattere continuativo, svolte esclusivamente o prevalentemente per un

---

pag. 390 ss.; A. ORLANDO, *Il principio di concorrenza e l'ordinamento delle professioni: l'ordinamento comunitario,* in *Dir. Ec.*, 2003, pag. 699 ss.

609 In questo senso R. SENIGAGLIA, *Diritto antitrust e potere di autodeterminazione tariffaria nel mercato delle professioni intellettuali*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.,* 2006, II, pag. 213.

610 Si ricorda che ai sensi dell'art. 61, 3 comma, D.Lgs. 276/2003 le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è richiesta l'iscrizione ad un apposito albo o elenco sono escluse dal campo di applicazione delle disposizioni sul lavoro a progetto.

611 Per analoghe considerazioni, pur con riferimento al lavoro parasubordinato in generale, cfr. A. VALLEBONA, *Lavoro autonomo coordinato e diritto sindacale,* in *Dir. Lav.*, 2005, I, pag. 314.

612 Oltre agli argomenti sviluppati nel testo si consideri che nel recente Libro Verde del 26.11.2006 su "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo" (in *http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/2006/green_paper_it.pdf*) la Commissione sottolinea la necessità di fornire di tutele – individuali e collettive – il "lavoro economicamente dipendente", includendo in questo concetto la nozione fatta propria dall'ordinamento italiano di lavoro parasubordinato.

613 Cfr. F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro. 2 L'ordinamento comunitario*, Bari, 2005, pag. 92.

unico datore di lavoro, indipendentemente dal loro assoggettamento pieno al vincolo di subordinazione"[614]. Se infatti l'ordinamento comunitario delle origini non contemplava fra le sue finalità la protezione del lavoro "va tuttavia detto che nei suoi quattro decenni di vita esso ha subito una profonda evoluzione, dalla quale è derivato un arricchimento delle sue ragioni d'essere essenziali e dei suoi principi costituzionali, fra i quali vanno annoverati sicuramente anche il principio di protezione del lavoro e il vincolo di operare per il progressivo miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro delle persone"[615].

Non pare d'altra parte d'ostacolo alla lettura proposta la nozione comunitaria[616] di lavoratore elaborata dalla Corte di giustizia con riferimento specifico al principio di libera circolazione dei lavoratori (art. 48, ora art. 39, del Trattato) ed ora ripreso dall'art. 87 della Direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006[617]. In quest'ambito, infatti, secondo - l'opinione maggioritaria[618] - la Corte di Giustizia ha sì inteso dilatare al massimo il campo di applicazione della tutela, ma enucleando pur sempre una nozione comunitaria di lavoratore subordinato in senso stretto[619] (cioè di lavoratore eterodiretto)[620]. Si tratta però in quel caso, appunto, di una nozione confinata in un preciso settore di disciplina, che trova ragione nella separata considerazione normativa del lavoratore autonomo nell'ambito delle norme in tema di libera circolazione dei servizi (art. 59, ora art. 49, del Trattato).

Del resto ad analoghe conclusioni sulla latitudine della libertà di contrattazione collettiva giunge chi - constata l'assenza di un formale riconoscimento di quella libertà a livello comunitario – preferisce far ricorso al principio di sussidiarietà (art. 5.2 del Trattato) e valorizzare così il fatto che il nostro ordinamento nazionale pacificamente attribuisce ai lavoratori autonomi in situazione di

---

[614] Così P. ICHINO, *Il contratto di lavoro,* I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Bologna, 2000, pag. 52 s.

[615] Ancora P. ICHINO, *Il contratto di lavoro,* cit., pag. 53.

[616] Cfr. C.Giust. 19 marzo 1964, C-75/63, *Unger,* in in M. ROCCELLA, M. AIMO, D. IZZI, *Diritto comunitario del lavoro. Casi e materiali,* Torino, 1999, pag. 144 ss.

[617] La norma prevede che: "… la caratteristica essenziale di un rapporto di lavoro ai sensi dell'articolo 39 del Trattato dovrebbe essere il fatto che per un determinato periodo di tempo una persona fornisce servizi per conto e sotto la direzione di un'altra persona in cambio di una remunerazione; qualsiasi attività che una persona svolga al di fuori di un rapporto di lavoro subordinato deve essere classificata come attività svolta a titolo di lavoro autonomo ai sensi degli articoli 43 e 49 del Trattato".

[618] Cfr. L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2006, pag. 95 s.; M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea,* Milano, 2002, pag. 65.

[619] Cfr. in particolare C. Giust. 23 marzo 1982, C-53/81, *Levin,* in M. ROCCELLA, M. AIMO, D. IZZI, *op. cit.,* 149 ss. ai sensi della quale "le disposizioni del diritto comunitario in materia di libera circolazione dei lavoratori si applicano anche al cittadino di uno Stato membro che eserciti sul territorio di un altro Stato membro, un'attività subordinata dalla quale tragga redditi inferiori a quanto si considera minimo vitale nel secondo stato membro, indipendentemente dal fatto che l'interessato integri i proventi della sua attività subordinata con altre entrate che gli consentano di disporre del suddetto minimo vitale oppure si accontenti di mezzi di sussistenza inferiori a detto minimo vitale, purché l'attività subordinata sia esercitata realmente ed effettivamente"; C. Giust. 3 luglio 1986, C- 66/85, *Lawrie-Blum*, *ibidem*, pag. 157 ss. ai sensi della quale "la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita della quali riceva una retribuzione"; dello stesso tenore cfr. C. Giust. 12 maggio 1998, C- 85/96, *Martinez Sala,* in *Juris data on line - banca dati,* Milano; C. Giust. 8 giugno 1999, C-337/97, *Meeusen, ibidem*; C. Giust 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby*, *ibidem*.
In tema cfr. S. BORELLI, *Tra libera circolazione e sicurezza sociale: chi sono i soggetti tutelati?*, in *Lav. Dir.*, 2001, pag. 627 ss.

[620] Di diversa opinione F. Lunardon, *Subordinazione e diritto del lavoro in Europa*, in *Europa e diritto,* 1998, pag. 1 ss. secondo la quale la Corte nella sua giurisprudenza sulla libera circolazione dei lavoratori ha inteso riferirsi ad una nozione attenuata di eterodirezione (dunque anche a direttive generali e programmatiche, impartite dal datore in sede di stipulazione del contratto) compatibili con il concetto di parasubordinazione proprio dell'ordinamento italiano.

debolezza socio-economica la titolarità del potere di contrattazione collettiva[621].

## 5. Attività professionali rese in regime di parasubordinazione, forme di rappresentanza e contenuti della contrattazione. La difficoltà di predire il futuro.

Dato così per acquisito che alle organizzazioni dei liberi professionisti – non solo subordinati, ma anche parasubordinati - deve essere riconosciuta, alla stregua del diritto interno così come del diritto comunitario, la titolarità della libertà di contrattazione collettiva e che in tale area con il retrocedere delle competenze degli Ordini professionali si aprono ulteriori potenziali spazi alla contrattazione, si tratterebbe ora di verificare quali strutture organizzative potranno assumere tale compito.

Nell'impossibilità di predire il futuro, si può solo segnalare come l'associazionismo – propriamente sindacale o dedito comunque a promuovere le ragioni della professione – è in quest'ambito molto variegato.

Anche da un'analisi superficiale, emerge, infatti, che esiste un numero elevato di sigle per ogni professione considerata.

La rappresentanza assume prevalentemente i connotati dell'associazionismo di mestiere, come tale deputato a difendere gli interessi di una singola specifica professione (medici[622], farmacisti[623],

---

[621] Cfr. per tutti G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2001, pag. 29.

[622] Nell'ambito della professione medica si riscontra la presenza consistente del sindacalismo autonomo (v. www.ordinemedici.cosenza.it): AAROI (Associazione Anestesisti Rianimatori Ospedalieri Italiani); AIPaC (Associazione Sindacale Patologi Clinici); FIMP (Federazione italiana Medici Pediatri); FIMMG (Federazione Italiana Medici di Famiglia); AMCI (Associazione Medici Cattolici Italiani); ANCE (Cardiologia Italiana del Territorio); SIMET (Sindacato Italiano Medici del Territorio); ANDI (Associazione Nazionale Dentisti Italiani); CIMO-ASMD (Associazione Sindacale Medici Dirigenti); SUMAI (Sindacato Unico Medicina Ambulatoriale Italiana) SNAMI (Sindacato Nazionale Autonomo Medici Italiani); si riscontra poi la presenza di SMI (Sindacato Medici Italiani) che riunisce CUMI-AISS (Confederazione Unitaria dei Medici Italiani - Associazione Italiana dei Medici Specialisti in formazione e Specialisti), UNAMEF (Sindacato rappresentativo di medici di famiglia dissociatosi dalla FIMMG).
In quest'ambito si riscontra, poi, la presenza anche del sindacalismo confederale.

[623] Per quanto riguarda i farmacisti, si riscontra la presenza di sindacati autonomi, tra cui si annoverano il Sindacato Nazionale Farmacisti Dirigenti del S.S.N. (Scopo di SiNafo è la tutela dei farmacisti dirigenti operanti presso ospedali aderenti al SSN, cfr. *www.sinafo.it*); la Federazione Nazionale Giovani Farmacisti (che comprende le Associazioni di Giovani Farmacisti (AgiFar) presenti su tutto il territorio nazionale, v. *www.agifar.it*); nonché Federfarma [la Federazione Nazionale Unitaria dei Farmacisti Italiani, nata nel 1969, attualmente rappresenta le 15.500 farmacie private convenzionate con il Servizio sanitario nazionale e comprende altresì SUNIFAR (Sindacato Unitario dei Farmacisti Rurali), v. *www.federfarma.it*.], la quale assiste e tutela i farmacisti titolari di farmacie.
Al contempo sono presenti sindacati confederali: FILCAMS-CGIL (Federazione Italiana Lavoratori Commercio, Alberghi, Mense e Servizi, v. *www.filcams.cgil.it*) FISASCAT-CISL (Federazione Italiana Sindacati Addetti Servizi Commerciali, Affini e del Turismo, v. *www.fisascat.it)*, UILTuCS-UIL (Unione Italiana Lavoratori Turismo Commercio e Servizi, v. *www.uiltucs.it)*.

veterinari[624], ingegneri e architetti[625], commercialisti e ragionieri[626], consulenti del lavoro[627], avvocati[628], notai[629]). Il fenomeno si presenta in questi termini tanto nel caso in cui la professione possa essere resa anche in regime di subordinazione (medici, farmacisti, veterinari ecc.), come nel caso in cui possa essere resa solo in regime di autonomia o parasubordinazione (avvocati).

In alcune ipotesi si riscontra, comunque, anche la presenza del sindacalismo confederale (per i medici e i farmacisti per es.).

Nell'ambito di ogni professione, poi, la rappresentanza spesso non è unitaria (si v. però il caso dei giornalisti[630]), ma tende a scindersi in ragione di una molteplicità di indicatori, quali per es. l'età (Associazione italiana giovani avvocati, Associazione giovani dottori commercialisti), il genere (Associazione giuriste italiane), la specifica professione svolta (medico pediatra o medico di famiglia, biologi, psicologi e chimici[631]).

---

[624] Rappresentano i veterinari una serie di sindacati autonomi: SIVELP (Sindacato Italiano Veterinari Liberi Professionisti); SIVA (Sindacato Italiano Veterinari Ambulatoriali).

[625] Per ingegneri e architetti si rileva la presenza che pare preponderante, benché non esclusiva, di InArSind *(*Sindacato Ingegneri e Architetti Liberi Professionisti) nato da SNILPI (Sindacato Nazionale Ingegneri Liberi Professionisti Italiani), v. *www.snilpi.it.*

[626] Nell'ambito della professione dei commercialisti e dei ragionieri si riscontra la presenza di un numero elevato di sigle sindacali, che si diversificano a seconda dell'età dei professionisti. Si hanno così (v. *www.cndc.it*): l'Unione nazionale giovani dottori commercialisti (v. *www.ungdc.it*), l'Associazione italiana dottori commercialisti, l'Associazione nazionale dottori commercialisti (in *www.andoc.org*), l'Associazione nazionale praticanti dottori commercialisti, il Sindacato nazionale ragionieri commercialisti (in *http://62.149.232.79/web/index.php?page=/home.php*).

[627] Quanto ai consulenti del lavoro si constata la presenza di cinque organizzazioni originarie: SICLAM (Sindacato Consulenti del Lavoro della Lombardia Milano), UCLA (Unione Consulenti del Lavoro), SIRCLAV, FENASICL (Federazione nazionale sindacati consulenti del lavoro), ANCL (Associazione Nazionale dei Consulenti del Lavoro) in cui nel 2002 sono confluiti anche i già citati SICLAM e UCLA.

[628] Per gli avvocati si rileva la presenza di un associazionismo "sindacale" vario e risalente nel tempo (il primo sindacato fu istituito a Napoli nel 1944). Si annoverano così numerose associazioni minori a carattere locale (v. per es. l'Associazione Avvocati di Milano) o particolare (per es. Camere penali e Unione delle Camere penali, v. *www.camerepenali.it*, Associazione Italiana Giovani Avvocati, v. *www.anpaitalia.it,* Associazione Giuriste Italiane, v. *www.agi-bo.it*) che confluiscono poi nella Associazione Nazionale forense (ANF, v. *www.associazionenazionaleforense.it*).

[629] Qui opera FEDERNOTAI (Federazione Italiana delle Associazioni Sindacali Notarili) nata a Milano il 27 novembre 1978 il cui scopo iniziale è di prendere parte alle trattative per la stipulazione del primo contratto di lavoro per i dipendenti degli studi professionali, ma ben presto assume scopi molto più ampi. Cfr. l'art. 3 dello Statuto (in www.federnotai.it) secondo il quale la Federazione persegue "la rappresentanza sindacale in sede nazionale ed internazionale degli iscritti alle Associazioni aderenti per la difesa e la tutela dei diritti e degli interessi della categoria notarile, nei confronti di altre associazioni, federazioni o sindacati di altri ordini professionali, partiti politici, organi statali esecutivi o legislativi, istituti di credito, pubbliche amministrazioni, Ministeri, organismi istituzionali e non". E pertanto, Federnotai può stipulare contratti collettivi di lavoro, di assicurazione e di previdenza in genere; stipulare contratti e concludere accordi con autorità, società, enti ed organismi pubblici e privati, associazioni professioni ed interprofessionali, sindacati, ordini professionali, sia in sede nazionale che internazionale; promuovere, coordinare e valorizzare iniziative a carattere nazionale ed internazionale in campo sindacale, legislativo, professionale, culturale, tributario ed amministrativo di interesse o di vantaggio per la categoria; divulgare informazioni, studi, disposizioni legislative e regolamentari fra le Associazioni aderenti.

[630] La FNSI (Federazione Nazionale della Stampa Italiana), costituita nel 1908 e rifondata nel 1944, che, riunendo le varie associazioni regionali dei giornalisti, costituisce – per espressa previsione statutaria - il sindacato nazionale unitario dei giornalisti italiani (cfr. lo Statuto in *www.fnsi.it*). La volontà di non distinguere in base alla tipologia del vincolo contrattuale emerge anche dalla struttura di tale organizzazione: il Congresso Nazionale (organo deliberante che si riunisce ogni tre anni) è composto da circa 300 delegati dei giornalisti, senza alcuna distinzione tra professionisti e pubblicisti; il Consiglio Nazionale (organo deliberativo a cui è affidato il compito di realizzare le decisioni e le deliberazioni congressuali) è composto da 56 consiglieri professionisti e 28 pubblicisti eletti in parte direttamente dal Congresso Nazionale e in parte dalle delegazioni delle associazioni regionali; il Presidente (rappresentante legale dell'associazione) è eletto direttamente dal Congresso Nazionale; la Giunta Esecutiva (organo di governo sindacale) è eletta dal Consiglio Nazionale e composta da 9 giornalisti professionisti e da 4 pubblicisti.

[631] Vedi la FIMP (Federazione Italiana Medici Pediatri), CI.Pe. (Confederazione Italiana Pediatri), FIMMG (Federazione Italiana Medici di Famiglia), SNUBCI (Sindacato Nazionale Autonomo Biologici Convenzionati Interni), AUPI (Associazione Unitaria Psicologi Italiani), SICUS (Sindacato Italiano Chimici Dipendenti Unità Sanitarie Locali).

La frammentazione delle sigle rappresentative non pare, poi, influenzata dalla presenza o dall'assenza di professionisti subordinati all'interno della categoria: ogni associazione tende a rivolgersi a tutti i professionisti – subordinati o autonomi - , al più strutturandosi al proprio interno in modo da rappresentare anche le peculiarità di tali lavoratori (è così per i medici[632] e per i giornalisti).

Anche per quanto riguarda i contenuti di una futura contrattazione volta a tutelare le ragioni del lavoro professionale parasubordinato non è possibile sbilanciarsi troppo.

Si può solo sottolineare che le tutele richieste in quest'ambito non coincidono con quelle tradizionalmente proprie del lavoro subordinato, come dimostra l'esame dei contenuti dei contratti collettivi finora stipulati nell'area del lavoro parasubordinato in genere[633].

Oltre alla questione della individuazione delle tariffe - comprensiva dell'individuazione delle modalità di calcolo del corrispettivo (a tempo, a percentuale ecc.) – i contratti collettivi potranno fissare le modalità e i tempi di pagamento, magari con la previsione di penali in caso di ritardo, o ancora, individuare regole in tema di recesso del committente, relative per es. alla forma, al preavviso, ad eventuali giustificazioni e/o penali.

È più difficile immaginare la previsione di diritti sindacali (quali permessi retribuiti o diritto di assemblea) a tutto campo. L'esperienza della contrattazione nell'area del lavoro parasubordinato in genere dimostra che di solito i diritti sindacali vengono riconosciuti dal contratto collettivo quando la controparte contrattuale è una pubblica amministrazione.

## 6. Liberi professionisti e strumenti di autotutela. Natura e contenuti del diritto di astensione per fini di protesta o rivendicazione di categoria.

L'altro tema rilevante sul piano dei rapporti collettivi concerne le eventuali ricadute delle più recenti riforme in tema di professioni sugli strumenti di autotutela dei liberi professionisti, sciopero e astensioni collettive dal lavoro.

Al riguardo non pare che l'affermarsi del principio di libera concorrenza - con la conseguente sottrazione alla competenza degli Ordini della difesa degli interessi più squisitamente corporativi e il possibile conseguente espandersi dell'area di intervento del sindacato e delle libere associazioni privatistiche - determini conseguenze significative sul piano del diritto (ma v. par. 8).

Sul piano dei fatti, d'altra parte, il ricorso a tali strumenti di autotutela è già alquanto frequente e diffuso. Si tratta di un fenomeno non esclusivo dell'area delle libere professioni, ma comune a tutto il settore dei servizi pubblici essenziali, dove l'elevata conflittualità è collegata alla particolare capacità vulnerante dell'azione di autotutela in grado di incidere sui diritti primari degli utenti. Le libere professioni, infatti, intervengono spesso in aree cruciali per la vita della collettività (sanità, giustizia, informazione) coinvolgendo così – in caso di astensione – i diritti della persona dei destinatari.

---

[632] Per es. lo SNAMI (Sindacato Nazionale Autonomo Medici Italiani), nato a Milano il 9 febbraio 1979, si propone di tutelare unitariamente tutti i medici – subordinati o autonomi - anche promuovendo l'introduzione di una legislazione che consenta ai medici di affiancare l'esercizio della libera professione al rapporto di dipendenza con lo Stato (cfr. lo Statuto approvato dal Congresso Nazionale il 20 maggio 2006, in *www.snami.org*).

[633] Cfr. C. LAZZARI, *Nuovi lavori e rappresentanza sindacale*, Torino, 2006, pag. 123 ss.; A.M. GRIECO, *Libertà e azione sindacale dei lavoratori autonomi*, Napoli, 2005, pag. 93 ss.

La discussione, dunque, va condotta con riguardo alla disciplina vigente ed il punto di riferimento non può che essere costituito dalle disposizioni della l. 146/1990 che ormai – dopo le modifiche apportate dalla l. 83/2000 – regola non più solo lo sciopero, ma in senso più ampio le astensioni collettive nell'ambito dei servizi pubblici essenziali.

Anche con riferimento a questo profilo rileva la distinzione fra liberi professionisti lavoratori parasubordinati e liberi professionisti lavoratori autonomi.

Ai primi, infatti, per opinione consolidata[634], è riconosciuta nel nostro ordinamento la titolarità del diritto di sciopero di cui all'art. 40 Cost., così nella sua dimensione di libertà nei confronti dello Stato come nella sua dimensione di diritto potestativo nei confronti della controparte contrattuale, il committente. In conseguenza l'astensione dei liberi professionisti parasubordinati, non costituendo inadempimento, non potrà dar luogo a ricadute sul piano privatistico.

Ai secondi la Corte costituzionale, prima, - con la sentenza 171/1996 relativa alle astensioni dalle udienze degli avvocati[635] – e l'art. *2bis* l. 146/1990, poi, hanno riconosciuto la titolarità di un diritto di astensione[636], fondato sul principio di libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost., la cui natura e i cui contenuti si presentano però alquanto problematici.

È da verificare se tale diritto rivesta un mero contenuto di libertà sul piano pubblicistico (cioè di immunità dal potere punitivo dello Stato) oppure un contenuto di libertà sul piano pubblicistico e di diritto potestativo sul piano privatistico (escludendosi così, in caso di esercizio, l'inadempimento del contratto) o ancora un contenuto non solo di libertà ma anche di pretesa sul piano pubblicistico (in particolare per l'avvocato il diritto-pretesa al rinvio dell'udienza).

L'ultima lettura in particolare - avvallata dalla sentenza 171/1996 della Corte costituzionale[637],

---

634 In dottrina cfr. per tutti G. GIUGNI, *Diritto sindacale,* Bari 2001, pag. 219 s.; R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Napoli 2000, pag. 386 ss.
Cfr. Cass. 29 giugno 1978, n. 3278, in *Foro It.,* 1978, I, c. 1630 ss. che ha riconosciuto la titolarità del diritto di sciopero in capo a tutti i lavoratori autonomi in condizione di parasubordinazione.
Già C. Cost. 17 luglio 1975, n. 222, in *Foro It.*, 1975, I, c. 1569 ss. aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 506 c.p. che incriminava la serrata degli esercenti di piccole industrie e commerci privi di lavoratori alle proprie dipendenze per contrasto con l'art. 40 Cost., qualificando dunque la loro astensione come sciopero.

635 C. Cost. 27 maggio 1996, n. 171, in *Foro It.*, 1997, I, c. 1027 ss.

636 In verità C.Cost. 171/1996 è ambigua, poiché in più punti richiama un non meglio specificato diritto di *azione*. Tuttavia ampliare in questi termini il diritto riconosciuto ai lavoratori autonomi dalla Consulta è foriero di molti problemi, cosicché pare preferibile limitarne il contenuto alle sole *astensioni* dall'attività. Si tratta del resto di una conclusione conforme alle scelte del legislatore che nell'art. 2 *bis* l. 146/1990 (introdotto dalla l. 83/2000) si è limitato a riconoscere e disciplinare – bilanciandolo con i diritti della persona degli utenti – il diritto di astensione dal lavoro dei liberi professionisti.
In senso contrario cfr., però, Cons. Stato sez. IV 18 ottobre 2002, n. 5756, in *Juris data on line - banca dati,* Milano, che ha ritenuto rientrare nel campo di applicazione della l. 146 una agitazione di farmacisti che avevano sospeso la fornitura di medicinali a credito agli assistiti del SSN, pretendendone il pagamento a prezzo pieno.

637 In effetti le questioni sottoposta alla Corte dal giudice remittente – e che hanno portato alla pronuncia di illegittimità dell'art. 2, 1 e 5 comma, l. 146/1990 – non avrebbero potuto essere esaminate, per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*, se non ammettendo una pretesa dell'avvocato al rinvio dell'udienza. Infatti solo ricostruendo in questi termini il diritto di astensione (con conseguente obbligo del giudice di disporre il rinvio) può comprendersi l'ulteriore percorso della Corte costituzionale, che si interroga sull'esistenza di suoi eventuali limiti, fondati su altri valori di rilevanza costituzionale, e, con la dichiarazione di incostituzionalità, trova nella legge 146/1990 un meccanismo di bilanciamento.

ma respinta in larga maggioranza dalla dottrina[638] – ha effetti distorsivi sul sistema, finendo per attribuire a soggetti forti nel mercato (i professionisti lavoratori autonomi) uno strumento di lotta più pregnante ed incisivo di quello riconosciuto esplicitamente dalla Costituzione a soggetti socialmente ed economicamente deboli (i professionisti parasubordinati).

È opinione consolidata, infatti, che il diritto di sciopero non rivesta un contenuto di pretesa nei confronti del datore di lavoro[639] e tanto più – si deve argomentare – nei confronti del potere pubblico.

Ma anche limitarsi a prendere atto che il diritto di astensione collettiva ha un contenuto di libertà comporta una rilettura profonda del principio della libertà di associazione posto dall'art. 18 Cost., come subito si dirà.

Esaminiamo ora partitamene i vari piani di incidenza del diritto di astensione – così come posto dalla pronuncia della Corte costituzionale e poi sancito dall'art. 2 *bis* l. 146/1990 – in modo da mettere in luce le differenze e le identità rispetto al diritto di sciopero propriamente inteso e le ripercussioni sul sistema costituzionale.

*a) Il diritto di astensione – a differenza del diritto di sciopero - non riveste il contenuto del diritto potestativo sul piano privatistico (e il suo esercizio configura un inadempimento dell'obbligazione assunta dal professionista)*.

Il diritto di astensione dei liberi professionisti lavoratori autonomi – a differenza del diritto di sciopero proprio dei liberi professionisti parasubordinati – non riveste il contenuto del diritto potestativo verso la controparte. Che le cose stiano così si trae sia dalla pronuncia della Corte costituzionale 171/1996, che di questo profilo non si occupa[640], sia dalla l. 146/1990 il cui unico piano di incidenza – in generale ed anche con riferimento alle astensioni dei lavoratori professionisti autonomi (art. 2 *bis*) – è quello del diritto pubblico[641].

---

[638] Cfr. fra gli altri G. SUPPIEJ, *Sciopero degli avvocati, Corte costituzionale, Commissione di Garanzia e Consiglio Forense,* in *Questa Rivista,* 1997, n. 5, pag. 238; F. SANTONI, *Lo "sciopero degli avvocati" nel giudizio della Corte costituzionale,* in *Mass. Giur. Lav.,* 1996, pag. 566; L. NOGLER, *Proteste collettive dei lavoratori autonomi nei servizi essenziali: una disciplina con due anime?*, in *Qad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 25, 2001, pag. 92; L. MENGHINI, *Le regole applicabili allo "sciopero" degli avvocati e le competenze della Commissione di Garanzia dopo la sentenza 171/1996 della Corte Costituzionale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1997, I, pag. 294; A. VALLEBONA, *Lo sciopero degli avvocati sotto l'arbitraria mannaia della Corte costituzionale,* in *Dir. Lav.*, 1996, II, pag. 172; Id., *Limiti allo "sciopero" degli avvocati*, in *Questa Rivista*, 1997, pag. 152; E. GIANFRANCESCO, *"Sciopero" degli avvocati e costituzione,* Milano, 2002, pag. 44 ss.
V. però in senso opposto G. SANTORO PASSARELLI, *Sul cd. Sciopero degli avvocati*, in *Gazzetta giuridica Italia Oggi,* 1996, n. 23, pag. 4; nonché M.T. CARINCI, *L'improbabile rilievo costituzionale dell'autotutela collettiva di lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori. A proposito dell'art. 2bis, legge n. 146 del 1990,* in *Questa Rivista*, 2001, pag. 945 ss.

[639] Come testimonia l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente in tema di crumiraggio interno, secondo il quale il datore di lavoro è sì in una posizione di soggezione a fronte del diritto potestativo di astensione del lavoratore e deve subire lo sciopero, ma il lavoratore non vanta una pretesa a che il datore non eserciti lo *ius variandi*. In merito al crumiraggio esterno, invece, è lo stesso legislatore ad escludere esplicitamente la libertà di assunzione di nuovo personale per fronteggiare il disservizio conseguente allo sciopero (cfr. per es. art. 3, D.Lgs. 368/2001 per il contratto a termine o l'art. 20, 4 comma, D.Lgs. 276/2003 per il contratto di somministrazione o, ancora, l'art. 34, 3 comma, D.Lgs. 276/2003 per il lavoro intermittente).

[640] Cfr. per tutti F. SANTONI, *Lo "sciopero degli avvocati" nel giudizio della Corte costituzionale,* cit., pag. 466.

[641] Come ha chiarito a più riprese la stessa Corte costituzionale. Cfr. C. Cost. 8 luglio 1992, n. 317, in *Fori It.,* 1992, I, c. 2904 ss.; C. Cost. 20 febbraio 1995, n. 57, in *Lav. Giur.,* 1995, pag. 661; C. Cost. 23 febbraio 1996, n. 51, in *Not. Giur. Lav.,* 1996, pag. 503. Mi sia consentito rinviare a M.T. CARINCI, *L'immagine della legge n. 146/1990 nelle pronunce giurisprudenziali: l'affermazione del modello pubblicistico,* in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.,* n. 25, pag. 187 ss.

In conseguenza mentre il libero professionista-lavoratore parasubordinato che si astiene dal lavoro non sarà inadempiente verso il committente, il professionista-lavoratore autonomo che si astenga dal lavoro lo sarà invece verso il cliente.

*b) Il diritto di astensione – come il diritto di sciopero – ha natura di diritto di libertà e può interferire con alcune figure di reato. La metamorfosi della libertà di associazione.*

Si è detto che la Corte costituzionale con la sentenza 171/1996 ha fondato in capo ai lavoratori autonomi un diritto di azione[642], traendolo dalla libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost., e che successivamente tale diritto, circoscritto più precisamente come diritto di astensione, è stato posto anche dall'art. 2 *bis* l. 146/1990.

Non può dubitarsi che tale posizione giuridica abbia natura di diritto pubblico di libertà e quindi implichi immunità, sul piano pubblicistico, dal potere punitivo dello Stato, sol che si ponga mente, da una parte, alla natura del diritto di associazione (che, appunto, è diritto di libertà) e, dall'altra, al piano di incidenza della l. 146/1990 (che disciplina la dimensione di libertà delle posizioni giuridiche considerate - diritto di sciopero e diritto di astensione -, ponendo doveri di stampo pubblicistico la cui violazione dà luogo all'applicazione necessaria di sanzioni civili[643] e amministrative[644]).

Il fatto è, però, che l'art. 18 Cost. mal si presta a contenere un diritto di tal fatta. Nell'interpretazione assolutamente prevalente, infatti, la libertà di associazione, pur riconosciuta in modo ampio (quanto alle modalità organizzative, ai contenuti, ai mezzi) – è soggetta ad un limite teleologico: "i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, *per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale*".

Il significato di questo limite è quello di vietare al legislatore ordinario di *comprimere* la libertà associativa, depauperando così le posizioni dei cittadini associati rispetto a quello dei cittadini *tout court*.

In altre parole la Costituzione vuole che i fini che – lecitamente - il singolo può perseguire da solo, possano essere perseguiti anche dal singolo associato nel gruppo. Insomma la prescrizione dell'art. 18 Cost. mira a *parificare* la posizione dell'individuo associato a quella di ogni altro cittadino[645].

Il diritto di astensione posto dalla Corte nella sentenza 171/1996 e poi ribadito dall'art. 2 *bis* l. 146/1990 ribalta quella impostazione, *ampliando* la posizione dell'associato rispetto alla posizione del cittadino individualmente considerato[646].

In altre parole l'affermazione di un autonomo diritto di astensione *collettiva* per fini di protesta o

---

642 Cfr. *supra* nota 79.

643 Cfr. art. 4, 4 *sexies* comma, l. 146/1990.

644 Cfr. art. 4, 4 comma, l. 146/1990.

645 In realtà la parificazione è tendenziale, non assoluta perché rimane la possibilità per il legislatore ordinario di depauperare – seppure di poco – la posizione dell'associato rispetto alla posizione del singolo, perseguendo le associazioni per delinquere. L'art. 18 Cost., infatti, vieta non le associazioni in cui gli associati realizzino, *uti soci*, gli stessi fatti che la legge penale vieta ai singoli, ma le associazioni nelle quali quei fatti siano assunti soltanto come scopi.

646 Così P. DI NICOLA, G. GUZZETTA, *"Esercizio del diritto" e suo abuso. L'astensione degli avvocati tra disciplina costituzionale ed ordinamento penale*, in *Cass. pen.*,1998, pag. 460 ss.

di rivendicazione di categoria implica che al singolo associato sia riconosciuto – sul piano del diritto pubblico – una posizione di immunità più ampia di quella attribuita al singolo individualmente considerato.

La posizione assunta dalla Corte costituzionale e poi dal legislatore stride, dunque, sul piano costituzionale. Ma all'interprete non resta che prendere atto, allo stato, delle scelte dell'ordinamento.

Ecco allora che, così configurato, il diritto di astensione collettiva è in grado, in quanto diritto di libertà, di interferire con una serie di fattispecie penali.

Vengono in considerazione prima di tutto i reati commissivi mediante omissione che possano essere commessi tramite la semplice astensione dell'attività da parte di chi eserciti un servizio pubblico.

Si pensi all'art. 331 c.p. ("Interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità") o all'art. 340 c.p. ("Interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità"), ma anche all'art. 589 c.p. ("Omicidio colposo") all'art. 593 c.p. ("Omissione di soccorso").

Al riguardo possono darsi due situazioni.

La prima si realizza nel caso in cui l'astensione sia stata attuata nel pieno rispetto delle regole della l. 146/1990. In questo caso è ragionevole ritenere che le fattispecie criminose non si realizzino. Infatti l'art. 40, 2 comma, c.p. richiede che l'evento sia stato cagionato mediante la violazione di un obbligo di impedirlo[647]. Obbligo che proprio la stessa l. 146/1990 esclude, fondando al contrario un diritto di astensione.

La seconda, invece, ricorre quando le regole della l. 146/1990 siano state violate. Qui, al contrario, è integrato il presupposto giuridico richiesto dall'art. 40, 2 comma, c.p., perché l'obbligo giuridico di evitare l'evento discende dall'obbligo giuridico di prestare (cioè l'obbligo di garantire le prestazioni indispensabili) posto dalla l. 146/1990[648].

Nessuna incidenza, viceversa, ha l'art. 2 *bis* l. 146/1990 rispetto a condotte commissive. Potrebbe venire qui in considerazione l'art. 340 c.p. che non è riferito alle sole astensioni, ma punisce anche e prima di tutto condotte attive che turbino il servizio pubblico. In questi casi il diritto – che ha appunto un puro contenuto di astensione – non esiste. Dunque non dovrebbero trovare applicazione le regole e le sanzioni previste dalla l. 146, ma unicamente la disciplina ordinaria, in particolare penale.

*c) Il diritto di astensione – a differenza del diritto di sciopero – riveste contenuto di pretesa nei confronti del potere pubblico, ma non dà sempre e comunque diritto di per sé al rinvio dell'udienza. Il rilievo di altri interessi pubblici – diversi dai diritti della persona degli utenti – che il giudice deve*

---

[647] Questa è l'impostazione assunta da Cass. pen., sez. VI, 9 gennaio 1997, in *Cass. pen.,* 1998, pag. 456 ss. (resa però prima delle modifiche apportate alla l. 146/1990 dalla l. 83/2000).

[648] C'è da chiedersi se in un'ipotesi del genere debbano trovare applicazione anche le sanzioni amministrative poste dalla stessa l. 146/1990. Se si osserva che l'illecito amministrativo previsto da quest'ultima si configura tutte le volte che le regole siano state violate, a prescindere dalla realizzazione di un evento, mentre che le fattispecie criminose sopra considerate postulano un evento (interruzione o turbativa di pubblico servizio, morte di un uomo), ma sono indifferenti alle modalità della condotta, deve concludersi per la soluzione positiva. Il rapporto fra le fattispecie di illecito penale e quelle di illecito amministrativo è di specialità reciproca e comporta, non potendosi applicare l'art. 9 l. 689/1981, riferibile alla sola specialità unilaterale, l'applicazione di entrambe.

*considerare e bilanciare in sede di decisione sul rinvio.*

L'ultima possibile dimensione del diritto di astensione è quella di pretesa nei confronti del potere pubblico. Una dimensione – lo si è già osservato – ulteriore rispetto alla tradizionale configurazione del diritto di sciopero, che invece non la conosce. Anche per questo aspetto dunque il diritto di astensione stride rispetto all'impianto costituzionale, in quanto attribuisce a soggetti non in posizione di debolezza socio-economica (i professionisti lavoratori autonomi) una posizione di maggior tutela rispetto a soggetti effettivamente deboli (i professionisti lavoratori parasubordinati).

Si è sottolineato come il contenuto di pretesa del diritto di astensione fosse implicito nella sentenza n. 171/1996 della Corte costituzionale. È vero che di questo profilo l'art. 2 *bis* l. 146/1990 sembra disinteressarsi. Tuttavia l'interpretazione delle norme della l. 146/1990 non può andare disgiunta dalla considerazione della sentenza della Corte costituzionale 171/1996, che – come fonte di rango primario[649] – ha comunque modificato l'ordinamento, incorporando quella posizione di pretesa nelle norme modificate con la declaratoria di illegittimità costituzionale (art. 2, 1 e 5 comma, l. 146/1990).

È dunque la stessa l. 146 dopo la pronuncia della Consulta e ancor più dopo le modifiche introdotte dalla l. 83/2000, che ne costituiscono specifica attuazione, che presupponendolo fonda il contenuto di pretesa del diritto di astensione.

Si tratta ora di verificare quali ne siano i confini, ovvero quando, con riferimento all'ipotesi più rilevante l'astensione dall'avvocato dall'udienza[650] in adesione ad una agitazione di categoria determini necessariamente il rinvio dell'udienza.

Si pongono qui problemi di bilanciamento di valori in conflitto a risolvere i quali il giudice è chiamato dalle norme dei codici di rito. Un conflitto fra diritto di astensione – da una parte – e – dall'altra – diritti della persona degli utenti (diritto di difesa, art. 24 Cost.; diritto di libertà personale, art. 13 Cost.) e interesse pubblico al regolare funzionamento dell'amministrazione della giustizia (artt. 111 e 112 Cost.; art. 97 Cost.).

A ben vedere la l. 146 offre criteri di giudizio per risolvere solo il primo di quei conflitti, ponendo regole solo per bilanciare il diritto di astensione collettiva con i diritti della persona degli utenti costituzionalmente tutelati. Dunque, ove l'astensione sia effettuata nel pieno rispetto delle regole della l. 146, i diritti della persona non potranno dirsi eccessivamente sacrificati, il bilanciamento potrà dirsi corretto e l'avvocato avrà diritto – sotto questo angolo visuale - al rinvio

---

649 Secondo un'autorevole opinione le sentenze della Corte costituzionale che dichiarano l'illegittimità costituzionale di norme di legge sono da considerare fonti del diritto di rango sub-costituzionale, cfr. A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Novissimo Dig. It.,* VII, Torino, 1961, pag. 527 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto,* in SCIALOJA E BRANCA (a cura di), *Commentario al Codice civile,* Bologna-Roma, 1977, pag. 274.

650 La giurisprudenza nega rilievo ad altre possibili manifestazioni del diritto-pretesa di astensione degli avvocati. Cfr. Cass., 24 novembre 2005, n. 24816, in *Juris data on line - banca dati,* Milano, che precisa che "l'astensione collettiva degli avvocati dall'attività giudiziaria deliberata dal Consiglio nazionale forense dà facoltà ai professionisti di astenersi dalla partecipazione alle attività di udienza (civile e penale), ma – ferma restando la previsione dello svolgimento delle attività di patrocinio nelle ipotesi puntualmente descritte – non legittima l'astensione dall'attività di deposito degli atti processuali. Ne consegue che va escluso il prolungamento del termine per riassumere il processo per un numero di giorni pari a quello delle giornate interessate dai cosiddetti "scioperi degli avvocati". Nello stesso senso Cass., 9 novembre 2004, n. 21344, *ibidem*.

dell'udienza. Sempre sul presupposto che vi sia qualcuno che abbia interesse ad una celere definizione del giudizio: realisticamente la parte nel processo civile.

Rimane estraneo, invece, al raggio di azione della l. 146/1990 il bilanciamento del diritto di astensione con altri valori, pur di rilievo costituzionale, quale il regolare funzionamento dell'amministrazione della giustizia[651]. Sotto questo profilo l'interesse dell'avvocato all'astensione può combaciare con l'interesse del cliente a ritardare i termini del procedimento, in particolare dell'imputato che miri alla prescrizione del reato o alla perdita di efficacia della misura cautelare.

Sotto questo diverso angolo visuale, dunque, il rispetto delle regole della l. 146/1990 non garantisce all'avvocato il diritto a partecipare al processo (dunque il diritto sempre e comunque al rinvio dell'udienza).

## 7. Il diritto di astensione nel prisma delle regole della l. 146/1990: gli Ordini professionali sono titolari della facoltà di proclamare l'astensione collettiva e sono soggetti a sanzioni?

Qualche problema, infine, pone il diritto di astensione nel prisma delle regole della l. 146/1990.

La prima questione riguarda i soggetti che possono proclamare l'azione di lotta.

In effetti non di rado sono stati gli Ordini professionali a proclamare l'astensione per avversare scelte del potere politico, per es. in tema di riforme nel campo della giustizia o in tema di riforme concernenti la stessa professione[652].

Ma gli Ordini sono titolari della facoltà di proclamare l'astensione? Oppure tale facoltà non rientra nelle loro competenze?

Ne consegue, poi, una ulteriore questione: gli Ordini sono passibili di sanzioni in caso di violazione delle regole in tema di proclamazione, comunicazione, indicazione della motivazione, preavviso e "in ogni altro caso di violazione dell'art. 2, 3 comma" (cfr. art. 4, 4 comma, secondo periodo)?

La l. 146/1990 non aiuta: l'art. 2, 1 comma, si riferisce semplicemente ai "soggetti che proclamano lo sciopero"; l'art. 4, 2 comma, secondo periodo, a "le associazioni e gli organismi rappresentativi dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori"[653].

---

[651] Cfr. Cass. pen. I sez. 13 dicembre 2001, in *Giur. It.,* 2003, II, c. 1900 ss. Per un riepilogo dei vari orientamenti giurisprudenziali sul punto cfr. D. POLETTI, *L'astensione collettiva degli avvocati dalle udienze*, in *Cass. pen.*, 2005, pag. 3009 ss.

[652] Come del resto risulta sia dalle Relazioni annuali sulla attività della Commissione di Garanzia, nonché dalle sue delibere entrambe in *www.commissionegaranziasciopero.it.*
V. in particolare la delibera n. 05/617 del 9 novembre 2005, relativa ad una astensione proclamata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Ariani Irpino; delibera 02/8 del 17 gennaio 2002, relativa ad una astensione proclamata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di S. Angelo dei Lombardi; la delibera 02/7 del 17 gennaio 2002, relativa ad una astensione proclamata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di S. Angelo dei Lombardi; la delibera 98/729-9.18 del 29 ottobre 1998 relativa ad una astensione proclamata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Gorizia; la delibera 98/485-8.16 del 16 luglio 1998 relativa ad una astensione proclamata – fra gli altri – dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Ariano Irpino; la delibera 98/486-8.17 del 16 luglio 1998, relativa ad una astensione proclamata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Foggia; la delibera 98/196-9.38 del 19 febbraio 1998, relativa ad una astensione proclamata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di S. Angelo dei Lombardi; la delibera 97/440.9.14 del 12 giugno 1997 relativa ad una astensione proclamata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di S. Angelo dei Lombardi.

[653] Ma un'altra e connessa questione riguarda i soggetti deputati ad individuare i codici di autoregolamentazione. In merito l'art. 2 *bis*, 1 comma, individua tali soggetti – ancora una volta genericamente - nelle "associazioni e [negli] organismi di rappresentanza delle categorie interessate". Con riferimento agli avvocati, tuttavia, non esiste allo stato un codice di autoregolamentazione valutato idoneo

L'estrema genericità del dettato normativo – ed in particolare dell'art. 2, 1 comma, che pone regole simultaneamente per lavoro subordinato e autonomo - si spiega del resto con la volontà di non incidere neppure in via indiretta sulla titolarità del diritto di sciopero, evitando di restringere in qualsiasi modo il novero dei soggetti sindacali che possono proclamarlo.

Sul punto la dottrina è divisa[654].

Si pone qui a ben vedere – sotto altra prospettiva – la questione di quali siano gli interessi che gli Ordini sono deputati a rappresentare e in conseguenza di quali siano gli strumenti giuridici a loro disposizione. Insomma, il problema che ancora una volta ritorna è se gli Ordini siano espressione dell'interesse corporativo e possano utilizzare dunque gli strumenti che l'ordinamento appresta per la sua difesa; oppure siano soggetti deputati a perseguire in primo luogo l'interesse pubblico generale e come tali privi degli strumenti propri dell'agire dei gruppi.

Se però – come si è tentato di evidenziare – la tendenza dell'ordinamento è nel senso di riportare gli Ordini nei confini segnati dalla difesa dell'interesse pubblico generale, non può che essere salutata con favore quella giurisprudenza della Commissione di Garanzia che tende a disconoscere la titolarità in capo agli Ordini del potere di proclamare l'astensione[655].

Si evitano così anche quelle vere e proprie aberrazioni, che la confusione di piani e di interessi ha in qualche caso prodotto[656]. E cioè che gli Ordini si ritengano investiti non solo della facoltà di proclamare l'astensione – rimanendo, dunque, i singoli professionisti liberi di aderire o meno all'azione di lotta, in quanto titolari in prima persona del diritto di astensione -, ma i titolari del potere di ordinare l'astensione, a fronte del quale i singoli – in questa prospettiva non più titolari di un diritto, ma di un dovere - sono tenuti ad astenersi dall'attività, pena l'applicazione di sanzioni disciplinari.

Non si può disconoscere, tuttavia, che, allo stato, l'adeguamento alle indicazioni della Commis-

---

dalla Commissione e la materia è per ora disciplinata dalla provvisoria regolamentazione della Commissione di Garanzia delibera 02/137 del 4 luglio 2002. Sulle vicende che hanno portato alla emanazione della provvisoria regolamentazione e in merito ai suoi contenuti cfr. G. Ghezzi. *Sciopero dei magistrati e "sciopero" degli avvocati nelle valutazioni della Commissione di Garanzia*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 2003, pag. 113 ss.

654 In senso contrario alla possibilità di ricomprendere gli Ordini fra gli "organismi rappresentativi" cfr. F. SANTONI, *Lo sciopero,* Napoli, 2001, pag. 150; L. NOGLER, *Proteste collettive dei lavoratori autonomi nei servizi essenziali: una disciplina con due anime?,* cit., pag. 106 ss.; P. PASCUCCI, *Le sanzioni,* in P. PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali,* Milano, 2000, 123 s.; G. Ghezzi, *Un'importante riforma tutta in salita: la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali,* in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, I, pag. 697.

In senso favorevole, invece, L. GALANTINO, *L'astensione dei lavoratori autonomi*, in *Relazione sull'attività della Commissione*, 1 ottobre 2001-31 luglio 2002, in *www.commissionegaranzia.sciopero.it;* M.G. GAROFALO, *Le sanzioni nell'attuale disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali,* in M. D'ONGHIA, M. RICCI (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali,* Milano, 2003, pag. 86 nota 50; A. PILATI, *Il conflitto collettivo nel lavoro autonomo*, in P. PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali,* Milano, 2000, pag. 81.

655 Cfr. in particolare la delibera 02/8 del 17 gennaio 2002, cit., che rileva "l'irritualità della proclamazione da parte del Consiglio dell'Ordine in quanto organo di rappresentanza istituzionale e non ente esponenziale di rappresentanza sindacale degli interessi della categoria forense"; nello stesso senso delibera 02/7 del 17 febbraio 2007.

656 Cfr. la delibera 97/344-15.1 del 8 maggio 1997 della Commissione di Garanzia, relativa ad un caso in cui il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Agrigento aveva aperto un procedimento disciplinare a carico di un avvocato che non aveva inteso aderire all'astensione proclamata dallo stesso Ordine; la Commissione aveva dichiarato la propria incompetenza.

sione è solo formale: accade spesso che sia l'assemblea dei professionisti presieduta dal Presidente del Consiglio dell'Ordine a proclamare l'astensione, l'una e l'altro non nella loro veste istituzionale di organi dell'ente pubblico, ma nella loro generica qualità, l'una, di gruppo di professionisti e, l'altro, di professionista autorevole.

Il fatto che stabili organismi rappresentativi - che pure esistono e sono numerosi - non si assumano in molti casi l'onere di proclamare l'astensione rende, poi, particolarmente gravosa la sanzione in caso di mancato rispetto delle regole.

L'art. 4, 4 comma, l. 146/1990, infatti, fa gravare in solido su ogni singolo professionista e sull'organismo rappresentativo la sanzione amministrativa pecuniaria (che va da 2.582 Euro a 25.582 Euro), con la conseguenza che ciascun professionista che abbia partecipato all'astensione irregolare potrà essere chiamato a rispondere per l'intero, salvo il successivo diritto di rivalsa nei rapporti interni verso il gruppo e gli altri compartecipanti (v. art. 1292 c.c.).

In dottrina si è sottolineato come quella prevista dalla norma sia "una solidarietà che, se veramente tale non convince, vuoi per l'evidente normale sproporzione di capacità economica dei diversi debitori solidali – soggetti collettivi e individuali, questi ultimi soltanto, spesso, realmente solvibili – rispetto ad uguale elevato ammontare, vuoi per la difficoltà pratica di accertare tutte le singole adesioni all'astensione collettiva e di colpirne, teoricamente, tutti gli autori" [657].

Nell'impossibilità, tuttavia, di sterilizzare il dato normativo, che fa esplicito richiamo ad una obbligazione solidale, sembra corretto comminare la sanzione non ad un inesistente organismo collettivo[658], ma ad ogni singolo partecipante all'astensione, compreso il Presidente dell'assemblea[659].

---

[657] Cfr. G. GHEZZI, *Un'importante riforma tutta in salita: la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali,* cit., pag. 690. V. altresì F. SANTONI, *L'esercizio del potere sanzionatorio della Commissione di Garanzia,* in *Relazione dell'attività della Commissione*, 1 ottobre 2001-31 luglio 2002, in *www.commisisonegaranzia.sciopero.it*; L. NOGLER, *Proteste collettive dei lavoratori autonomi nei servizi essenziali: una disciplina con due anime?,* cit., pag. 119.

[658] Non pare che nel caso esaminato possa riconoscersi un'associazione non riconosciuta. È discutibile, infatti, che i partecipanti all'assemblea intendano assumere con la stipulazione di un vero e proprio contratto l'impegno a perseguire l'interesse comune (cfr. M. BIANCA, *La norma giuridica. I soggetti*, in *Diritto civile*, Milano, 1984, 1, pag. 348; F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in SCIALOJA e BRANCA (a cura di) *Commentario al Codice civile*, Bologna-Roma, 1976, pag. 11). Ma anche volendo ragionare in questi termini non si risolve il problema: l'associazione sarebbe comunque priva di un proprio patrimonio.

[659] Cfr. la delibera 02/113 del 6 giugno 2002 della Commissione di Garanzia.

# Somministrazione di manodopera e lavoro a chiamata: simbologia, prassi e tecnica nelle recenti novità normative*

Mariorosario Lamberti

1. Il contesto di riferimento: l'(in)evitabile tributo alla moderna simbologia del lavoro precario 191

2. La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato nella riforma Biagi tra garantismo normativo e mercificazione del lavoro 192

3. Segue. La somministrazione a tempo determinato: la sopravvivenza della fattispecie e delle sue problematiche 196

4. Dal tavolo di confronto con le parti sociali alla completa abolizione dello staff leasing: gli effetti sui rapporti di lavoro 199

5. Segue. Le agenzie di somministrazione dopo lo staff leasing e la sorte dei contratti commerciali già stipulati 201

6. La somministrazione professionale di manodopera e le prospettive future: l'identità svelata del lavoro decentrato 203

7. Il lavoro a chiamata: cronaca di una abrogazione annunciata 206

8. Il job on call nella riforma Biagi: l'inedita e problematica modulazione della prestazione 208

9. Il Protocollo sul welfare e la normativa di attuazione: dall'abrogazione del lavoro modulato alla modulazione settoriale della riforma 211

10. Spigolature sull'immediato futuro: la dubbia sorte dei contratti a chiamata già stipulati 213

11. L'ambito residuale di applicabilità del lavoro a chiamata nella l. n. 247/2007 214

12. Segue. La contrattazione collettiva dei settori turismo e spettacolo 216

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 70/2008

## 1. Il contesto di riferimento: l'(in)evitabile tributo alla moderna simbologia del lavoro precario

La legislatura da poco conclusa ha riservato peculiare attenzione ad alcune delle tipologie contrattuali ascrivibili alla gamma del lavoro modulato e del lavoro decentrato, nelle quali era stata di recente legalizzata una più o meno marcata dissociazione delle parti contraenti, soprattutto sul versante datoriale, configurandosi istituti teoricamente in grado di agevolare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, ovvero di declinare le esigenze delle imprese con le ragioni dei lavoratori medesimi.

In considerazione della scarsa diffusione riscontrata nell'esperienza di questi anni di applicazione della riforma Biagi del mercato del lavoro, comprovata altresì dal poco spazio dedicato dall'autonomia collettiva a tipologie quali la somministrazione di manodopera a tempo indeterminato (cd. *staff leasing*) ed il lavoro a chiamata o intermittente (cd. *job on call*), le recenti misure varate prima a livello di intesa con le parti sociali con la sottoscrizione del Protocollo sul welfare del 23 luglio 2007 e, successivamente, con l'approvazione in via definitiva della l. 24 dicembre 2007, n. 247 «Norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale» ([660]), si sono orientate in maniera chiara ed inequivocabile ad intervenire su moduli di impiego sostanzialmente inutilizzati e da taluno considerati ineludibilmente connessi ad una precarizzazione dell'esperienza personale e professionale dei lavoratori ([661]).

Di qui le specifiche innovazioni normative in materia di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, abolita *in toto* (art. 1, co. 46, l. n. 247/2007) e di lavoro a chiamata, abrogato (art. 1, co. 45, l. n. 247/2007), seppur con la salvaguardia della sua operatività limitatamente ai settori del turismo e dello spettacolo (art. 1, co. 47-50, l. n. 247/2007).

Come si avrà modo di illustrare, la novella del 2007 centra soltanto parzialmente l'obiettivo dichiarato, mostrando di concedere sin troppo spazio alle posizioni radicali che richiedevano un segnale forte dal governo sul terreno della flessibilità progettata dalla riforma Biagi, con progressiva focalizzazione sulla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, diffusamente criticata per il suo significativo contributo all'equazione *flessibilità uguale precarietà* ([662]), nonché per

---

([660]) Per un primo commento v. M. PERSIANI, G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del* welfare. *Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, Cedam Padova, 2008; M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Welfare, mercato del lavoro e competitività. Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, in *GLav*, 2008, Suppl. n. 2.

([661]) Nella prefazione al recente volume a cura di A. PERULLI, *Le riforme del lavoro. Dalla Legge Finanziaria 2007 al Protocollo sul Welfare*, Halley, Roma, 2007, si legge che: «(…) la riforma del 2003 sembra centrata sull'idea di flessibilità intesa non già come mera "tecnica" nell'ambito di un disegno di ricomposizione sistemica del lavoro "in generale" bensì quale criterio della regolazione e al tempo stesso valore presupposto. Una flessibilità, per di più, a senso unico, che si limita a decostruire le rigidità senza porsi il problema di ricostruire un quadro organizzato, e possibilmente coerente, di "regole sulla flessibilità", disegnando i tratti di un mercato del lavoro fortemente segmentato, in cui ampie fasce di lavoratori restano ai margini del sistema produttivo, confinate in circuiti di precarietà che si riflettono nel livello di protezione sociale, nell'investimento in formazione, nella capacità di mantenimento dell'occupazione e nei percorsi di crescita professionale. Istituti quali la somministrazione a tempo indeterminato e il lavoro a chiamata, pur ampiamente sottoutilizzati dal sistema delle imprese, sono apparsi l'emblema di questa deriva (…)». Lo stesso Ministro del lavoro on. Cesare Damiano, *L'attuazione del programma de L'Unione*, *ivi*, 26, li definisce «rapporti di lavoro in *re ipsa* precarizzanti».

([662]) Cfr. di recente R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI, *Introduzione*, in ID., (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n.* 276 *(«Riforma Biagi»)*, Cedam, Padova, 2007, 7, i quali ricollegano le critiche mosse alla somministrazione a tempo indeterminato soprattutto al «suo valore simbolico di "stabilizzazione" di una anomala dissociazione tra utilizzo del lavoratore e titolarità del rapporto».

la sua fisionomia, troppo incline ad assecondare, sino a renderli ordinari, i processi di esternalizzazione, le integrazioni tra imprese e le relazioni commerciali ([663]).

## 2. La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato nella riforma Biagi tra garantismo normativo e mercificazione del lavoro

Varata dalla XIV° legislatura nel solco tracciato dalla riforma Biagi del mercato del lavoro (l. 14 febbraio 2003, n. 30 e d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276), la somministrazione di manodopera si è da subito imposta come tipologia contrattuale centrale nell'ambito del novellato quadro normativo sul lavoro decentrato ([664]), altresì costituito, come noto, dai rinnovati istituti del distacco, del trasferimento d'azienda e dello stesso contratto d'appalto, quest'ultimo, in particolare, opportunamente rivisto, anche con interventi normativi successivi al d.lgs. n. 276/2003 ([665]).

L'*appeal* dell'istituto è da ricondurre ad un semplice motivo, che ne costituisce al contempo la sua stessa ragion d'essere: qualificarsi come rinnovata tipologia di impiego temporaneo e flessibile, offrendosi al mercato del lavoro nella sua duplice dimensione temporale (a termine o a tempo indeterminato), accompagnata da una disciplina corredata di significative tutele di impronta lavoristica per i prestatori coinvolti e veicolata, soprattutto, dall'espressa abrogazione del risalente divieto sull'interposizione nei rapporti di lavoro (di cui alla l. 23 ottobre 1960, n. 1369).

La somministrazione di manodopera (artt. 20-28, d.lgs. n. 276/2003 e succ. mod. ed int.), è stata legalizzata nell'obiettivo dichiarato di creare migliori e più numerosi posti di lavoro: obiettivo affidato alla configurazione di un'esperienza lavorativa da realizzarsi in un contesto normativo rigoroso, sia sul versante dei soggetti abilitati e del regime autorizzatorio predisposto, sia sul piano

---

([663]) Su tali aspetti, per gli opportuni approfondimenti, si rinvia a R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 2002; L. CORAZZA, *«Contractual integration» e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004.

([664]) Tra i numerosissimi commenti alla riforma Biagi del mercato del lavoro, sia nella versione originaria che alla luce delle modifiche successivamente intervenute, v. in part. sui profili inerenti alla somministrazione di lavoro O. BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, 118 ss.; M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in M.T. CARINCI., C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, Ipsoa, Milano, 2004, vol. II, 5 ss.; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 161 ss.; P. ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, in AA.VV. (coordinato da M. PEDRAZZOLI), *Il nuovo mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, 257 ss.; V. SPEZIALE, *La somministrazione di lavoro. Commento all'art. 20 (Condizioni di liceità*), in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 275 ss.; P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti* labour intensive, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, 105 ss. Più di recente v. AA.VV., *Commento al Titolo III. Somministrazione di lavoro, Appalto di servizi, distacco*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro, op. cit.*, 259 ss. Per una considerazione dell'istituto nell'ambito di una complessiva visione del fenomeno delle esternalizzazioni cfr. per tutti M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Giuffré, Milano, 2006.

([665]) Cfr. art. 29, d.lgs. n. 276/2003, come modificato dall'art. 6, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251 (cd. correttivo alla riforma Biagi) e successivamente modificato dall'art. 1, co. 911, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (Finanziaria 2007), che ha in particolare esteso a due anni il previsto regime temporale della responsabilità solidale tra committente e appaltatore, estendendone l'ambito anche ai trattamenti retributivi e previdenziali dovuti nei confronti di ciascuno degli eventuali subappaltatori, nonché quanto già disposto dall'art. 35, l. 4 agosto 2006, n. 248 (cd. legge Bersani) sull'accertamento preventivo della responsabilità in materia di regolarità fiscale e contributiva. In proposito v. P. TULLINI, *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in *ADL*, 2007, 890 ss.; P. CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 52/2007, in www.lex.unict.i/eurolabor. Ulteriori modifiche sono state introdotte dall'art. 1, co. 910 della stessa l. n. 296/2006, che ha modificato l'art. 7, d.lgs. n. 626/1994, poi ulteriormente integrato dall'art. 3, co. 1, legge 3 agosto 2007, n. 123, relativamente alla sicurezza sul lavoro nei contratti d'appalto.

delle ipotesi e della disciplina applicabile ([666]).

Il decollo della fattispecie, specie nella variante a tempo indeterminato, non c'è stato, nonostante essa sia stata normativamente inquadrata nella contemporanea riforma del mercato del lavoro (artt. 3-19, d.lgs. n. 276/2003) e nell'abrogazione del risalente divieto di interposizione nei rapporti di lavoro di cui alla l. n. 1369/1960 (art. 85, co. 1, lett. *c*, d.lgs. n. 276/2003), la quale, come in particolare chiarito dalla giurisprudenza più attenta, continua ad operare sul piano sanzionatorio, nel senso che la somministrazione di manodopera al di fuori delle ipotesi consentite costituisce illecita interposizione nei rapporti di lavoro, con la conseguenza che i rapporti di lavoro vanno imputati al soggetto effettivo utilizzatore a prescindere dall'articolato schema contrattuale posto in essere ([667]).

Sostanzialmente ignorata dal mondo imprenditoriale e dagli stessi contratti collettivi ([668]), la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato ha da subito mostrato una notevole capacità di polarizzare intorno a sé un'attenzione tale da assurgere a simbolo dell'esperienza precaria e della frantumazione del percorso lavorativo dell'individuo ([669]).

La dissociazione tra datore di lavoro formale e datore di lavoro effettivo utilizzatore della prestazione di lavoro ([670]), già propria della conclusa esperienza del lavoro interinale (v. artt. 1-11, l. n. 196/1997, testualmente abrogati dall'art. 85, co. 1, lett. *f*, d.lgs. n. 276/2003), ha infatti ricevuto nella veste disegnata dalla riforma Biagi una peculiare connotazione proprio nella somministrazione a tempo indeterminato, nella quale si affermava il principio che soggetti, all'uopo autorizzati dal Ministero del lavoro, potessero esercitare la fornitura professionale di manodopera a tempo indeterminato nei confronti di differenti utilizzatori.

Dal punto di vista dei soggetti legittimati alla somministrazione (agenzie di somministrazione), ovvero dei datori di lavoro formali che assumono i lavoratori, pagano le retribuzioni e versano gli oneri contributivi, previdenziali, assicurativi e assistenziali, oltre ad essere titolari degli obblighi

---

([666]) Per V. SPEZIALE, *La somministrazione di lavoro*, *op. cit.*, 315, essa risulta modulata in particolare sulle esigenze delle imprese «e certamente non sembra favorire «i tassi di occupazione» o «la qualità e stabilità del lavoro» che sono tra gli obiettivi fondamentali del decreto delegato (art. 1)»; considerazioni analoghe anche in P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni*, *op. cit.*, 107.

([667]) V. Cass. civ. S. U. 26 ottobre 2006, n. 22910, pubblicata e annotata, tra le altre, in *RCDL*, 2006, 1176 ss. con nota di A. GUARISO, *Solidali nell'appalto lecito, separati nell'appalto illecito: lo strano destino degli obblighi retributivi dopo le sezioni unite e le innovazioni della finanziaria*; in *ADL*, 2007, 1011 ss., con ampia nota di M.T. CARINCI, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse – è regola generale dell'ordinamento giuslavoristico*; Cass. pen., sez. III, 20 aprile 2006, n. 20758, *Mass.*; Cass. pen., sez. III, 15 novembre 2005, n. 12430, *Mass.*; Cass. pen., sez. III, 18 gennaio 2005, n. 861, in *DPL*, 2005, 896.

([668]) Si segnalano in proposito unicamente il CCNL Alimentari PMI (Unionalimentari) del 6 maggio 2004, i CCNL del 4 marzo 2005 stipulati dalla Confederazione Italiana Unionquadri, la Conflavoratori e Confterziario, in vari settori dell'industria e dell'artigianato, il CCNL quadri imprese creditizie, finanziarie, strumentali del 12 febbraio 2005.

([669]) Per l'opinione opposta M. TIRABOSCHI, *Abolire lo* staff leasing *per incentivare la precarietà*, in *Boll. Adapt*, n. 5/2007, www.fmb.unimore.it, il quale opportunamente rivela che «dal 2003 ad oggi sono stati stipulati poco più di un migliaio di contratti di *staff leasing*, per cui pare davvero una intollerabile forzatura imputare a questo contratto tutti i mali del nostro mercato del lavoro»; conformemente, anche R. ROMEI, *Introduzione*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, *op. cit.*, 281, il quale nell'escludere che «l'introduzione della somministrazione a tempo indeterminato abbia finalità eversive degli assetti attuali del diritto del lavoro», ricorda che essa è limitata ad ipotesi circoscritte, che ha un costo e che soffre della concorrenza con il contratto d'appalto, più conveniente perché in esso non opera più il principio della parità di trattamento.

([670]) Per una considerazione generale della legalizzazione realizzata in tale direzione v. P. TULLINI, *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro (una riflessione sulla struttura del rapporto di lavoro)*, in *ADL*, 2003, 85 ss.

antinfortunistici (v. in part. art. 25, d.lgs. n. 276/2003), la legge, non diversamente da quanto già disposto con riferimento all'abrogato lavoro interinale, stabiliva un peculiare regime di autorizzazione, provvisoria e definitiva (ed opportunamente sanzionato: v. art. 18, d.lgs. n. 276/2003, come modificato dal d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251) ([671]), affidato all'intervento del Ministero del lavoro, in grado di selezionare i soggetti abilitati a porre in essere la speciale e complessa fattispecie.

Il regime sinteticamente richiamato, nel senso che verrà più innanzi precisato, è da ritenersi tuttora in vigore con riferimento alle sole agenzie di somministrazione a tempo determinato.

I soggetti somministratori (o agenzie di somministrazione) venivano identificati dalla legge attraverso la sussistenza di una serie di requisiti giuridici e finanziari all'uopo stabiliti, il possesso dei quali era ritenuto indice di serietà, affidabilità e solvibilità dei soggetti medesimi (v. artt. 4 e 5, d.lgs. n. 276/2003) ([672]).

Le agenzie di somministrazione, che concorrono alla formazione del complessivo gruppo delle agenzie per il lavoro, venivano infatti iscritte in un apposito Albo delle agenzie di somministrazione istituito presso il Ministero del lavoro, in sezioni distinte a seconda che ottenessero l'autorizzazione per lo svolgimento di tutte le attività oggetto di somministrazione (agenzie cd. generaliste, abilitate a svolgere sia la somministrazione a tempo indeterminato sia quella a tempo determinato) o di una delle attività specifiche indicate per la somministrazione a tempo indeterminato (agenzie cd. specialistiche).

L'art. 11, d.lgs. n. 276/2003, tuttora in vigore, stabiliva e stabilisce l'espresso divieto a carico dei somministratori di percepire compensi da parte dei lavoratori: una norma simile, già contenuta nella previgente disciplina del lavoro interinale, era per certo di taglio più garantista, visto che la riforma Biagi contempla espresse deroghe alla sua operatività, affidate ai contratti collettivi stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriale, che possono stabilirne la non applicazione con riferimento a specifiche categorie di lavoratori altamente professionalizzati o (per non meglio definiti) specifici servizi offerti dalle agenzie (art. 11, co. 2, d.lgs. n. 276/2003).

I lavoratori, assunti dall'agenzia di somministrazione, per tutta la durata della somministrazione svolgevano la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore (art. 20, co. 2, d.lgs. n. 276/2003), prestando esclusivamente le attività e i servizi elencati e tipizzati dall'art. 20, co. 3, lett. *a-h*, d.lgs. n. 276/2003.

Venivano qui indicati, tra gli altri, servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, servizi di pulizia, custodia e portineria, gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi e magazzini, attività di consulenza direzionale, gestione del personale, ricerca e selezione del personale, attività di marketing, ricerche di mercato, gestione di *call-center*, costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari e per particolari attività produttive.

---

([671]) Si tratta del gruppo di sanzioni ricollegate alla cd. somministrazione illecita, distinguibile nei due reati distinti della somministrazione abusiva e dell'utilizzazione illecita, imputabili, rispettivamente, a somministratore ed utilizzatore.

([672]) Per gli opportuni interventi ministeriali in materia v. i decreti Min. lavoro 23 dicembre 2003 e 5 maggio 2004, nonché la cir. Min. lavoro 24 giugno 2004, n. 25. In dottrina v. in part. A. LASSANDARI, *Agenzie per il lavoro e Requisiti giuridici e finanziari (artt. 4 e 5)*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, *op. cit.*, 92 ss.; A. ALAIMO, *Le agenzie per il lavoro: nuove regole e valutazioni di legittimità costituzionale*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 36/2005, in www.lex.unict.i/eurolabor.

Oltre a rilevarsi, in merito, che molti di questi servizi costituivano espressione dei tradizionali fenomeni di segmentazione dell'impresa, va altresì osservato che essi risultavano essere la trasposizione delle ipotesi di appalti interni di cui agli artt. 3 e 5, l. n. 1369/1960, abrogata dalla riforma Biagi.

La tassatività dell'elencazione era attenuata dalla possibilità, normativamente contemplata, che i contratti collettivi di lavoro nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, introducessero ulteriori ipotesi di lecito ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato (ipotesi rimasta sostanzialmente lettera morta in questi anni di applicazione della legge) ([673]).

Come chiarito dalla prassi amministrativa ([674]), l'attività di somministrazione a tempo indeterminato era da ritenersi estesa a tutte le professionalità necessarie per la gestione dell'attività o del servizio indicato dal legislatore.

L'effettività della tutela dei lavoratori assunti dalle agenzie ed inviati presso gli utilizzatori era poi affidata ad una composita disciplina, della quale costituivano elementi cardine il principio della parità di trattamento tra essi e i dipendenti dell'utilizzatore relativamente al trattamento economico e normativo, il loro diritto a fruire di tutti i servizi sociali e assistenziali di spettanza dei dipendenti dell'utilizzatore, nonché il previsto regime di responsabilità solidale tra somministratore e utilizzatore per la corresponsione nei loro confronti dei trattamenti retributivi e dei contributi previdenziali (art. 23, co. 1, 3 e 4, d.lgs. n. 276/2003) ([675]).

Altre prescrizioni di stampo garantista si riconnettevano all'obbligo di sicurezza, allo *ius variandi* e all'esercizio del potere disciplinare, le quali riflettevano, in vario modo, la genetica dissociazione della figura datoriale (art. 23, co. 5, 6 e 7, d.lgs. n. 276/2003). In particolare, relativamente alla sicurezza, va segnalato che le garanzie procedurali previste dalla legge sono state riprese di recente nell'ambito del decreto legislativo in materia di sicurezza sul lavoro predisposto in attuazione della delega di cui all'art. 1, l. n. 123/2007 ([676]).

---

([673]) Sul ruolo e sulle problematiche inerenti l'intervento dell'autonomia collettiva sulla somministrazione di lavoro v. C. CHISARI, M. ESPOSITO, A.M. MONTRONE, *Somministrazione e appalti: contrattazione collettiva e fenomeni interpositori*, in M. RUSCIANO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, 413 ss.

([674]) Cir. Min. lavoro 22 febbraio 2005, n. 7.

([675]) Su questi specifici aspetti di disciplina v. da ultimo, per gli opportuni approfondimenti, G. NICOSIA, *Art. 23: Tutela del prestatore di lavoro, esercizio del potere disciplinare e regime della solidarietà*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, *op. cit.*, 350 ss.: l'a. citata, nel dare opportuno conto delle ampie eccezioni normativamente previste al medesimo principio di parità di trattamento – quali la fissazione da parte dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore della fissazione delle modalità e dei criteri per la determinazione e la corresponsione della retribuzione variabile e le azioni ed i programmi volti a garantire l'inserimento o il reinserimento dei lavoratori svantaggiati di cui all'art. 13 –, qualifica l'art. 23, d.lgs. n. 276/2003 come «una delle poche espressioni rinvenibili nel nostro ordinamento della *flexicurity* di matrice comunitaria che mira, come noto, ad integrare sistematicamente libertà, flessibilità e necessità di sicurezza» (358).

([676]) Cfr. in part. art. 3, co. 5, d.lgs. 6 marzo 2008, definitivamente approvato in data 1 aprile 2008, nel quale si stabilisce espressamente che, relativamente alla somministrazione di lavoro di cui all'art. 20 e ss., d.lgs. n. 276/2003 e succ. mod. ed int. «tutti gli obblighi di prevenzione e protezione sono a carico dell'utilizzatore, fatto salvo l'obbligo a carico del somministratore di informare e formare il lavoratore sui rischi tipici generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per le quali viene assunto» (con formula non dissimile da quella contenuta nell'art. 23, co. 5, d.lgs. n. 276/2003). Sulla necessità di predisporre una riforma delle disposizioni volte a tutelare i lavoratori n somministrazione sul piano prevenzionale v. di recente P. SOPRANI, *Protocollo welfare e tutela prevenzionistica*, in *DPL*, 2008, 277 ss.

Opportunamente collegato ai requisiti formali del contratto commerciale di somministrazione (art. 21, d.lgs. n. 276/2003 concernente l'obbligo della forma scritta, l'indicazione di altri elementi obbligatori e la relativa sanzione civilistica) ([677]), questo pacchetto di tutele costituiva uno dei punti forti della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, non soltanto nel confronto con la disciplina in materia di appalto, ma anche in un più ampio progetto di riforma, mirato a combattere l'esperienza del lavoro precario in tutte le sue manifestazioni.

Su tale composita disciplina interviene, nel senso che verrà più innanzi precisato, la legge di attuazione del Protocollo sul welfare (art. 1, co. 46, l. n. 247/2007), la quale contempla l'integrale abolizione del contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, senza però disporre alcunché in merito ai contratti di lavoro già stipulati dalle agenzie di somministrazione con i lavoratori per effetto del medesimo contratto di somministrazione professionale di manodopera, né in relazione ai rapporti giuridici sorti tra utilizzatori e lavoratori medesimi.

L'anomia normativa registrabile sul punto presta il fianco ad alcune aporie applicative della somministrazione nell'immediato futuro, delle quali si cercherà di dare conto, non senza trascurare la posizione centrale che viene ad assumere l'altra variante della somministrazione già prevista dalla riforma Biagi, ovvero la somministrazione a tempo determinato, integralmente affidata alla disciplina varata nel 2003 (e modificata nel 2004), e tuttora in grado di porre significativi interrogativi sulla perdurante necessità di contemperare flessibilità delle imprese e tutela dei lavoratori, nonché sulla sopravvivenza del divieto di interposizione nell'ordinamento giuslavoristico, pure al cospetto dell'abrogazione espressa della l. n. 1369/1960 da parte dell'art. 85, co. 1, lett. *f*, d.lgs. n. 276/2003.

### 3. Segue. La somministrazione a tempo determinato: la sopravvivenza della fattispecie e delle sue problematiche

Accanto alla disciplina sinteticamente richiamata, la riforma Biagi altresì conteneva una specifica disciplina in materia di somministrazione a tempo determinato, consentita soltanto al ricorrere di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore, con la possibilità, affidata ai contratti collettivi nazionali, di introdurre limiti quantitativi, in conformità alla disciplina di cui all'art. 10, d.lgs. n. 368/2001 (art. 20, co. 4, d.lgs. n. 276/2003) ([678]): disciplina tuttora in vigore, non essendo stata interessata da alcuna modifica né dall'accordo di luglio 2007, né dalla l. n. 247/2007.

La somministrazione a termine, così come modellata dal d.lgs. n. 276/2003, ruotava e tuttora ruota, in netta controtendenza alla disciplina sul lavoro interinale, intorno all'assenza del requisito della temporaneità, con la discutibile conseguenza che la somministrazione, nelle sue due va-

---

([677]) Con precipuo riferimento alla sanzione conseguente all'inosservanza dell'obbligo della forma scritta, la legge parla di radicale nullità del contratto di somministrazione, con la conseguente considerazione a tutti gli effetti dei lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore (art. 21, co. 4, d.lgs. n. 276/2003, come modificato dall'art. 5, d.lgs. n. 251/2004).

([678]) Per quanto riguarda la disciplina dei contratti collettivi in materia v. ad es. rinnovo CCNL settore tessile, abbigliamento e moda 21 febbraio 2005; rinnovo CCNL lavoratori del credito e delle assicurazioni 12 febbraio 2005; rinnovo CCNL settore trasporto e spedizione merci 29 gennaio 2005.

rianti, potesse costituire il mezzo ordinario con cui gli utilizzatori facevano fronte alle loro esigenze di manodopera ([679]).

Ciò risultava vero non soltanto nella somministrazione a tempo indeterminato, nella quale, la mancata previsione di sue ragioni giustificatrici era sostituita dalla previsione di ipotesi tassative elencate nella legge e destinate eventualmente a crescere per effetto dell'intervento della contrattazione collettiva; ma ancora più evidente l'assenza della temporaneità derivava dall'ancoraggio delle condizioni di liceità della somministrazione a termine a generiche ragioni oggettive, rispetto alle quali la dottrina ha ritenuto di dover individuare la medesima opzione già adottata dal legislatore per il lavoro a termine di cui al d.lgs. n. 368/2001, ritenendo equipollenti le ragioni che, alternativamente, giustificano il ricorso alla somministrazione a termine ovvero all'assunzione diretta a tempo determinato ([680]).

La mancata riproposizione del requisito della temporaneità è stata pure criticata come specifica violazione della delega contenuta nella l. n. 30/2003, dal momento che essa richiedeva ragioni obiettive e dunque causali determinate ([681]).

In merito ai principali problemi interpretativi concernenti il lecito ricorso alla somministrazione a termine, è intervenuto il Ministero del lavoro, il quale ha chiarito che «il termine costituisce la dimensione in cui deve essere misurata la ragionevolezza delle esigenze tecniche, organizzative, produttive o sostitutive (…)» e che «si potrà, pertanto, fare ricorso alla somministrazione a tempo determinato in tutte le circostanze, individuate dall'utilizzatore sulla base di criteri di normalità tecnico-organizzativa ovvero per ipotesi sostitutive, nelle quali non si potrà esigere, necessariamente, l'assunzione diretta dei lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore e nelle quali, quindi, il ricorso alla somministrazione di lavoro non assume la finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo» ([682]). La richiamata circolare si è espressa anche in merito alla portata delle ragioni sostitutive previste dalla legge, da intendersi in senso ampio, così come sulla possibilità di ricorrere alla somministrazione a tempo determinato anche per le esigenze tipizzate con riferimento alla somministrazione a tempo indeterminato, effettuabile a condizione di specificare le ragioni tecniche-organizzative o produttive che sostengono il ricorso alla somministrazione.

Per quanto concerne l'individuazione di limiti quantitativi da parte dei contratti collettivi nazionali, va in ogni caso precisato che non rientrano nei limiti percentuali di ricorso alla somministra-

---

([679]) In una prospettiva significativamente differente cfr. art. 1, co. 1, l. n. 196/1997, a norma del quale il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo è «il contratto mediante il quale un'impresa di fornitura di lavoro temporaneo, di seguito denominata impresa fornitrice, iscritta all'albo previsto dall'art. 2, comma 1, pone uno o più lavoratori, di seguito denominati prestatori di lavoro temporaneo, *da essa assunti con il contratto previsto dall'art. 3*, a disposizione di un'impresa che ne utilizza la prestazione lavorativa, di seguito denominata impresa utilizzatrice, *per il soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo individuate ai sensi del comma 2*» (corsivo nostro).

([680]) V. in part. P. ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, *op. cit.*, 283-284.

([681]) L'art. 1, co. 2, lett. *m*, n. 2), l. n. 30/2003 contemplava infatti l'emanazione di una normativa che prevedesse l'ammissibilità «della somministrazione di manodopera, anche a tempo indeterminato, in presenza di ragioni di carattere tecnico, produttivo od organizzativo, individuate dalla legge o dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative»; in dottrina, tra i tanti rilievi critici sull'eccesso di delega e sulla violazione dell'art. 76 Cost., v. in part. O. BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, *op. cit.*, 126; P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni*, *op. cit.*, 125; V. SPEZIALE, *La somministrazione di lavoro*, *op. cit.*, 324.

([682]) Cfr. la richiamata circ. n. 7/2005.

zione le ipotesi già elencate dall'art. 10, co. 7, d.lgs. n. 368/2001 (come l'intensificazione dell'attività lavorativa in determinati periodi dell'anno o gli specifici spettacoli o programmi radiofonici o televisivi, con la sola eccezione dei contratti stipulati a conclusione di un periodo di tirocinio o di stage, che presuppongono la stipulazione diretta del contratto con il soggetto coinvolto nel rapporto di tirocinio), così come le ipotesi disciplinate dal successivo co. 8 dello stesso art. 10, ovvero di quelle di durata non superiore ai sette mesi o non superiore alla maggiore durata definita dalla contrattazione collettiva con riferimento a situazioni di difficoltà occupazionale per specifiche aree geografiche.

Dal complesso delle disposizioni richiamate, può certamente convenirsi che la somministrazione a tempo determinato, pur essendo sostanzialmente ispirata alla regolamentazione del contratto a termine, dal quale viene mutuato il rinvio alle clausole generali, finisce per assumere una natura acausale, comprovata dalla circostanza che potendo le ragioni riferirsi anche «all'ordinaria attività dell'utilizzatore», di fatto non c'è più alcun collegamento con la temporaneità delle causali che legittimano la conclusione di un contratto a termine: con l'aggravante che il termine finale da indicare può anche essere molto lungo e soggetto a proroga ([683]).

Nella somministrazione a tempo determinato viene poi riproposta la disposizione già prevista nel lavoro interinale, consistente nella previsione della nullità della clausola diretta a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine del contratto di somministrazione, con la significativa deroga costituita dalla corresponsione di un'adeguata indennità al lavoratore, secondo quanto stabilito dal contratto collettivo applicabile al somministratore (art. 23, co. 8 e 9, d.lgs. n. 276/2003). La deroga, non prevista dalla l. n. 196/1997, costituisce una sorta di misura volta a fidelizzare i dipendenti del somministratore e sembra richiamare il patto di non concorrenza di cui all'art. 2125 c.c.

Alla somministrazione di lavoro a tempo determinato, che a partire dal 1° gennaio 2008 costituisce l'unica forma lecita di interposizione autorizzata dall'ordinamento giuridico, si applica sostanzialmente la disciplina già brevemente richiamata con riferimento allo *staff leasing*, sia per quanto riguarda costituzione, svolgimento ed estinzione del rapporto, sia per quanto riguarda lo specifico apparato sanzionatorio definito dal d.lgs. n. 276/2003 (spec. artt. 27 e 28, concernenti, rispettivamente, la somministrazione irregolare e la somministrazione fraudolenta) ([684]).

---

([683]) Secondo R. ROMEI, *Art. 20: Condizioni di liceità*, *op. cit.*, 285, è possibile procedere per graduali operazioni interpretative, fermo restando che la temporaneità non è prevista dalla legge: la temporaneità potrebbe essere soggettiva, ovvero rimessa a valutazioni soggettive dell'imprenditore, purché la durata sia predeterminata o predeterminabile; oppure dovrebbe verificarsi l'esistenza di una correlazione oggettivamente verificabile secondo ragionevolezza tra le ragioni della somministrazione ed il termine ad essa apposto.
([684]) La prima si verifica allorquando la fornitura di manodopera venga posta in essere al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui all'art. 20 e 21, co. 1, lett. da *a* ad *e* ed è sanzionata con la costituzione del rapporto alle dipendenze dell'utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione, dietro presentazione di ricorso giudiziale *ex* art. 414 c.p.c. da parte del lavoratore; la seconda costituisce un'ipotesi di chiusura, che si verifica ogni qualvolta la somministrazione venga posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o contratto collettivo applicato al lavoratore, ed è sanzionata con una specifica ammenda a carico delle parti pari a 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun girono di somministrazione, la quale va ad aggiungersi alle sanzioni previste dall'art. 18, d.lgs. n. 276/2003. Come pure chiarito dalla prassi amministrativa (cir. Min. lavoro n. 7/2005) e già sostenuto dalla prevalente dottrina, anche all'ipotesi della somministrazione fraudolenta trova applicazione la sanzione civilistica della conversione del rapporto prevista dall'art. 27, co. 1, d.lgs. n. 276/2003, per la somministrazione irregolare.

## 4. Dal tavolo di confronto con le parti sociali alla completa abolizione dello staff leasing: gli effetti sui rapporti di lavoro

Nonostante gli ampi proclami del governo, orientati già all'indomani del suo insediamento a prevedere la radicale abrogazione dell'istituto, la versione del Protocollo sul welfare approvato a luglio 2007 contemplava per lo *staff leasing* un percorso riformatore differente, sostanzialmente ispirato all'esigenza di accogliere le istanze del mondo imprenditoriale e le pressioni confindustriali per il salvataggio della tipologia contrattuale.

Nel testo del Protocollo su previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili del 23 luglio 2007 si legge infatti che «(…) Per le disposizioni relative al contratto commerciale di somministrazione a tempo indeterminato, lasciando inalterata (ed anzi favorendo con incentivi da determinare) la facoltà per le Agenzie di lavoro di assumere lavoratori a tempo indeterminato, si costituirà un tavolo di confronto con le Parti sociali» (punto 4. Mercato del lavoro. Staff leasing e lavoro a chiamata).

In proposito non può che convenirsi con l'opinione di chi ha rilevato la sostanziale inutilità della previsione riportata, sostenendo al converso la necessità che le parti sociali si occupassero di questioni ben più rilevanti di una tipologia contrattuale sostanzialmente inutilizzata ([685]). Non va però sottaciuto che la formulazione del Protocollo si mostrava in grado di dare voce alla più significativa esigenza di tutela sottesa al ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato, ovvero la durata del rapporto di lavoro dei lavoratori assunti dall'agenzia per essere somministrati ai vari utilizzatori. A differenza del contratto di somministrazione di manodopera, che è un contratto di natura commerciale che intercorre tra agenzia e soggetto utilizzatore, il contratto di lavoro tra agenzia e lavoratore può essere a termine o a tempo indeterminato (in questa seconda ipotesi nelle svariate gamme legali), a prescindere dalla tipologia di somministrazione per la quale risulta abilitata l'agenzia.

Come ben chiarito dalla dottrina ([686]), la principale questione concerne infatti il rapporto di lavoro, anche perché se si volessero comparare le due forme di somministrazione in termini di garanzie e certezze per i lavoratori impiegati, la somministrazione a termine risulterebbe anche più insidiosa, essendo essa, come già rilevato, ancorata ad ipotesi generiche, come ben evidenziato dal richiamo alle ragioni sottese all'apposizione del termine di cui al d.lgs. n. 368/2001 e aggravato dall'inciso «anche se riferite all'ordinaria attività dell'utilizzatore». Essa può anche sottintendere rapporti di lavoro a tempo indeterminato con i lavoratori interessati, i quali hanno diritto a percepire apposita indennità di disponibilità per i periodi non lavorati, durante i quali restano a disposizione del somministratore (cfr. in proposito art. 22, co. 3, d.lgs. n. 276/2003, indistintamente riferito alle due tipologie di somministrazione) ([687]).

---

([685]) M. ROCCELLA, *L'autunno del mercato del lavoro*, in www.eguaglianzaeliberta.it, 6 settembre 2007; L. MENGHINI, *Protocollo del 23 luglio 2007 e lotta alla precarietà*, in *LG*, 2007, 961 ss.

([686]) P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 10/2004, in www.lex.unict.i/eurolabor.

([687]) Sul punto cfr. anche cir. Min. lav. n. 7/2005, *cit*. A definire l'importo della predetta indennità nella misura di euro 350,00 mensili ha provveduto apposito decreto ministeriale (decreto Min. lavoro 14 marzo 2004): si tratta di una misura minima che non può essere

Non a caso, all'indomani dell'approvazione del Protocollo sul welfare, si era già avanzata in dottrina la proposta di limitarsi a modificare la riforma Biagi proprio sul punto concernente la durata del rapporto di lavoro dei lavoratori somministrati, ovvero stabilirsi che lo *staff leasing* dovesse essere attuato soltanto con personale assunto a tempo indeterminato, magari con la precisazione che esso venisse utilizzato presso lo stesso o gli stessi utilizzatori ([688]).

Con la definitiva approvazione della legge di attuazione del Protocollo sul welfare (l. n. 247/2007, entrata in vigore il 1° gennaio 2008) ([689]), si è invece disposta l'integrale abolizione del contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato disciplinato dalla riforma Biagi (art. 1, co. 46, l. n. 247/2007).

Viene in altri termini confermata la disposizione già prevista nella seconda versione del d.d.l di attuazione delle misure contenute nel Protocollo di luglio 2007 e nella successiva versione risultante per effetto delle modifiche apportate (rispettivamente, art. 14, d.d.l. n. 3178/AC, nel testo adottato dalla Commissione lavoro in data 21 novembre 2007 e art. 1, co. 46, d.d.l. n. 1903, nella nuova formulazione risultante dall'approvazione in data 28 novembre 2007 del maxiemendamento n. 1100).

Alla luce della modifica introdotta, va innanzitutto sottolineata la scelta terminologica del legislatore, il quale ha utilizzato l'espressione «abolizione» in luogo della «abrogazione», differentemente da quanto disposto con riferimento al lavoro a chiamata (cd. *job on call*: v. *infra*).

L'opzione per l'abolizione, lungi dall'apparire tecnicamente appropriata, rivela la chiara valenza simbolica della misura prevista, quasi a volere significare la soppressione, ovvero l'annullamento della somministrazione a tempo indeterminato ([690]).

Dal momento che l'art. 1, co. 46, l. n. 247/2007, non dispone altro, sembra in proposito possibile affermare che ciò che sparisce dal quadro normativo sul lavoro decentrato è soltanto ed unicamente la parte del d.lgs. n. 276/2003 espressamente riservata al contratto commerciale di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, ovvero le condizioni di liceità disciplinate dall'art. 20, co. 3; la riforma non travolge, invece, il rinvio alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali previsto dall'art. 22, co. 1 per la disciplina dei rapporti di

---

derogata, se non verso l'alto, dal contratto collettivo applicabile all'agenzia di somministrazione. Sull'indennità di disponibilità i contributi sono versati per il loro effettivo ammontare, anche in deroga alla normativa vigente in materia di minimale contributivo (art. 25, co.1, d.lgs. n. 276/2003; v. pure cir. Inps 13 marzo 2006, n. 41).

([688]) V. ancora L. MENGHINI, *Protocollo del 23 luglio 2007 e lotta alla precarietà*, *op. cit.*, 966; sull'importanza della stabilità dell'impiego, con precipuo riferimento all'occupazione flessibile simbolizzata dalla somministrazione, v. pure M. RICCI, *La somministrazione di lavoro dopo la riforma*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema, dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, 122.

([689]) Cfr. art. 1, co. 94, l. n. 247/2007, fatto salvo quanto previsto dal precedente co. 92, che rinvia l'efficacia delle sole disposizioni che determinano nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica successivamente all'entrata in vigore delle disposizioni relative all'istituzione del Fondo per il finanziamento del Protocollo del 23 luglio 2007 previste dalla l. 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008).

([690]) Per F.R. GRASSO, *Comma 46. Abolizione dell'istituto della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato*, in M. PERSIANI, G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del* welfare, *op. cit.*, 140, l'utilizzo dell'espressione abolizione al posto dell'abrogazione è dovuto al fatto che, dal momento che la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato è disciplinata non solo dalla legge ma anche dai contratti collettivi, soltanto l'utilizzo della prima espressione «consente di espungere dall'ordinamento ogni fattispecie di somministrazione a tempo indeterminato, qualunque sia la fonte istitutiva o che la regolamenta».

lavoro tra somministratore e prestatori di lavoro nell'ipotesi di somministrazione a tempo indeterminato, che riguarda i contratti di lavoro e non i contratti di natura commerciale, i quali possono essere instaurati anche nell'ipotesi di somministrazione a termine ([691]).

Restano altresì in piedi le altre previsioni normative della riforma Biagi dedicate alla disciplina dei rapporti di lavoro dei lavoratori somministrati che, nel senso già precisato, possono sorgere anche nell'ipotesi di somministrazione a termine (cfr. in part. art. 20, co. 2 e art. 22, co. 3, d.lgs. n. 276/2003).

Si tratta, con riferimento alla prima disposizione, del diritto dei lavoratori a svolgere la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore per tutta la durata della somministrazione, con la precisazione che, qualora vengano assunti a tempo indeterminato, essi rimangono a disposizione del somministratore per i periodi in cui non svolgono la prestazione di lavoro presso un utilizzatore, salvo che esista una giusta causa o un giustificato motivo di risoluzione del contratto di lavoro; la seconda stabilisce, invece, l'obbligo di indicare, nel caso il lavoratore venga assunto con contratto di lavoro a tempo indeterminato, la misura dell'indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, corrisposta dal somministratore al lavoratore per i periodi nei quali egli rimane in attesa di assegnazione ([692]).

Una differente interpretazione in merito alla sorte dei rapporti di lavoro, i quali, non senza qualche incertezza, sono stati riportati nell'alveo del collegamento negoziale per spiegarne la stretta interconnessione con i contratti di natura commerciale stipulati da agenzie di somministrazione e soggetti utlizzatori, avrebbe delle conseguenze deleterie per i lavoratori impiegati, ben più precarizzanti e penalizzanti di quanto derivante dalla sopravvivenza di una fattispecie "abolita" proprio con la dichiarata finalità di combattere la precarietà del lavoro.

## 5. Segue. Le agenzie di somministrazione dopo lo staff leasing e la sorte dei contratti commerciali già stipulati

La riforma si è peraltro limitata ad abolire il contratto di somministrazione a tempo indeterminato, lasciando inalterata la parte del d.lgs. n. 276/2003 espressamente dedicata alle agenzie di somministrazione cd. specialistiche e alla sezione dell'Albo istituito presso il Ministero del lavoro. Le suddette agenzie dovrebbero continuare ad operare sul mercato del lavoro, ma al contempo esse dovranno in futuro abilitarsi per l'unica forma lecita di somministrazione, ovvero per quella a termine ([693]).

---

([691]) In proposito v. C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 68/2008, in www.lex.unict.i/eurolabor. 30; C. TREVES, *La legislazione sul lavoro dopo il varo della legge sul welfare*, in *LG*, 2008, 128, nonché la recente circolare del Ministero del lavoro (cir. 25 marzo 2008, n. 7, pubblicata in *GLav*, 2008, 14, 19, con nota di D. PAPA, *Legge Welfare e periodo transitorio: chiarimenti dal Ministero*), che ha precisato che l'abolizione dello *staff leasing* non incide sulle tipologie contrattuali instaurabili con i lavoratori somministrati.

([692]) Sulla disciplina dei rapporti di lavoro v. in part. S. CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, in M.T. CARINCI., C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, *op. cit.*, 70 ss.; L. ZAPPALÀ, *Art. 22: Disciplina dei rapporti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, *op. cit.*, 322 ss.

([693]) In senso conforme cfr. D. PAPA, *Somministrazione a tempo indeterminato e lavoro intermittente*, in *GLav*, 2008, 2, 124 ss; sul punto v. anche cir. Min. lavoro n. 7/2008, *cit.*, la quale, nel precisare che l'abolizione della somministrazione a tempo indeterminato interessa indirettamente anche l'art. 4, co. 1, lett. *b*, d.lgs. n. 276/2003 sull'Albo delle Agenzie (sezione delle agenzie cd. specialistiche), ha

Sostanzialmente dovrebbero rimanere in piedi le sole agenzie cd. generaliste, ovvero i soggetti abilitati a stipulare anche contratti di somministrazione a tempo determinato, mentre le agenzie cd. specialistiche non potranno più operare, in quanto in possesso della sola autorizzazione ad esercitare la fornitura professionale di manodopera a tempo indeterminato, attività ora espressamente espunta dal nostro sistema giuridico ([694]).

Per le sole agenzie cd. generaliste continuerà inoltre a trovare applicazione la parte della riforma Biagi dedicata alle agenzie per il lavoro (artt. 4 e 5, nonché art. 18, d.lgs. n. 276/2003, e succ. mod. ed int.), che, come visto, ne definisce i requisiti giuridici, economici e finanziari, predisponendo al contempo il quadro delle sanzioni irrogabili nell'ipotesi di assenza di autorizzazione in capo alle agenzie medesime, di violazione degli obblighi e dei divieti, anche in materia di compensi percepiti dai lavoratori.

Una disposizione quale quella congegnata dalla riforma lascia inoltre irrisolto il problema dei contratti di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato in essere all'entrata in vigore della l. n. 247/2007, per i quali non si è disposto alcun regime transitorio né tanto meno alcuna misura di salvaguardia: con la conseguenza che essi andrebbero considerati in vigore sino alla scadenza, che però non c'è, trattandosi di contratti a tempo indeterminato ([695]).

In proposito è da ritenere che i contratti di somministrazione a tempo indeterminato stipulati entro la data del 31 dicembre 2007, ovvero prima della data di entrata in vigore della l. n. 247/2007 (1° gennaio 2008), continuino ad essere efficaci fino a quando non intervenga un'ipotesi di recesso di una delle due parti, trattandosi di contratti di natura commerciale stipulati a tempo indeterminato tra agenzie di somministrazione e soggetti utilizzatori ([696]).

Sulla medesima linea interpretativa, ed in contrasto con la teoria volta a ritenere i contratti in corso automaticamente illegittimi e invalidi in considerazione dell'assenza di una disciplina transitoria, appare altresì orientato il Ministero del lavoro, il quale ha di recente affermato che i contratti stipulati entro il 31 dicembre 2007, lungi dal potersi considerare inefficaci o convertiti in altra fattispecie contrattuale, vanno considerati tuttora validi ed efficaci sulla base «dei principi generali (art. 11 disp. att. c.c.) secondo cui la legge non può avere effetto retroattivo ma "dispone solo per l'avvenire"» ([697]): si tratta, in altri termini, della dovuta applicazione della legge esistente al momento in cui un atto viene stipulato.

La soluzione indicata non è priva di conseguenze, tenuto conto che la sorte dei contratti di natura commerciale tra agenzie di somministrazione e soggetti utilizzatori si riflette da subito su quella dei rapporti di lavoro in essere tra agenzie e lavoratori, oltre che sui rapporti giuridici instauratisi

---

affermato che esse possono continuare ad operare somministrando lavoratori a tempo determinato, con espressa salvaguardia dei rapporti commerciali instaurati entro il 31 dicembre 2007.

([694]) Per una valutazione degli effetti della riforma è sufficiente segnalare che sul sito del Ministero del lavoro, nella sezione specifica dell'Albo informatico delle Agenzie per il lavoro, risulta iscritta una sola agenzia cd. specialistica, ovvero abilitata all'attività di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato.

([695]) Si veda in proposito il differente regime transitorio previsto dall'art. 86, co. 3, d.lgs. n. 276/2003 per i contratti di lavoro interinale in essere alla data della sua entrata in vigore, disciplinato proprio in considerazione dell'abrogazione dell'istituto ad opera dell'art. 85, co. 1, lett. *f*, d.lgs. n. 276/2003.

([696]) Nei medesimi termini si è espressa la Fondazione studi dei Consulenti del lavoro, diramando la circolare interpretativa 14 gennaio 2008, n. 1 (in *GLav*, 2008, 2, 48).

([697]) Così cir. Min. lavoro n. 7/2008, *cit*.

tra i lavoratori medesimi e i soggetti utilizzatori: nel senso già precisato, i contratti di lavoro sopravvivono all'abrogazione del contratto commerciale.

Tra i vari requisiti obbligatori del contratto commerciale di somministrazione di manodopera, riferiti ad entrambe le tipologie di somministrazione, meritano di essere ricordati, tra gli altri, l'assunzione dell'obbligo da parte dell'agenzia del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali, così come l'assunzione dell'obbligo da parte dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questi effettivamente sostenuti in favore dei lavoratori, di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili, di provvedere al pagamento diretto dei lavoratori in caso di inadempimento del somministratore, fatto salvo il diritto di rivalsa nei suoi confronti (art. 21, co. 1, d.lgs. n. 276/2003).

Restano, inoltre, tuttora vigenti, i divieti previsti dalla riforma Biagi (art. 20, co. 5, d.lgs. n. 276/2003), in quanto riferiti sia alla somministrazione a tempo indeterminato che alla somministrazione a termine.

Come noto, si tratta delle ipotesi vietate che la somministrazione condivide con la disciplina del lavoro a termine di cui al d.lgs. n. 368/2001 e con quella del lavoro intermittente di cui all'art. 34, co. 3, d.lgs. n. 276/2003), invero già contemplati, seppur più ampiamente, per il lavoro interinale dalla l. n. 196/1997.

Il ricorso alla somministrazione è, dunque, tuttora vietato per la sostituzione dei lavoratori in sciopero, presso unità produttive nelle quali, entro i sei mesi precedenti, si sia proceduto a licenziamenti collettivi ai sensi degli artt. 4 e 24, l. n. 223/1991, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione o nelle quali sia in atto una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto all'integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione, a meno che non sia diversamente disposto da accordi sindacali i quali, non essendo definiti dalla legge, dovrebbero essere intesi quali accordi gestionali previsti dalla l. n. 223/1991 ([698]). Ulteriore preclusione specifica alla somministrazione è poi prevista con riferimento a quelle imprese che non abbiano provveduto ad effettuare la valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 626/1994 e successive modifiche ([699]).

## 6. La somministrazione professionale di manodopera e le prospettive future: l'identità svelata del lavoro decentrato

A voler tracciare alcune coordinate operative del lavoro decentrato dopo l'ultimo intervento di riforma, può innanzitutto ritenersi che la somministrazione di lavoro continui ad operare, nella versione a tempo indeterminato, e che essa sia destinata a protrarsi sino a che non intervenga una causa di risoluzione dei contratti in essere. Una sorta di regime transitorio *de facto*, indispensabile per garantire il perdurare delle obbligazioni scaturenti dalla sottoscrizione del contratto di

([698]) Nel senso indicato v. anche cir. Min. lavoro n. 7/2005, *cit.*

([699]) Sul punto, per interessanti profili volti a definire gli obblighi gravanti sull'agenzia di somministrazione in materia di effettuazione della valutazione dei rischi da parte dell'utilizzatore, v. l'intervento Min. lavoro 17 settembre 2007, di risposta all'interpello avanzato ai sensi dell'art. 9, d.lgs. n. 124/2004 dalla Confinterim – Confederazione italiana delle Associazioni delle Imprese fornitrici di lavoro temporaneo.

natura commerciale, il quale, nel senso già indicato, ha ripercussioni immediate sia sui contratti di lavoro stipulati dalle agenzie e dai lavoratori somministrati, sia sui rapporti di lavoro che sorgono tra soggetti utilizzatori e lavoratori stessi.

Accanto al regime ad esaurimento dello *staff leasing*, mantengono inalterato vigore le norme riferite alla somministrazione a tempo determinato, destinata a costituire nell'immediato futuro l'unica forma consentita di lecita interposizione nei rapporti di lavoro, effettuata comunque da soggetti autorizzati, nel rispetto delle condizioni stabilite dalla legge e delle eventuali limitazioni quantitative individuate dall'autonomia collettiva.

Rispetto ad essa, e nonostante l'ampia enfasi data all'abolizione dello *staff leasing*, restano tuttora in piedi le principali questioni controverse inerenti alla somministrazione, specie nel rapporto con il contratto d'appalto e con l'interposizione, costituendo essi, rispettivamente, uno dei principali istituti cui fare ricorso in via alternativa ed il regime di riferimento al quale tuttora deve ricondursi un'eventuale forma di somministrazione illecita ([700]).

Il *restyling* normativo della somministrazione si presenta dunque, sul piano fattuale, più teorico che reale: la qual cosa porta a ritenere che l'abolizione del solo contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato non sia poi in grado di influenzare positivamente alcune questioni di carattere generale, sia perché resta tuttora immodificata la disciplina legale in materia di somministrazione a termine ([701]), sia perché non si è intervenuti sul regime dell'interposizione illecita e sulle sue conseguenze ([702]).

Pur senza voler affrontare in questa sede l'annoso dibattito concernente il rapporto tra flessibilità e precarietà, spesso troppo ideologicamente connotato, non ci si può esimere dal ribadire la peculiare valenza simbolica di alcune delle operazioni demolitorie e/o modificatrici prima annunciate e poi implementate per via normativa.

In tal senso, non può essere tralasciato il peso che assume la complessiva disciplina in materia di lavoro decentrato, nella quale alcuni istituti continuano ad operare sulla base della recente disciplina, pur modificata (come ad es. l'appalto di servizi di cui all'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276/2003, e succ. mod. ed int.), o dello stesso lavoro a progetto, in relazione al quale può destare perplessità

---

([700]) Cfr., di recente, Trib. Milano 24 gennaio 2007, in *RGL*, 2007, II, 681 ss. con nota di F. AIELLO, *Alcune questioni sul lavoro somministrato a termine*. La pronuncia, che costituisce uno dei primi interventi di merito sulla somministrazione a termine, è degna di nota non soltanto perché il giudice afferma che la scissione datoriale propria della somministrazione costituisce uno schema atipico che si discosta da quello ordinario del rapporto di lavoro subordinato che prevede che la gestione tecnico-produttiva e la gestione normativa facciano capo ad un solo identico soggetto; ma anche perché, nello stabilire la costituzione *ope legis* di un rapporto di lavoro subordinato in capo al soggetto utilizzatore, ricorrendo nel caso di specie una forma irregolare di somministrazione *ex* art. 27, co. 1, d.lgs. n. 276/2003, dichiara sussistere tra le parti – diversamente da quanto previsto dalla legge – un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. In proposito v. pure Trib. Milano 10 aprile 2007, n. 1235, in *DPL*, 2007, 34, 2087 con nota di G. FAVA, D. COLOMBO, *Somministrazione a termine: condizioni e requisiti* e la recentissima Trib. Bologna 8 febbraio 2008, in *www.cgil.it/giuridico*, in punto di nullità del contratto di somministrazione a termine.

([701]) Fatta ovviamente eccezione per i rinvii alla disciplina di cui al d.lgs. n. 368/2001, in merito ai quali l'art. 1, co. 42, l. n. 247/2007, nel modificare l'art. 22, co. 2, d.lgs. n. 276/2003, ha specificato che l'esclusione delle disposizioni di cui all'art. 5, co. 3 e 4, d.lgs. n. 368/2001 nella somministrazione a termine, va ora intesa come esclusione dell'art. 5, co. 3 ss., stante le modifiche apportate dallo stesso art. 1, co. 40, l. n. 247/2007.

([702]) Non a caso si è sostenuto, prima dell'ultima riforma, che ciò che realmente serviva alla sola disciplina della somministrazione era, tra i vari interventi, una corretta definizione delle sanzioni e della responsabilità dell'utilizzatore illecito che sfrutta manodopera somministrata abusivamente, un miglioramento delle tutele del lavoratore somministrato e un rafforzamento del valore punitivo della somministrazione e dell'interposizione fraudolenta: cfr. sul punto P. RAUSEI, *La riforma: gli istituti di maggior successo (e qualche riflessione a margine)*, in *Boll. Adapt*, n. 52/2006, in www.fmb.unimore.it.

l'assenza di un intervento organico di riforma, pur se annunciato nel Protocollo sul welfare del 23 luglio 2007 (quantunque recuperato, in termini di lotta alla precarietà, attraverso l'incisiva azione ispettiva affidata a dettagliate circolari ministeriali, orientate a circoscriverne l'utilizzo a prestazioni genuinamente autonome).

Discorso analogo potrebbe effettuarsi con riferimento alla somministrazione a tempo determinato, la quale, non essendo stata oggetto di modifiche, risulta tuttora affidata a delle causali generiche ed ampie (ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore: cfr. art. 20, co. 4, d.lgs. n. 276/2003) e alla scarna disciplina predisposta dall'autonomia collettiva.

L'invarianza della disciplina in tema di somministrazione a tempo determinato risulta problematica per almeno due ordini di ragioni: da un lato essa mantiene inalterata la sua genericità, dal momento che le condizioni di liceità sono le stesse che legittimerebbero l'apposizione di un termine al contratto di lavoro, dall'altro nulla esclude che i rapporti di lavoro si costituiscano a tempo indeterminato, giacché, nel senso più volte specificato, ciò che risulta oggi vietata è la sola somministrazione professionale di manodopera a tempo indeterminato. Un raggio di azione aggravato dalla circostanza che essa risulta tuttora strutturata su un modello di lavoro a termine (ovvero quello di cui al d.lgs. n. 368/2001), fortemente inciso dalla stessa l. n. 247/2007, che è intervenuta, tra l'altro, a reprimere gli abusi connessi alle reiterate assunzioni a termine.

Alla somministrazione di lavoro a tempo determinato continuerà ad essere riferibile quanto disposto dall'art. 22, co. 2, d.lgs. n. 276/2003, ovvero il rinvio all'applicabilità, per quanto compatibile, della disciplina prevista dal d.lgs. n. 368/2001, con esclusione delle disposizioni di cui agli art. 5, co. 3 e 4, così come la possibilità di prorogare il termine del contratto di lavoro, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore.

L'auspicio è che continui l'opera di specificazione da parte dei contratti collettivi, sinora intervenuti proprio in riferimento alla somministrazione a termine, affinché l'istituto possa continuare ad essere utilizzato nel rinnovato contesto normativo e, probabilmente, con il differente tenore regolamentare imposto dalla coeva abolizione dell'altra tipologia di somministrazione.

Altrettanto rilievo è da attribuire all'azione adeguatrice esercitata dalla giurisprudenza, necessaria al fine di distinguere le ipotesi di somministrazione lecita da quelle di interposizione vietata, tuttora ascrivibili all'apparato sanzionatorio predisposto dalla riforma Biagi (artt. 27 e 28, d.lgs. n. 276/2003, e succ. mod. ed int.) ([703]), e da valutare in considerazione della sopravvivenza, sul piano sanzionatorio, come più volte sottolineato dalla più attenta dottrina ([704]), del risalente divieto di interposizione nei rapporti di lavoro di cui alla l. n. 1369/1960.

---

([703]) Si ricordi, in proposito, quanto stabilito dall'art. 27, co. 3, d.lgs. n. 276/2003, a norma del quale, ai fini della valutazione delle ragioni che legittimano la somministrazione a termine e a tempo indeterminato «il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore».

([704]) Da ultimo, per tutti, R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 2008, I, in corso di pubblicazione.

## 7. Il lavoro a chiamata: cronaca di una abrogazione annunciata

Accanto al radicale intervento riformatore sulla somministrazione a tempo indeterminato, il governo Prodi ha da subito individuato anche la fattispecie lavoro a chiamata (cd. *job on call* o lavoro intermittente) tra le tipologie flessibili di impiego meritevoli di rivisitazione.

Il percorso di riforma del nuovo modello contrattuale prefigurato dalla riforma Biagi si ricollega strettamente all'altro intervento concernente il lavoro decentrato, più specificamente concernente la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato: idealmente collegati in quanto simbolicamente assurti ad immagine del lavoro precario dell'ultima generazione, nel quale, accompagnati invero da altre forme di lavoro sia subordinate flessibili sia atipiche, sono venuti ad occupare una posizione rilevante.

Se la somministrazione a tempo indeterminato viene considerata responsabile di una legalizzazione sin troppo marcata della dissociazione datoriale, spingendosi a configurare un'ipotesi di fornitura professionale di manodopera sinanche a tempo indeterminato, il lavoro a chiamata ha subito numerose critiche le quali si sono concentrate sia sulla configurazione di una tipologia flessibile difficilmente riconducibile (soprattutto in alcuni casi) al modello di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c., sia sulla scarsa considerazione della necessità del lavoratore di programmare il proprio tempo di lavoro e la necessaria conciliazione con quello di non lavoro ([705]).

Invero, non sono mancati ulteriori rilievi orientati a riconsiderare l'istituto alla luce delle sue reali potenzialità di contrasto al lavoro non regolare, e, dunque, del suo effettivo tasso di utilizzo, indebolito e frenato dalla circostanza che, per prestazioni da svolgersi in un analogo intervallo temporale, la legislazione offre già altre tipologie contrattuali di lavoro flessibile e modulato, sino al punto che il lavoro a chiamata sembrerebbe costituirne un derivato mal congegnato, un duplicato scarsamente appetibile specie se confrontato con un part-time reso più flessibile, con un lavoro a termine più agile o anche con la stessa somministrazione di lavoro, articolata in due varianti che maggiormente assecondano le logiche imprenditoriali.

La problematica riconduzione di contratti di lavoro atipici e flessibili al modello standard di contratto di lavoro subordinato, più volte rimarcata proprio con riferimento al lavoro a chiamata, ha peraltro ricevuto l'avallo della Corte di Giustizia europea, recentemente pronunciatasi sul contratto di lavoro secondo il fabbisogno disciplinato dalla legislazione austriaca, che in parte può essere equiparato al lavoro a chiamata disciplinato dalla riforma Biagi. La Corte ha affermato la legittimità di un contratto di lavoro con modalità di utilizzo del lavoro secondo le esigenze datoriali e con libertà o meno del lavoratore di aderire alla richiesta, trattandosi di un accordo individuale sottratto alla disciplina legale in materia di orario di lavoro e di part-time, qualificando il lavoratore come lavoratore subordinato, seppur con la dubbia esclusione delle direttive comunitarie in materia di part-time e di parità di trattamento, non essendo individuabile il lavoratore

---

([705]) Tra le tante posizioni critiche v. U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma. Guida alla lettura del D.Lgs. 276/2003 in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Bonomo, Bologna, 2003; D. GOTTARDI, *Lavoro intermittente. Commento agli artt. 33-40*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 496, che parla di «una disciplina confusa e contraddittoria, riduttiva delle garanzie del lavoro subordinato e che evoca l'intervento della contrattazione collettiva, assegnandole solo competenze insieme vincolate e marginali».

comparabile ([706]).

La dottrina lavoristica ha sufficientemente indagato la disciplina positiva, rivelandone luci ed ombre, carenze di previsioni ed oggettive potenzialità. Certo è che, nonostante le buone intenzioni, il contratto di lavoro a chiamata è stato scarsamente utilizzato ([707]) , con l'esclusione di alcune parti del paese dove è partita una sperimentazione dell'istituto, non diversamente da quanto avvenuto con riferimento alle prestazioni di lavoro occasionale accessorio di cui agli artt. 70-74, d.lgs. n. 276/2003, altra innovativa fattispecie d'impiego introdotta dalla riforma Biagi ([708]).

La soluzione alla quale è approdata l'ultima riforma porta impresso il segno del compromesso raggiunto dalle forze politiche e dalle coalizioni sindacali, individuabile nella contemporanea abrogazione del lavoro a chiamata e della sua salvaguardia relativamente a due settori, individuati *naturaliter* come comparti di interesse per il lavoro a chiamata, ovvero il turismo e lo spettacolo (ma con la precisazione, come si avrà modo di illustrare, che non si tratta poi dei settori che lo avevano disciplinato e regolamentato).

Dovendosi necessariamente confrontare con gli scarsi numeri di contratti di lavoro a chiamata sinora stipulati, è lecito chiedersi sin d'ora se la lotta alla precarietà del lavoro vada condotta riservando peculiare attenzione a moduli di impiego sostanzialmente non utilizzati ([709]), che avrebbero dovuto costituire un'ulteriore occasione per coniugare lavoro ultra flessibile, di breve o brevissima durata, ma in ogni caso regolamentato, con l'esigenza di regolarizzare prestazioni lavorative altrimenti di esclusiva pertinenza dell'area del lavoro nero e non regolare.

Pur vero è che nella legislatura da poco conclusa gli interventi in proposito sono stati di vario tipo, e non soltanto normativi, ma resta comunque l'impressione che alcune tipologie contrattuali siano state sì utilizzate, ma più che altro da un legislatore bisognoso di esprimere determinati e precisi segnali; laddove, come pure si cercherà di dare conto, l'esame della disciplina specifica rivela spesso alcune sorprese di segno positivo, ovvero delle situazioni di tutela, seppur differentemente dosate, che probabilmente merita(va)no una differente e più analitica considerazione.

---

([706]) Cfr. CGE 12 ottobre 2004, Causa C-313/02, Nicole Wippel/Peek & Cloppenburg GmbH & Co. Kg., in *MGL*, 2005, 176, con nota di L. CORAZZA, *Lavoro intermittente e discriminazioni indirette: dalla Corte di Giustizia qualche indicazione sulla natura del lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata*. Per i profili attinenti alla tutela antidiscriminatoria (il contratto di lavoro austriaco riguardava infatti una lavoratrice), V. BAVARO, *Lavoro a chiamata e Corte di Giustizia. A proposito di fattispecie ed effetti discriminatori*, in *RIDL*, 2005, II, 777 ss.; M. MILITELLO, *Lavoro e/o tutele secondo il fabbisogno? Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di Giustizia*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 42/2005, in www.lex.unict.i/eurolabor.

([707]) Non a caso, in uno dei più recenti Commentari alla Riforma Biagi, la variegata flessibilità tipologica è valutata, con riferimento ad alcune figure, compreso il lavoro a chiamata, come mero «valore sostanzialmente mediatico»: così R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), Il *nuovo mercato del lavoro*, *op. cit.*, 4.

([708]) Val la pena segnalare che il Protocollo sul welfare di luglio 2007 prevedeva interventi di riforma anche in materia di lavoro accessorio – di cui non vi è traccia nella l. 24 dicembre 2007, n. 247 – finalizzati a restringere l'istituto a piccoli lavori occasionali in favore delle famiglie e a sperimentarne la diffusione anche in agricoltura, seppur entro limiti predeterminati. In relazione ai dati rrelativi alla diffusione del lavoro a chiamata nella sola Regione Veneto, che offrono un attendibile resoconto in materia, v. VENETO LAVORO (a cura di), *Il mercato del lavoro nel Veneto. Tendenze e politiche. Rapporto 2007*, Franco Angeli, Milano, 2007. Per quanto concerne il lavoro occasionale accessorio, il governo Prodi è di recente intervenuto a definirne una sperimentazione relativamente alle vendemmie nel settore agricolo con il d. Min. lavoro 12 marzo 2008.

([709]) Dati interessanti promanano in tal senso dall'Indagine campionaria nazionale ISFOL PLUS del 2006, effettuata su un numero complessivo di 40.000 lavoratori, ai quali sono state chieste numerose caratteristiche della loro occupazione: il lavoro a chiamata ha riguardato soltanto lo 0,7% dei lavoratori occupati: per gli opportuni approfondimenti cfr. E. MANDRONE, D. RADICCHIA, *Isfol Plus*, Rubettino, Catanzaro, 2006.

## 8. Il job on call nella riforma Biagi: l'inedita e problematica modulazione della prestazione

Come noto, il lavoro a chiamata è stato introdotto dalla riforma Biagi (artt. 33-40, d.lgs. n. 276/2003, e succ. mod.) con la precipua finalità di consentire un'occupazione in grado di coniugare particolari esigenze di flessibilità delle imprese e specifiche ragioni dei lavoratori stessi, connotandosi da subito come inedita fattispecie di manodopera, nella quale oggetto del contratto di lavoro subordinato è non già la concreta prestazione da parte del lavoratore, bensì la sua mera messa a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione nei limiti stabiliti dalla legge ([710]). Il contratto di lavoro a chiamata viene infatti definito dalla legge come il contratto mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro affinché questi ne utilizzi la prestazione lavorativa per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente (art. 33, co. 1 e art. 34, co. 1, d.lgs. n. 276/2003).

Nel richiamare sinteticamente la disciplina positiva delineata, giova indicare che essa contemplava sia un contratto di lavoro a chiamata a tempo indeterminato sia un contratto di lavoro a chiamata a tempo determinato, legalizzando sinanche l'ipotesi che il lavoratore non si obbligasse a rispondere alla chiamata del datore di lavoro (art. 36, co. 6, d.lgs. n. 276/2003), in merito alla quale non sono mancati rilievi volti a sostenerne l'incostituzionalità ([711]), sul presupposto che si determinasse un'eccessiva limitazione della libertà personale del lavoratore, nonché l'impossibilità di considerare una siffatta fattispecie come contratto di lavoro ([712]).

Le originarie previsioni della riforma Biagi sono state più volte modificate per effetto di interventi normativi successivi, i quali hanno contribuito a definire il nuovo quadro operativo dell'istituto ([713]).

Il contratto di lavoro a chiamata poteva essere stipulato: *a)* per ragioni oggettive, ovvero per lo

---

([710]) Tra i numerosi contributi dottrinali di commento V. BAVARO, *Sul lavoro intermittente. Note critiche*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, *op. cit.*, 213 ss.; A. BOLLANI, *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, 414 ss.; D. GOTTARDI, *Lavoro intermittente. Commento agli artt. 33-40*, *op. cit.*, 471 ss.; M.G. MATTAROLO, *Sub Art. 33 – Lavoro intermittente. Definizione e tipologie*, in M. BROLLO, M.G. MATTAROLO, L. MENGHINI (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, Ipsoa, Milano, 2004, vol. III, 3 ss.; R. ROMEI, *Il lavoro intermittente*, in AA.VV. (coordinato da M. PEDRAZZOLI), *Il nuovo mercato del lavoro*, *op. cit*., 401 ss. Più di recente cfr. R. VOZA, *I contratti ad orario "ridotto, modulato o flessibile" tra lavoro e disponibilità*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, *op. cit.*, 333 ss.; G. PELLACANI, *Il lavoro intermittente ad un anno dall'entrata in vigore: gli interventi ministeriali, la contrattazione collettiva e il decreto correttivo n. 251/*2004, in *MGL*, 2005, 2 ss; P. BELLOCCHI, *Introduzione al Titolo V. Tipologie contrattuali a orario ridotto, modulato o flessibile e Lavoro intermittente (artt. 33-36 e 40)* e G. CANNATI, *Lavoro intermittente (artt. 37-39)*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, *op. cit.*, 502 ss.

([711]) V. in part. V. BAVARO, *Sul lavoro intermittente. Note critiche*, *op. cit.*, 231. F. MAZZIOTTI, *Flessibilità del lavoro e legge delega*, in *DML*, 2003, 24; di recente, per una differente valutazione dell'istituto, v. P. BELLOCCHI, *Introduzione al Titolo V. Tipologie contrattuali a orario ridotto, modulato o flessibile*, *op. cit.*, 509.

([712]) E. ALES, *I paradossi della tipizzazione: i "contratti" di lavoro intermittente*, in *DLM*, 2004, 457 ss.; G. BONI, *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, in *RIDL*, 2005, I, 113 ss.; *Contra* R. DEL PUNTA, *Riforma Biagi: il contratto di lavoro intermittente*, in *GL*, 2004, n. 14, 13.

([713]) Sulle modifiche successivamente apportate v. in part. M.G. MATTAROLO, *Casi di ricorso al lavoro intermittente e ipotesi vietate*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Il "correttivo" alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2005, vol. V, 117 ss.; R. ROMEI, *Sub art. 34, co. 1*, in AA.VV. (coordinato da M. PEDRAZZOLI), *Il nuovo mercato del lavoro. Inserto sulla correzione della cd. riforma Biagi (d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251)*, Zanichelli, Bologna, 2004, 29 ss.

svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale (art. 34, co. 1, parte prima, d.lgs. n. 276/2003, come modificata dal d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251) ([714]); *b)* per periodi determinati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno (art. 34, co. 1, parte seconda, d.lgs. n. 276/2003), i quali, ai sensi del successivo art. 37, erano riferiti a prestazioni da rendersi il fine settimana, nei periodi delle ferie estive o delle vacanze natalizie o pasquali, con l'abilitazione dei contratti collettivi a prevedere ulteriori periodi predeterminati ([715]); *c)* per ragioni soggettive, ovvero in riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di 25 anni di età ovvero da lavoratori con più di 45 anni di età, anche se pensionati (art. 34, co. 2, d.lgs. n. 276/2003, come sostituito dall'art. 1-*bis*, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80, cd. pacchetto competitività) ([716]).

Si tratta con tutta evidenza di tipologie distinte e autonome, che danno conto della volontà normativa di racchiudere in un unico strumento contrattuale soprattutto la finalità di contribuire alla lotta al lavoro sommerso, predisponendo una disciplina minimale per piccoli lavori temporalmente concentrati e soggettivamente limitati, abitualmente svolti al nero, ovvero in assenza di qualsivoglia disciplina legale o contrattuale, con effetti distorsivi della concorrenza tra imprese([717]).

La legge, riproducendo disposizioni già utilizzate per altre tipologie contrattuali, prevedeva altresì, oltre ad espressi divieti e ad obbligatori requisiti di forma (art. 34, co. 3 e art. 35, d.lgs. n. 276/2003), una apposita disciplina sull'indennità di disponibilità, destinata a compensare la disponibilità del lavoratore, e sull'operatività del principio di non discriminazione (art. 36 e 38, d.lgs. n. 276/2003).

Sotto il primo profilo richiamato, ovvero relativamente ai divieti, la normativa, in maniera identica a quanto previsto in tema di somministrazione a tempo determinato (art. 20, co. 5, d.lgs. n. 276/2003) ed omologa quanto alla disciplina sul lavoro a termine (art. 3, d.lgs. n. 368/2001), precludeva il ricorso al lavoro a chiamata per la sostituzione di lavoratori in sciopero, per le imprese che non avessero effettuato la valutazione dei rischi di cui all'art. 4, d.lgs. n. 626/1994 e successive modifiche e per quelle unità produttive nelle quali, entro i sei mesi precedenti, si fosse proceduto

---

([714]) L'ipotesi indicata è quella risultante per effetto delle modifiche apportate all'art. 34, co. 1, d.lgs. n. 276/2003 dall'art. 10, d.lgs. n. 251/2004, il quale ha eliminato il riferimento al previsto intervento provvisorio di un apposito decreto del Ministro del lavoro, da emanarsi in sostituzione della mancata determinazione da parte dell'autonomia collettiva: modifica da ricondursi a problemi di coordinamento con il successivo art. 40, d.lgs. n. 276/2003, pure dedicato ad un'eventuale determinazione ministeriale dei casi di ricorso al lavoro a chiamata. In considerazione della pressoché totale assenza delle determinazioni contrattuali, il Ministero è intervenuto ai sensi della disposizione richiamata con il decreto ministeriale 23 ottobre 2004, con il quale sono state individuate le esigenze che legittimano il ricorso al lavoro intermittente, operando un discutibile rinvio all'elenco dei lavori discontinui e di semplice attesa o custodia contenuto nella tabella allegata al r.d. 6 dicembre 1923, n. 2657. Per un'opinione critica v. A. VALLEBONA, *Lavoro "intermittente" e "discontinuo": i sinonimi e la norma "a orecchio"*, in *DL*, 2004, I, 249 ss.

([715]) Vedi cir. Min. lav. 3 febbraio 2005, n. 4, la quale ha in particolare specificato, in maniera ampia e discutibile, i periodi predeterminati nei quali è attivabile il lavoro a chiamata.

([716]) La previsione, dichiarata di carattere sperimentale, era in origine riservata a soggetti in condizioni di disagio occupazionale, ovvero soggetti disoccupati con meno di 25 anni di età o lavoratori con più di 45 anni di età espulsi dal ciclo produttivo o iscritti nelle liste di mobilità e di collocamento.

([717]) Sul punto, si vedano già le indicazioni programmatiche contenute nel Libro Bianco sul mercato del lavoro presentato nell'ottobre 2001, che auspicava l'introduzione della fattispecie lavoro intermittente, sulla falsariga del modello olandese, proprio «al fine di contrastare tecniche fraudolente o addirittura apertamente *contra legem*, spesso gestite con il concorso di intermediari e caporali», e ne individuava altresì un inquadramento non come sottospecie del part-time, ma come sviluppo ideale del lavoro temporaneo tramite agenzia, da non inquadrare necessariamente nello schema del lavoro subordinato (Par. *II.3.4*., *Lavoro intermittente*, 71).

a licenziamenti collettivi ai sensi degli artt. 4 e 24, legge n. 223/1991, che avessero riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferiva il contratto di lavoro a chiamata o nelle quali fosse in atto una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto all'integrazione salariale, che interessassero lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferiva il contratto di lavoro a chiamata, a meno che non venisse diversamente disposto da accordi sindacali – i quali, non essendo definiti dalla legge, avrebbero dovuto essere intesi quali accordi gestionali previsti dalla legge n. 223/1991 –(art. 34, co. 3, d.lgs. n. 276/2003).

Per quanto concerne i requisiti formali del contratto, la legge stabiliva l'obbligo della forma scritta con funzione probatoria, con indicazione obbligatoria dei seguenti elementi: durata ed ipotesi, oggettive o soggettive, che consentivano la stipulazione del contratto; luogo e modalità della disponibilità, eventualmente garantita dal lavoratore, e del relativo preavviso di chiamata, che in ogni caso non poteva essere inferiore ad un giorno lavorativo; trattamento economico e normativo spettante al lavoratore; forme e modalità con le quali il datore di lavoro era legittimato a richiedere l'esecuzione della prestazione di lavoro, nonché modalità di rilevazione della prestazione; tempi e modalità di pagamento della retribuzione e dell'indennità di disponibilità; eventuali misure di sicurezza necessarie in relazione al tipo di attività. Si trattava di previsioni che dovevano poi essere rispettate recependo le eventuali indicazioni dei contratti collettivi.

Relativamente all'indennità di disponibilità – la cui disciplina trovava applicazione alla sola ipotesi di contratto con obbligo di risposta alla chiamata datoriale – val la pena ricordare che la sua misura doveva essere individuata dai contratti collettivi, vincolati però a rispettare la misura minima definita da un decreto ministeriale, da emanarsi una volta sentite le associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ([718]). La legge altresì stabiliva che sull'indennità di disponibilità i contributi venissero versati per il loro ammontare effettivo, anche in deroga alla normativa vigente in materia di minimale contributivo, che essa fosse esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo e che non spettasse nel caso di malattia o di altre cause che rendevano impossibile per il lavoratore la risposta alla chiamata (art. 36, co. 1-6, d.lgs. n. 276/2003) ([719]).

Gli aspetti più pregnanti di tutela riguardavano, in ogni caso, l'operatività del principio di non discriminazione (art. 38, d.lgs. n. 276/2003), il quale, riservato ai soli periodi lavorati, si traduceva nel diritto del lavoratore a chiamata a non ricevere un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole di quello spettante al lavoratore di pari livello a parità di mansioni svolte. Ed infatti, per i periodi durante i quali il lavoratore rimaneva a disposizione in attesa di rispondere alla chiamata del datore, ma non lavorava, non risultava titolare di alcun diritto di spettanza dei lavoratori subordinati, né maturava alcun trattamento economico e normativo, con la sola eccezione dell'indennità di disponibilità.

---

([718]) La misura mensile dell'indennità di disponibilità è stata fissata con il d.m. 10 marzo 2004 (la stessa data in cui il Ministero del lavoro ha emanato il decreto relativo alla misura dell'indennità di disponibilità nella somministrazione di lavoro a tempo indeterminato), che ha quantificato l'indennità nella misura del 20% della retribuzione prevista dal CCNL applicato, precisandosi che la retribuzione mensile da prendere a riferimento è costituita da minimo tabellare, indennità di contingenza, e.t.r., ratei di mensilità aggiuntivi, assumendosi come coefficiente divisore orario quello del CCNL applicato. I pochi contratti collettivi che hanno disciplinato il lavoro a chiamata ne hanno elevato la misura al 25% della retribuzione.

([719]) Sul trattamento contributivo delle somme corrisposte a titolo di indennità di disponibilità v. cir. Inps 13 marzo 2006, n. 41.

Relativamente all'ulteriore applicazione di altri istituti normativi tipici del lavoro subordinato, essi venivano erogati in proporzione alla prestazione di lavoro effettivamente eseguita: la legge si limitava ad indicare soltanto alcuni istituti normativi e previdenziali (quali ferie e trattamenti per malattia, infortunio sul lavoro, malattia professionale, maternità e congedi parentali), da intendersi estesi anche a quelli non menzionati, ma propri della disciplina del lavoro subordinato, in quanto compatibile ([720]).

## 9. Il Protocollo sul welfare e la normativa di attuazione: dall'abrogazione del lavoro modulato alla modulazione settoriale della riforma

Alla luce delle sintetiche osservazioni effettuate, appare evidente come l'elemento connotante (e fortemente criticato) della fattispecie introdotta dalla riforma Biagi potesse dirsi costituito dalla configurazione di un utilizzo del lavoratore in chiave talmente flessibile e variabile, da non consentire allo stesso di poter predeterminare né la collocazione e l'estensione temporale della prestazione di lavoro ([721]), né tanto meno l'alternanza tra periodi lavorati e periodi di attesa, con l'aggravante che alcuni istituti operavano entro rigide griglie definite dalla legge, che poco assecondavano la posizione del lavoratore e le sue esigenze personali ([722]).

Come per la somministrazione a tempo indeterminato, l'elemento più significativo è anche qui costituito dalla scarsa attenzione riservata al lavoro a chiamata da parte dell'autonomia collettiva([723]), che sarebbe dovuta intervenire ai fini dell'individuazione delle esigenze collegate allo svolgimento delle prestazioni di carattere discontinuo o intermittente (ai sensi dell'art. 34, co. 1, d.lgs. n. 276/2003, così come modificato dal d.lgs. n. 251/2004).

In proposito, piccola traccia della regolamentazione è dato riscontrare nei contratti collettivi siglati dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003 ([724]).

Il dato è degno di interesse sotto due profili: da un lato sta ad indicare la sostanziale assenza del

---

([720]) Come chiarito dalla cir. Min. lavoro n. 4/2005, *cit.*

([721]) Tra le numerose critiche v. A. PERULLI, *Il lavoro intermittente*, in ID. (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 133 ss.

([722]) Cfr. art. 35, co. 1, lettera *b*, d.lgs. n. 276/2003, il quale stabiliva che, in caso di disponibilità del lavoratore, il preavviso di chiamata non potesse essere inferiore a un giorno lavorativo, e art. 36, co. 6, d.lgs. n. 276/2003, sulle conseguenze (solo eventuali) di un ingiustificato rifiuto di rispondere alla chiamata (risoluzione del contratto, restituzione di una quota dell'indennità di disponibilità, congruo risarcimento del danno). In proposito, per una valutazione complessiva dell'istituto e della legalizzazione di una "disponibilità non garantita", v. F.M. PUTATURO DONATI, *Flessibilità oraria e lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2005, 111 ss.

([723]) Pertinenti ed efficaci i rilievi di R. VOZA, *I contratti ad orario "ridotto, modulato o flessibile" tra lavoro e disponibilità*, *op. cit.*, 355, che parla di «quasi totale anomia contrattuale» e di R. SANTUCCI, *Il lavoro intermittente: un modello contrattuale inutilizzato (e inutilizzabile) di lavoro iperflessibile*, in M. RUSCIANO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, 412, che parla «di un'indifferenza sociale per la fattispecie negoziale (…) che appare *voluta* nei confronti di una figura contrattuale assai squilibrata».

([724]) V. il CCNL della piccola e media industria alimentare del 6 maggio 2004 (che ha in particolare disciplinato le ipotesi di ricorso al lavoro intermittente, l'istituto della disponibilità e la fissazione dei periodi predeterminati per i quali l'indennità di disponibilità è corrisposta solo in caso di effettiva chiamata da parte dell'azienda), i CCNL dei settori industria e artigianato siglati il 4 marzo 2005 dalla Confederazione italiana Unionquadri, Conflavoratori-Confterziario, il CCNL Quadri imprese creditizie, finanziarie e strumentali del 12 febbraio 2005 e il CCNL per i dipendenti del centro elaborazione dati sottoscritto da UGL-Terziario e Assoced del 14 aprile 2005 (con la precisazione che alcuni di questi accordi sembrerebbero difettare del requisito della maggiore rappresentatività comparata richiesta dall'art. 34, co. 1, d.lgs. n. 276/2003). Per gli opportuni approfondimenti sulle concrete previsioni contrattuali si rinvia a R. SANTUCCI, *Il lavoro intermittente: un modello contrattuale inutilizzato (e inutilizzabile) di lavoro iperflessibile*, *op. cit.*, 410-412.

lavoro a chiamata nella gamma dei moduli contrattuali di lavoro flessibile, dall'altro l'eccessiva attenzione dedicata ad esso ([725]), ovvero la scarsa significatività, in termini di tutela dei lavoratori e di lotta alla precarietà, della misura legislativa volta a cancellare un lavoro già sostanzialmente inutilizzato ([726]).

Il Protocollo su previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili del 23 luglio 2007 prevedeva l'integrale abrogazione del lavoro a chiamata (Punto 4. Mercato del lavoro. Staff leasing e lavoro a chiamata), leggermente temperata dal coevo annuncio di un futuro tavolo di confronto con le parti sociali per esaminare ipotesi di part-time che rispondessero ad esigenze di attività di breve durata per lavoratori ed imprese.

La medesima volontà abrogatrice, e dunque la piena attuazione della misura contemplata dal Protocollo di luglio, era altresì contenuta in una delle prime versioni del relativo disegno di legge attuativo (d.d.l. n. 3178/AC), che dedicava al lavoro intermittente un'apposita norma, contenente l'abrogazione degli articoli da 33 a 40, d.lgs. n. 276/2003 (art. 13, d.d.l. n. 3178/AC). In proposito, prescindendo da una valutazione di carattere generale sull'opportunità o meno dell'abrogazione del lavoro a chiamata, va in ogni caso segnalata la coerenza tra Protocollo e prima versione del disegno di legge, ovvero la piena attuazione della misura così come individuata dal governo.

L'abrogazione del lavoro a chiamata risulta confermata anche nella versione definitivamente approvata dal Parlamento (art. 1, co. 45, l. n. 247/2007), seppur accompagnata dalla contemporanea previsione di un regime residuale di perdurante vigenza del lavoro a chiamata, limitatamente ai settori produttivi individuati dalla legge medesima (v. *infra*).

Come si avrà modo di illustrare, il lavoro a chiamata risente in parte dei medesimi problemi applicativi che si pongono con riferimento all'abolizione della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (art. 1, co. 46, l. n. 247/2007), riconducibili essenzialmente alla mancata predisposizione di un regime transitorio in grado di governare il passaggio dal vecchio al nuovo regime normativo, tanto più necessarie in considerazione delle differenti fonti di regolamentazione dell'istituto. Per esso possono poi considerarsi valide le medesime osservazioni critiche condotte con riferimento allo *staff leasing*, ovvero l'elevato tenore simbolico di alcune innovative previsioni contenute nella riforma Biagi, che hanno spesso ricevuto più un'attenzione critica che un reale contributo volto a definirne il concreto spazio nel mercato del lavoro, seppur secondario rispetto ad altre tipologie di lavoro modulato e decentrato.

Le incerte ragioni della riforma da ultimo varata sono ben testimoniate dalla configurazione della misura prescelta, consistente in un'abrogazione accompagnata da un salvataggio in determinati

---

([725]) P. BELLOCCHI, *Introduzione. Titolo V. Tipologie contrattuali a orario ridotto, modulato o flessibile*, *op. cit.*, 505, nel ricordare che proprio in materia di lavoro intermittente gli scritti degli interpreti sono di gran lunga superiori alle esperienze realizzate, evidenzia come il legislatore degli ultimi anni «abbia dato forma ai desideri più reconditi del datore di lavoro di utilizzare e retribuire i dipendenti solo quando servono, dei lavoratori di impadronirsi della gestione del proprio tempo, distaccandosi però dalla realtà».

([726]) Sul punto L. MENGHINI, *Protocollo del 23 luglio 2007 e lotta alla precarietà*, *op. cit.*, 966, per il quale è giusto eliminare un lavoro ultra precario e afferma che «questa forma di lavoro è così rara, come del resto anche la somministrazione a tempo indeterminato, che la sua abrogazione non muterebbe sostanzialmente la situazione complessiva»; della stessa opinione anche M. ROCCELLA, *L'autunno del mercato del lavoro*, *op. cit.* Per una rivisitazione dell'istituto, poco utilizzato e ricondotto ad «ad una flessibilità ai limiti dell'arbitrio», si era in particolare espresso L. MARIUCCI, *Dopo la flessibilità cosa? Riflessioni sulle politiche del lavoro*, in *RGL*, 2005, I, 521.

settori produttivi: gli unici in grado di tollerare un certo grado di lavoro precario oppure una conferma che il lavoro a chiamata sia un modulo di impiego particolarmente adatto per alcune prestazioni da svolgere in limitati ambiti?

## 10. Spigolature sull'immediato futuro: la dubbia sorte dei contratti a chiamata già stipulati

A differenza di quanto stabilito per la somministrazione a tempo indeterminato (per la quale la legge parla di abolizione: art. 1, co. 46), la legge di riforma dispone più l'abrogazione del lavoro a chiamata, non prefigurando alcun regime transitorio per i contratti di lavoro intermittente già stipulati e dunque in corso all'entrata in vigore della l. n. 247/2007 ([727]).

L'assenza di un regime transitorio, che sarebbe stato invece particolarmente opportuno, apre lo spazio a differenti interpretazioni della situazione venutasi a determinare con l'entrata in vigore della l. n. 247/2007, ovvero a far data dal 1° gennaio 2008, che oscillano tra la radicale caducazione dei contratti già stipulati e la loro salvaguardia sino alla scadenza o all'intervento di altra causa di risoluzione.

L'opzione interpretativa va innanzitutto effettuata distinguendo le due ipotesi del contratto di lavoro a chiamata a tempo determinato e del contratto di lavoro a chiamata a tempo indeterminato.

Con riferimento alla prima ipotesi, ovvero per i contratti stipulati a tempo determinato ai sensi dell'art. 33, co. 2, d.lgs. n. 276/2003, essi andrebbero ritenuti validi sino alla scadenza, anche se successiva alla data di entrata in vigore della legge, la quale non può che riguardare i soli contratti (e nei settori oggi ammessi) stipulati a partire dal 1° gennaio 2008. La scadenza del termine costituisce peraltro il momento finale di validità dei predetti contratti, che non potranno essere sottoposti né a proroga, né a rinnovo ai sensi del d.lgs. n. 368/2001 ([728]).

Maggiori perplessità operative sembrano destinate a sorgere con riferimento ai contratti di lavoro a chiamata a tempo indeterminato, destinati a rimanere in piedi *sine die*, non diversamente dai contratti di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, aboliti senza la previsione di un regime transitorio. Come opportunamente sostenuto ([729]), in questa ipotesi i contratti in corso dovrebbero proseguire sino all'intervento di una ordinaria causa di estinzione, quale il recesso unilaterale e la risoluzione per mutuo consenso ([730]), non potendo ritenersi che questi contratti

---

([727]) Per una differente tecnica normativa cfr. quanto disposto dall'art. 1, co. 43, l. n. 247/2007 in relazione ai contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della legge.

([728]) L'inapplicabilità della disciplina sul lavoro a termine di cui al d.lgs. n. 368/2001 era stata già dichiarata dal Ministero del lavoro (cir. 3 febbraio 2005, n. 4, *cit.*), sulla base del rilievo che esso, a differenza di quanto previsto per il contratto di inserimento, non è richiamato espressamente dal d.lgs. n. 276/2003.

([729]) In dottrina, R. LA COSTA, *Lavoro a chiamata rinviato ai (pochi) CCNL*, in *GLav.*, 2008, 2, 48 ss., il quale sottolinea che anche un'eventuale eliminazione del contratto di lavoro a chiamata dai contratti collettivi che lo hanno disciplinato, non avrà riflessi negativi né sul trattamento retributivo spettante, né sulle modalità di determinazione dell'indennità di disponibilità relativa ai periodi di inattività; G. SPOLVERATO, A. PIOVESANA, *Lavoro intermittente: abrogazione e conseguenze*, in *DPL*, 2008, 261 ss. Sulla medesima linea interpretativa la Fondazione Studi dei Consulenti del lavoro (cir. n. 1/2008, *cit.*), e, di recente, lo stesso Ministero del lavoro: cfr. cir. 25 marzo 2008, n. 7.

([730]) Interpretazione difforme e non condivisibile appare quella proposta da F.R. GRASSO, *Comma 45. Abrogazione dell'istituto del lavoro intermittente*, in M. PERSIANI, G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del* welfare, *op. cit.*, 138, per la quale i soggetti dei contratti

siano estinti a seguito dell'abrogazione disposta, dal momento che l'abrogazione di una norma, a meno che non venga espressamente previsto dalla legge, non può avere efficacia retroattiva (*ex tunc*), ma effetti soltanto per il futuro ([731]).

Ovviamente il richiamato percorso interpretativo è da riferire ai settori (tutti, tranne turismo e spettacolo), nei quali dal 1° gennaio 2008 è vietato fare ricorso al lavoro a chiamata, nei quali i contratti a chiamata in corso dovrebbero seguire l'andamento indicato.

Per i settori del turismo e dello spettacolo, invece, espressamente fatti salvi dalla l. n. 247/2007, i contratti a chiamata che si vanno a stipulare dopo il 1° gennaio 2008 sono validi ma vanno stipulati nell'osservanza del nuovo regime normativo, che prevede l'intervento della contrattazione collettiva (v. *infra*), altrimenti sono da considerarsi radicalmente nulli ([732]).

D'altra parte, l'assenza di un regime transitorio con la conseguente salvaguardia dei contratti a chiamata in corso, seppur in grado di consentire la prosecuzione dei rapporti di lavoro, sembra in fondo rivelare una delle ombre della riforma, ovvero l'inefficacia della misura varata in termini di lotta alla precarietà: ed infatti, proprio in riferimento ai contratti a chiamata a tempo indeterminato, si potrebbe avere una durata prolungata nel tempo di una «fattispecie lavorativa *sui generis*», così come è stato definito il lavoro a chiamata medesimo ([733]).

In proposito, sarebbe stato auspicabile non tanto un intervento ministeriale chiarificatore della sorte dei contratti di lavoro a chiamata in essere, quanto un vero e proprio intervento normativo per sopperire alla significativa e vistosa lacuna della l. n. 247/2007 e per la definizione di uno specifico regime transitorio (esigenza che il lavoro a chiamata condivide con la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, anch'essa priva di disposizioni transitorie e tuttora affidata ad interpretazioni non sempre univoche).

## 11. L'ambito residuale di applicabilità del lavoro a chiamata nella l. n. 247/2007

Contrariamente alle previsioni contenute in materia nel Protocollo sul welfare di luglio 2007 e alla versione originaria del disegno di legge finalizzato a dare attuazione al Protocollo medesimo, la l. n. 247/2007 affianca all'integrale abrogazione del lavoro a chiamata una misura di salvaguardia destinata ad operare nei soli settori del turismo e dello spettacolo, con la dichiarata finalità di contrastare il ricorso al lavoro irregolare o sommerso.

In verità la parziale sopravvivenza del lavoro a chiamata era già stata contemplata nel d.d.l. n. 3178/AC, nella versione risultante per effetto dell'emendamento approvato dalla Commissione

---

individuali dovrebbero regolare nuovamente i loro interessi scegliendo una delle tipologie ammesse oggi dalla legge. Conforme sembra anche P. RAUSEI, *Vigilanza e sistema sanzionatorio per i nuovi contratti riformati*, in *DPL*, 2008, 273, che ritiene l'eventuale contratto a chiamata già stipulato inefficace, perché sorto allorquando erano vigenti le norme del d.lgs. n. 276/2003 ora abrogate.

([731]) V. la già citata recente cir. Min. lavoro n. 7/2008, secondo la quale, proprio in assenza di una disciplina relativa alle situazioni pregresse, la sorte dei contratti, che non possono essere convertiti in altre fattispecie, né considerati inefficaci, va affrontata e risolta «alla luce dei principi generali (art. 11 disp. att. c.c.) secondo cui la legge non può avere effetto retroattivo ma "dispone solo per l'avvenire"; la norma abrogata quindi cessa di avere effetto per il futuro ma continua a disciplinare i fatti avvenuti sotto la sua vigenza». Sul punto v. pure G. VAVALA', G. CAPUTI, *Abrogazione del lavoro intermittente*, in *DPL*, 2008, 513, i quali si esprimono negativamente anche in merito ad un'eventuale conversione del contratto a chiamata in un ordinario contratto di lavoro, soprattutto in termini di contenzioso e di rischi di licenziamento di un lavoratore assunto per un utilizzo "intermittente".

([732]) L'indispensabilità dell'intervento dell'autonomia collettiva pure viene sottolineato dalla cir. Min. lavoro n. 7/2008, *cit.*

([733]) Cfr. in proposito cir. Min. lavoro n. 47/2005, *cit.*; nel senso indicato anche R. LA COSTA, *Lavoro a chiamata rinviato ai (pochi) CCNL*, *op. cit.*, 50.

lavoro della Camera dei Deputati in data 21 novembre 2007 (art. 15, d.d.l. n. 3178/AC – Tipologie specifiche di lavoro nei settori del turismo e dello spettacolo) e confermata nella successiva approvazione da parte della Camera dei Deputati in data 28 novembre 2007 del maxiemendamento n. 1100, che ha recepito soltanto parzialmente le modifiche apportate al d.d.l. in Commissione lavoro (art. 1, co. 47-50, d.d.l. n. 1903).

Al contempo, può altresì rilevarsi che la prevista possibilità che i contratti collettivi dei settori turismo e spettacolo introducano una disciplina sul lavoro a chiamata, può essere valutata come parzialmente coerente con il Protocollo di luglio, il quale, come già indicato, accanto alla completa abrogazione del lavoro a chiamata, rinviava ad un successivo incontro con le parti sociali la possibilità di esaminare ipotesi di part-time che rispondessero ad esigenze di attività di breve durata per lavoratori ed imprese.

Le disposizioni di interesse sono ora contenute nell'art. 1, co. 47-50, l. n. 247/2007, che affida la regolamentazione dell'istituto al già previsto *mix* di determinazione collettiva ed intervento ministeriale, seppur opportunamente modificato.

L'art. 1, co. 47, l. n. 247/2007 abilita, infatti, i contratti collettivi del settore del turismo e dello spettacolo, purché stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale, di prevedere specifici rapporti di lavoro per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo durante il fine settimana, nelle festività, nei periodi di vacanze scolastiche e per ulteriori casi, comprese le fattispecie già individuate ai sensi dell'art. 10, co. 3, d.lgs. n. 368/2001, allo scopo di contrastare il possibile ricorso a forme di lavoro irregolare o sommerso per sopperire ad esigenze di utilizzo di personale per far fronte alle predette prestazioni.

Si tratta con tutta evidenza di una fattispecie modellata sulla precedente disciplina del lavoro a chiamata, della quale la nuova regolamentazione, settorialmente riservata ai settori del turismo e dello spettacolo, ne ripropone la connotazione finalistica, ovvero la stipulazione dei relativi contratti di lavoro allo scopo di svolgere prestazioni di carattere discontinuo (e non più anche intermittente), da svolgersi unicamente durante il fine settimana, nelle festività, nei periodi di vacanze scolastiche ed in ulteriori casi, ivi comprese le ipotesi già previste dall'art. 10, co. 3, d.lgs. n. 368/2001 ([734]).

L'intervento dell'autonomia collettiva, per quanto non indicato dalla riforma, è da ritenersi limitato al livello nazionale di contrattazione ([735]), dovendo escludersi che anche un contratto collettivo di secondo livello (territoriale o aziendale) possa intervenire a disciplinare il lavoro a chiamata nei settori indicati, anche se stipulato dalle organizzazioni sindacali in possesso del requisito della

---

([734]) Si tratta di speciali servizi di durata non superiore a tre giorni per l'esecuzione dei quali è ammessa l'assunzione diretta di manodopera nei settori del turismo e dei pubblici esercizi, purché disciplinata dai contratti collettivi stipulati con i sindacati locali o nazionali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale (cd. lavoro extra o di surroga). Per C. TREVES, *La legislazione sul lavoro dopo il varo della legge sul welfare*, in *LG*, 2008, 129, il coordinamento tra lavoro a chiamata e lavoro extra è impraticabile, perché una fattispecie esclude l'altra.

([735]) Laddove l'art. 34, co. 1, d.lgs. n. 276/2003, come modificato dall'art. 10, d.lgs. n. 251/2004 rinviava ai contratti collettivi stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative non solo sul piano nazionale ma anche su quello territoriale.

rappresentatività comparata sul piano nazionale ([736]).

La *ratio* della deroga introdotta è da ricondurre alla volontà di salvaguardare una tipologia contrattuale che, proprio nei settori indicati, ha rivelato un certo tasso di utilizzo, ponendosi come alternativa credibile al lavoro nero ([737]). Affinché il nuovo e delimitato lavoro a chiamata possa essere utilizzato, è necessario che i contratti collettivi dei settori richiamati, limitatamente a quelli stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro maggiormente rappresentative a livello nazionale, provvedano a definire un'apposita disciplina.

La reale portata della disposizione è, dunque, rimessa all'autonomia collettiva, il cui intervento regolatore costituisce un'eventualità e non un obbligo, paventandosi sin d'ora il rischio che, stante l'avversione del sindacato e la precedente esperienza in materia di lavoro a chiamata di cui alla riforma Biagi, i contratti collettivi non intervengano affatto, lasciando di fatto operare unicamente l'abrogazione *in toto* dell'istituto (e realizzandosi in tal modo la misura così come originariamente introdotta dal Protocollo sul welfare del 23 luglio 2007).

Da questo punto di vista, andrebbe infatti ricordato che in particolare la contrattazione collettiva del settore turismo non ha sinora disciplinato il lavoro a chiamata, a causa di una marcata avversione manifestata dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori.

Indagini specifiche rivelerebbero al converso le potenzialità e le opportunità dell'istituto ([738]), con evidenti vantaggi sia in capo ai lavoratori, che potrebbero ottenere una maggiore tutela assistenziale ed una prospettiva di carriera, sia in capo alle imprese, che ricaverebbero un risparmio dei costi amministrativi connessi al lavoro extra. Il lavoro intermittente verrebbe inquadrato soprattutto come alternativa al cd. lavoro extra o di surroga, il quale, come visto, viene fatto espressamente salvo dalla l. n. 247/2007 ([739]).

## 12. Segue. La contrattazione collettiva dei settori turismo e spettacolo

Tornando alle disposizioni normative di recente varate, va precisato che ai contratti collettivi la legge affida in particolare il compito di disciplinare: *a)* le condizioni, i requisiti e le modalità dell'effettuazione della prestazione connesse ad esigenze oggettive e i suoi limiti massimi temporali; *b)*

---

([736]) A favore dell'abilitazione del solo livello nazionale di contrattazione, F.R. GRASSO, *Tipologie specifiche di lavoro nei settori del turismo e dello spettacolo*, in M. PERSIANI, G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del* welfare, *op. cit.*, 147; R. LA COSTA, *Lavoro a chiamata rinviato ai (pochi) CCNL*, *op. cit.*, 50.

([737]) Cfr. in proposito le opinioni favorevoli di Confindustria, Confcommercio e Confesercenti nel corso dell'indagine conoscitiva in Commissione lavoro su «Le cause e le dimensioni del precariato nel mondo del lavoro», svoltasi nei primi mesi del 2007, che sottolineano l'utilità dell'istituto sotto il duplice versante della lotta al lavoro non regolare e della conciliazione tra esigenze specifiche delle imprese e ragioni personali dei lavoratori medesimi.

([738]) Cfr. A.M. NUCARA, A.G. CANDIDO, *Come cambia il lavoro nel turismo. Le opportunità offerte dalla riforma Biagi e dal rinnovo del CCNL Turismo*, Ista, Roma, 2006, i quali osservano in particolare che il lavoro a chiamata costituirebbe «un'opportunità per il lavoratore, al quale si proporrebbe, in luogo di una successione di singoli ed episodici contratti extra, la possibilità di una parziale stabilizzazione del rapporto di lavoro, dalla quale deriverebbero una maggiore tutela assistenziale nonché la prospettiva di un percorso di carriera», non senza rimarcare «una convenienza operativa per l'impresa, oggi costretta a fare i conti con il notevole sovraccarico amministrativo che caratterizza la gestione del lavoro extra, che potrebbe essere di molto ridotto grazie al ricorso al nuovo istituto».

([739]) Il lavoro extra o di surroga è da tempo utilizzato dalle imprese del settore per fronteggiare le esigenze dovute all'instabilità della domanda di mercato e ai picchi di lavoro di brevissima durata, anche se frequentemente ripetuti nel tempo. La disciplina nel settore, ridefinita a livello generale dal d.lgs. n. 368/2001, è stata in seguito specificata dall'art. 87, CCNL turismo del 19 luglio 2003, che ne limita l'ambito di applicazione alle seguenti ipotesi: banquetting; meeting, convegni, fiere, congressi, manifestazioni, presenze di gruppi nonché eventi similari; attività di assistenza e ricevimento agli arrivi e alle partenze in porti, aeroporti, stazioni ed altri luoghi similari; ulteriori casi individuati dalla contrattazione integrativa, territoriale e/o aziendale.

il trattamento economico e normativo spettante ai lavoratori, che non deve essere in ogni caso inferiore a quello corrisposto ad altro lavoratore per le stesse mansioni, riproporzionato alla prestazione di lavoro effettivamente eseguita; *c)* la corresponsione di una specifica indennità di disponibilità in favore del lavoratore, qualora sia prevista una sua disponibilità a svolgere la prestazione in un definito arco temporale (art. 1, co. 48, l. n. 247/2007).

Per l'immediato futuro il lavoro a chiamata nei settori del turismo e dello spettacolo sembra destinato a ruotare intorno a due requisiti fondamentali: l'oggettività delle esigenze sottese alla sua stipulazione e la durata temporale massima, i quali, rispettivamente, vengono a qualificare il lavoro a chiamata rivisitato come tipologia ancorata a ragioni oggettive e ad una scadenza (laddove nel d.lgs. n. 276/2003 era previsto anche il contratto di lavoro a chiamata a tempo indeterminato).

Spetta invece al Ministero del lavoro procedere ad una verifica dello stato di attuazione della fattispecie, con particolare riferimento agli effetti in termini di contrasto del lavoro sommerso e di promozione del lavoro regolare nei settori interessati, da svolgersi insieme alle organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi una volta che siano decorsi due anni dall'emanazione delle disposizioni contrattuali in materia (art. 1, co. 50, l. n. 247/2007). Ugualmente di competenza ministeriale, mediante apposito decreto da emanarsi sentite le medesime organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori richiamate, è la definizione sia delle modalità per lo svolgimento in forma semplificata degli adempimenti amministrativi riguardanti l'instaurazione, la trasformazione e la cessazione dei rapporti di lavoro relativi a prestazioni discontinue ([740]), sia dei criteri e delle disposizioni specifiche volti a disciplinare i profili previdenziali dell'indennità di disponibilità eventualmente corrisposta (art. 1, co. 49, l. n. 247/2007).

Con ogni probabilità i contratti collettivi dovranno effettuare una ricognizione delle norme ora abrogate ma già utilizzate per definire i contorni applicativi del lavoro a chiamata, alcune delle quali invero auspicabili al fine di configurare una compiuta tutela dei lavoratori così impiegati (v. ad es. i divieti, i requisiti di forma del contratto, la piena operatività del principio di non discriminazione, l'osservanza delle misure di sicurezza necessarie per alcune attività o lo stesso computo del lavoratore intermittente nell'organico dell'impresa ([741]).

Un'ipotesi del genere potrebbe rivelarsi particolarmente opportuna proprio per quei settori che, pur affermando un particolare interesse a far ricorso al lavoro a chiamata, non hanno configurato alcuna disciplina collettiva. Non essendosi disposto alcun intervento sostitutivo ministeriale per sopperire ad eventuali inerzie dei contratti collettivi, è auspicabile che essi non perdano oggi l'occasione di sfruttare l'ampia delega rilasciata dal legislatore, per offrire una regolamentazione in grado di bilanciare l'inevitabile frammentarietà dell'esperienza lavorativa con le ineludibili istanze di protezione dei soggetti impiegati.

---

([740]) Sul punto v. la posizione fortemente critica di P. RAUSEI, *op. cit.*, 273, che ritiene la disposizione irrazionale e dissonante con le nuove comunicazioni obbligatorie unificate, previste dal decreto interministeriale 30 ottobre 2007, entrato in vigore l'11 gennaio 2008 e divenuto obbligatorio e sostitutivo di tutte le comunicazioni cartacee dal 1 marzo 2008.

([741]) Indicativa in tal senso la circostanza che anche nel recente rinnovo del CCNL turismo del 27 luglio 2007, alcuna menzione venga fatta relativamente al lavoro a chiamata e alla sorte annunciata dal Protocollo sul welfare. Laddove maggiore significato assume la notevole attenzione che esso riserva al contratto di apprendistato, individuato come percorso realmente formativo, e al lavoro part-time (con l'introduzione, dopo l'art. 72, CCNL 19 luglio 2003, di uno speciale contratto part-time week end, della durata di almeno 8 ore settimanali da rendersi nel fine settimana, riservato ai soli studenti).

Nei settori espressamente fatti salvi dalla l. n. 247/2007, non dovrebbero porsi particolari problemi per l'operatività del lavoro a chiamata sia in riferimento ai contratti in corso, sia per quelli che verranno stipulati a far data dal 1° gennaio 2008: i primi continueranno ad essere efficaci e nei loro confronti troveranno integrale applicazione le norme del d.lgs. n. 276/2003 e dei contratti collettivi già intervenuti; i secondi saranno disciplinati dalle previsioni normative di cui alla l. n. 247/2007 e dovranno attendere le specifiche determinazioni dell'autonomia collettiva affinché possano considerarsi pienamente operativi.

# La dignità nel rapporto di lavoro*

Rosa Casillo

1. Personalità morale del lavoratore e obbligazione del datore 220
2. Dall'autorità-libertà all'autorità-dignità 223
3. Dignità e diritti fondamentali: norme costituzionali e giurisprudenza della Corte 226
4. La dignità tra subordinazione e iniziativa economica 234
5. Se la dignità possa ammettere una potestà punitiva tra privati 238
6. Controllo occulto e a distanza: quando la dignità si confonde con la *privacy* 240
7. La dignità professionale e l'intreccio con quella umana. A proposito del *mobbing* 244
8. Discriminazioni e molestie: rapporto con la dignità umana e sociale 246
9. Violazione della dignità e tecniche di tutela. 249
10. Rimedio risarcitorio per equivalente 253

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 71/2008

## 1. Personalità morale del lavoratore e obbligazione del datore

È noto il ruolo determinante che, nella costruzione storica del diritto del lavoro, ha assunto il rilievo della «persona» del lavoratore. Rilievo che emerge per la contrapposizione tra autorità e libertà immanente nella struttura stessa del rapporto di lavoro, al cui interno vengono esercitati i poteri direttivo, di vigilanza e disciplinare del datore. Inoltre, alla subordinazione tecnica, così intesa, si affianca quella socio economica determinata dalla mancanza, presso il prestatore subordinato, di una propria organizzazione, con conseguente natura strettamente personale del lavoro[742].

Aspetti, questi, dai quali è scaturita l'esigenza di una disciplina che, pur nella riconduzione del rapporto allo schema dei contratti di scambio, si adeguasse a che l'oggetto del contratto si rinviene non in una *res* ma nelle energie lavorative che costituiscono tutt'uno con la persona del lavoratore[743]. Una disciplina perciò informata, oltre che alla realizzazione delle necessità materiali, alla tutela della personalità del lavoratore rispetto alla quale il regime di subordinazione si pone in un rapporto di inevitabile criticità e tensione.

Dall'impossibilità di scindere il lavoro dal soggetto che lo presta deriva infatti che l'obbligo di svolgimento di attività lavorativa comprime la pienezza della proiezione esterna delle inclinazioni e valori che identificano il lavoratore come persona, «anche nella comunità di lavoro, imprimendo di conflittualità il rapporto secondo cui si dispiega il confronto tra personalità e lavoro subordinato.

Ciò che, assunto come irrisolvibile, si riflette nello stesso schema giuridico che accoglie lo svolgimento del rapporto di lavoro. Secondo l'art. 2094 c.c. il perseguimento degli scopi dell'organizzazione datoriale, da una parte, legittima l'esercizio del potere direttivo (2104 c.c.) e disciplinare (2106 c.c.) del datore di lavoro e, dall'altra, determina il sorgere degli obblighi di diligenza (2104 c.c.) e fedeltà (2105 c.c.) del prestatore che incidono sulla pienezza della manifestazione dei suoi diritti fondamentali i quali subiscono, nel rapporto di subordinazione, «una condensazione del contenuto costituzionalmente tutelato»[744].

Nel contempo, la disciplina circoscrive le prerogative datoriali entro una rigida cornice di legittimità la quale, nel bilanciamento tra la tutela della personalità pretesa dal principio personalistico[745] e la libertà di iniziativa economica costituzionalizzata all'art. 41, comma 1, Cost., riflette il grado di compressione della personalità che l'ordinamento considera accettabile nel contesto della subordinazione.

---

[742] La sottolineatura dell'autorità-libertà come elemento in caratterizzazione del rapporto di lavoro in F. MAZZIOTTI, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, 1974, p. 77 ss.

[743] MENGONI, *L'enciclica* «Laborem exercens» *e la cultura industriale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1982, p. 598 ss.

[744] Così LAMAS, *Diritti fondamentali e contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 2, p. 443 ss. Peraltro, l'efficacia limitativa delle prerogative fondamentali del prestatore fa dell'azienda una formazione sociale *ex* art. 2 suscettibile di costituire ostacolo alla manifestazione della personalità. In proposito CRISAFULLI, *Individuo e società nella costituzione italiana*, in *Dir lav*, 1954, p. 76 ss.

[745] I diritti che hanno ad oggetto beni immateriali dell'uomo manifestazioni concrete della personalità sono qualificati, dalla Corte costituzionale proprio all'inizio della sua attività, come «patrimonio irretrattabile della persona umana» (Corte cost. 3 luglio 1956, n. 11. Le sentenze della Corte qui citate sono reperite dall'archivio accessibile dal sito www.cortecostituzionale.it) e la loro effettività è fine dell'ordinamento. La traduzione del principio personalistico nell'ordinamento in P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in ID., *La Persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 5 ss.

Per quegli aspetti che ne definiscono l'essenza irriducibile ed incomprimibile, la personalità del lavoratore è definitivamente sottratta all'ambito di esplicazione dei poteri datoriali con l'affermazione, nel contratto di lavoro, del principio civilistico di ordine pubblico secondo cui alcuna relazione obbligatoria può legittimare atti di disposizione del corpo del debitore o negazione dei suoi diritti personalissimi, la cui attrazione nella causa renderebbe illecito il contratto. Tale è la *ratio* dell'art. 2087 c.c.[746].

Se le esigenze della produzione legittimamente incidono sulle prerogative fondamentali immediatamente coinvolte nell'esecuzione della prestazione, in nessun caso possono incidere su integrità fisica, oramai intesa come integrità della persona nella sua interezza psico-fisica, e personalità morale del lavoratore. Non solo. Per entrambi i beni immateriali della persona è configurato, con dettaglio delle modalità di adempimento, non un semplice onere ma un obbligo di tutela e protezione a carico del datore di lavoro.

Prototipo del più generale dovere di correttezza nell'adempimento dei contratti[747] *ex* art. 1175 c.c., quella nascente dall'art. 2087 c.c. è obbligazione specificativa della correttezza nell'esecuzione della prestazione, a tutela della sfera giuridica della persona del lavoratore che col datore viene a contatto nell'esecuzione della sua obbligazione, allo stesso modo in cui l'obbligo di fedeltà *ex* art. 2105 c.c. preserva la sfera giuridica del datore ovvero la posizione dell'impresa sul mercato. Tuttavia, proprio perché positivamente individuata dal legislatore in funzione della caratterizzazione personalistica del contratto di lavoro, piuttosto che accessoria essa si accredita alla stregua dell'obbligazione principale[748]. Rientrando nella struttura del rapporto e modellando lo stesso sinallagma negoziale di cui all'art. 2094 c.c., l'obbligo condiziona l'adempimento del datore divenendone elemento comprimario e fonda il riconoscimento di una posizione soggettiva del lavoratore la quale, abbandonata la tesi dell'interesse legittimo e accolta quella del diritto soggettivo, trova soddisfazione attraverso i rimedi civilistici in caso di inadempimento[749].

I contenuti dell'obbligazione riflettono la qualificazione «preventiva» della tutela. Destinataria di protezione è infatti «l'integrità» della sfera fisica e morale della persona perciò da «preservare», assicurando un contesto produttivo e organizzativo e una modalità di gestione del rapporto che, alla luce delle risultanze dell'esperienza e della tecnica, non solo non dia luogo a nocumento ma ne elimini ogni prevedibile rischio.

Ne consegue un credito che pretende l'adempimento, da una parte, di obblighi di *non facere*, con riferimento ad atti che la salute e la personalità morale possano pregiudicare e, dall'altra, di obblighi di *facere*, nella misura in cui la tutela di quella integrità necessita di comportamenti attivi del datore, in specie di modifica all'ambiente lavorativo o di atti specifici di amministrazione del rapporto.

Entrambi i beni la cui intangibilità è attratta in definizione della posizione soggettiva passiva del datore sono, come detto, articolazioni della personalità umana, così come giuridicamente definita

---

[746] Cfr. MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, p. 317 ss., specie p. 322 s.

[747] MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 5 ss., spec. p. 17.

[748] MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, cit., p. 321; NAPOLI, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forme di tutela*, p. 58, in AA.VV., *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Atti del Convegno di Foggia del 14-15 novembre 2003, Milano, 2004, p. 49 ss.; GHERA, *Diritto del lavoro*, 14° ed., Bari 2003, p. 208.

[749] MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, 3° ed., Milano, 1989, p. 75.

dal costituente agli artt. 13 ss. Cost e nella norma generale di cui all'art. 2 Cost.

L'integrità fisica è chiaramente collegata al diritto alla salute *ex* art. 32 Cost. Diritto fondamentale sociale che non contiene esclusivamente la pretesa agli strumenti, formali e sostanziali, per la cura della salute pregiudicata, esprimendo altresì la pretesa agli strumenti, formali e sostanziali, atti a preservarne l'integrità, ove il bene tutelato ha riguardo all'interezza psico-fisica della persona. Diritto che, nella prospettiva del vincolo contrattuale di subordinazione, viene in rilievo nella sua configurazione di diritto sociale di libertà, libertà nei confronti di qualsiasi minaccia che all'integrità psico-fisica della persona può derivare dall'esterno[750], da cui la prevenzione quale obbligo del datore di lavoro.

Meno immediato è invece l'ancoraggio della «personalità morale» alle specificazioni con cui la norma fondamentale costruisce la personalità umana.

Nel percorso che ha segnato la risarcibilità del danno alla persona nel rapporto di lavoro, dopo una prima fase in cui la protezione della sfera non patrimoniale del lavoratore scontava l'incertezza della *Drittwirkung* (immediata o mediata) dei precetti costituzionali nel rapporto interprivato, la riflessione sulla spendibilità dell'art. 2087 c.c. ha indotto la giurisprudenza ad un ampio utilizzo del concetto di personalità morale, tuttavia in assenza di delimitazioni di contenuto. Sull'obbligo codicistico si è fondata la responsabilità del datore nei casi di demansionamento illegittimo, di *mobbing*, di molestie sessuali, di trasferimenti illegittimi, di licenziamenti ingiustificati o ingiuriosi, di discriminazioni ingiustificate, assumendo il bene immateriale della persona come riassuntivo di ogni diritto fondamentale, nella specie quelli di libertà. Ed infatti, la sua lesione è stata colta in ogni atto datoriale produttivo di alterazione negativa degli aspetti della persona esulanti dalla sua fisicità e costituzionalmente qualificati, in via espressa o inespressa, quali beni costitutivi della personalità: l'immagine, l'onore, la reputazione, la professionalità, la riservatezza, la libertà di pensiero, la libertà sessuale, religiosa, la salute psichica, ecc.

Ne è risultato un concetto di personalità morale ampio e generico, indifferenziato dal coacervo di diritti fondamentali la cui compressione pure è elemento connaturato alla struttura del rapporto di lavoro.

Il confronto tra subordinazione e personalità umana, con il portato di tensione giuridificata, sollecita viceversa la necessità di tenere ben radicato il concetto di personalità morale all'ambito degli aspetti qualificatori della personalità umana, attribuendole un significato più ristretto, quasi minimale, compatibile con la sanzione della sua intangibilità e protezione da parte del datore *ex* art. 2087 c.c. Significato che necessariamente abbraccia ogni articolazione della personalità – i diritti fondamentali - con la conseguenza che la sua tutela si dispiega in termini differenti in funzione del bene direttamente inciso dall'atto datoriale. Ma la prospettiva in cui qui viene in rilievo la personalità del lavoratore è meno ampia, e rimanda al suo limitato aspetto appunto «morale».

Non a caso la sanzione dell'obbligazione *ex* art. 2087 c.c., che nasce dalla consapevolezza dell'immanenza della persona nel rapporto di lavoro e dalla disuguaglianza sostanziale delle parti nella

---

[750] Secondo la ricostruzione di BALDASSARRE, *Diritti sociali* (voce), in *Enc. giur.*, XI, Bologna-Roma, 1989, p. 25 ss.

definizione del suo regolamento, è considerata come sintomatica di un mutamento della concezione giuridica della persona, che da semplice soggetto di diritto diviene un essere assiologico. Il concetto di «persona» emerge, nella valutazione legislativa, come radicato nel riconoscimento che la personalità non è mera soggettività ma è anche una struttura di valore[751].

Questa struttura di valore, che definisce l'aspetto squisitamente etico della personalità umana, è totalmente sottratta dalla relazione di scambio del contratto di lavoro e rispetto ad essa il potere datoriale non solo arretra ma si piega ad una istanza di tutela. Ed è questa struttura di valore della persona che, tre anni dopo la norma codicistica, il costituente, all'art. 41, comma 2, Cost., contrappone alla libertà di iniziativa economica con il carattere dell'assoluta inviolabilità, qualificandola come «dignità umana»[752].

Il valore costituzionale penetra il rapporto interprivato di subordinazione non per la via dell'obbligo di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c., il cui fondamento etico – che, come per le clausole operanti nella fase precostituiva e interpretativa del regolamento contrattuale (artt. 1337, 1366, 1375 c.c.), sintetizza il dovere dell'una parte di non arrecare danno, nel perseguimento dei propri interessi, alla persona oltre che ai beni dell'altro contraente - si specifica in contenuti obbligatori da rendere nella fase esecutiva del contratto come accessori *ex* art. 1374 c.c. mediante il parametro dei diritti fondamentali intesi come principi oggettivi[753]. L'istanza costituzionale di tutela è invece obbligo co-principale del datore per espressa mediazione legale *ex* art. 2087 c.c. tale che, come si avrà modo di chiarire, la razionalità che delimita l'estensione dei poteri del datore anche di gestione, espressa nel bilanciamento tra la libertà d'iniziativa economica privata e i valori della persona che lavora[754], è definita sulla base dell'assunzione della dignità umana come valore assoluto.

Non si tace il nodo problematico di questa prospettazione: la declinazione giuridica dell'aspetto etico della personalità, la definizione degli atti datoriali in sua violazione e, infine, le tecniche di tutela dell'integrità del bene nonché i rimedi cui accede il lavoratore violato nella sua dignità.

## 2. Dall'autorità-libertà all'autorità-dignità

Il rapporto di subordinazione è indubbiamente ambito privilegiato di mortificazione della dignità.

Colto dai giuristi come «irriducibile umano»[755], nelle ricostruzioni più recenti del sapere filosofico[756] la dignità è definita come la qualità ontologica che lega il soggetto alla famiglia umana e

---

751 MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, p. 1135, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1121 ss.

752 L'accostamento tra la personalità morale di cui all'art. 2087 c.c. e la dignità umana di cui all'art. 41, comma 2, Cost. già in SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, p. 345; NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, p. 3, in *Dir. lav*., 1956, I, p. 3 ss.; BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e come valore* costituzionale, Torino, 1987, p. 40; NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 64.

753 Sul rapporto tra clausole generali e Costituzione MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 1, p. 1 ss.

754 PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 1 ss.

755 PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, p. 56, in *Pol. dir.*, 2003, p. 45 ss.

756 Sulle quali, con riferimento anche al dibattito moderno, BECCHI, *Dignità umana*, in *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, a cura di POMARICI, Torino, 2007, p. 153 ss. V. inoltre, per la concettualizzazione squisitamente filosofica: D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Torino, 1993, p. 252 ss.; MATHIEU V., Privacy *e dignità dell'uomo. Una teoria della persona*, a cura di Sanchini, Torino, 2004; M. SELZ, *Il pudore*, Torino, 2005, p. 43; E. BLOCH, *Diritto naturale e dignità umana*, Trad. it. di Russo, Torino, 2005; Palazzani, *La dignità umana come problema filosofico giuridico*, in *Annali LUMSA 2005-2006*, a cura di IGNESTI., Torino, 2007, p. 339 ss.

che definisce i suoi appartenenti in un rapporto paritario. Espressa nella percezione della propria originalità costitutiva, di sé stessi come persona e non come animale o come entità materiale strumentale, la dignità dell'uomo si traduce nella libertà come autonomia nella determinazione dei propri fini. Cosicché le scelte in ordine alle forme e alle direzioni in cui si svolgono gli aspetti molteplici dell'intima vocazione dell'uomo sono autodefinite, non imposte direttamente o indirettamente da altri.

Se ne può dedurre che la mortificazione della dignità consegue a situazioni in cui si palesa la soggezione di un uomo ad un altro con privazione della libertà di autodeterminazione, ed è perpetrata quando l'uomo viene ridotto a strumento, ad oggetto, con detrimento dell'umanità che esso esprime.

Il rispetto della dignità si traduce nella valutazione negativa dell'esclusione, del misconoscimento, dell'umiliazione dell'uomo, esprimendosi nel rifiuto di qualsiasi iniziativa di degradazione che ponga il soggetto in condizioni di disparità rispetto ad un altro sotto il profilo della sua qualità di essere umano. L'istanza di tutela si manifesta perciò in tutte quelle situazioni in cui si svolge il dominio, simbolico o reale, di un soggetto, organizzazione o istituzione su di un altro soggetto che, per condizioni economiche o sociali, si pone rispetto ad esso in condizioni di soggezione[757].

Nella relazione di lavoro subordinato, per il carattere strutturale della soggezione, risulta connaturato il «germe della sopraffazione» e il rischio di pregiudizi alla dignità[758].

Sul piano della dipendenza tecnica, l'inscindibilità del lavoro dal soggetto che lo svolge rende la persona stessa compromessa nel vincolo di subordinazione, in una intimità tale da rendere sfumato il confine tra ciò che della personalità è dedotto nella prestazione e ciò che non lo è[759]. Sul piano della dipendenza gerarchica e del potere disciplinare, benché la sanzione disciplinare sia effetto dell'inadempimento - grave o lieve, produttivo o non produttivo di danno economico per il datore[760] - l'estraneità ad essa della funzione risarcitoria ed il suo carattere innegabilmente afflittivo e dissuasivo[761], che ne rende la valenza «collettiva», può colorare quel potere di un aspetto intimidatorio. Sullo sfondo vi è poi una forma di subordinazione ulteriore, quella socio-economica la quale, significata nell'alienità rispetto ai mezzi di produzione e al suo risultato, pone il lavoratore in posizione di dipendenza dal datore per il reperimento di mezzi di sostentamento, privandolo di una sostanziale autonomia in ordine al momento della stessa costituzione del rapporto[762].

---

[757] Diffusamente, PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, cit., in particolare p. 57.

[758] PEDRAZZOLI, *Lesione di beni alla persona e risarcibilità del danno nei rapporti di lavoro*, p. 285, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1995, p. 269 ss.; MAZZOTTA, *Danno alla persona nel rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta, alla giurisprudenza*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 399 ss., in particolare p. 442 e 450.

[759] Così GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, p. 313, in *Arg. dir. lav.* 1999, p. 309 ss.

[760] Sulla conseguente configurazione del potere disciplinare come rimedio atipico per la tutela dell'interesse creditorio del datore v. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol III, p. 325 ss., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2003.

[761] Sulla natura giuridica delle sanzioni disciplinari MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, Torino, 2006.

[762] SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *Arg dir. lav*., 2001, p. 296 s.; SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Napoli, 1979, p. 17 ss.

Il rapporto di lavoro subordinato è dunque un caso emblematico di moderno dominio di un soggetto su di un altro. «Dominio» che, pur nel limite dei contenuti delle prestazioni, debitoria e creditoria, che definiscono le obbligazioni corrispettive nascenti dal contratto, assume le sembianze dell'autorità di un privato, il datore di lavoro, su di un altro, il prestatore di lavoro. Autorità che si esprime nella forma dell'eterodirezione dell'attività lavorativa, elemento essenziale del rapporto in funzione dell'inserimento della prestazione nell'organizzazione datoriale, e nella forma dell'azione disciplinare, reazione all'inadempimento del prestatore e garanzia del regolare funzionamento dell'organizzazione.

I poteri del datore, concretando una supremazia che non è mera posizione di vantaggio del creditore ma si esprime nel «diritto» di formulare autonomamente comandi e di sanzionarne la mancata osservanza, costituiscono legittimazione giuridica di autorità privata per il perseguimento di un interesse privato[763], quello dell'iniziativa economica costituzionalizzata all'art. 41, comma 1, Cost., fonte massima della sua legittimazione nel contratto di lavoro[764]. E non essendo l'interesse del datore qualificato dal perseguimento di un interesse superiore, come quello che giustificava la supremazia speciale del datore di lavoro pubblico prima della privatizzazione, detta autorità, determinando l'aggravamento della posizione di una sola delle parti contrattuali per fini estranei al precetto di eguaglianza, contrasta con il principio di parità reciproca nei rapporti tra privati[765].

La sua giuridificazione, che conforta nell'idea dell'impossibile configurazione del rapporto di lavoro tra i contratti di diritto comune che sull'eguaglianza reciproca delle parti sono invece basati, non sfugge all'aperta frattura con il precetto desumibile dall'art. 3, comma 1, Cost. in funzione dell'essere, l'esercizio dei poteri in cui essa è manifesta, regolamentato in limitazione, anche per effetto della mediazione collettiva; limitazione che non elimina l'autorità né la sua legittimazione[766].

La frattura sembra comporsi solo se il principio di parità reciproca nei rapporti tra privati si declina, nel rapporto di lavoro subordinato, non come eguaglianza tra le parti nella possibilità formale e sostanziale di manifestazione di autonomia e, quindi, nel non assoggettamento dell'una parte al potere dell'altra; parità alla quale, per sua natura, il contratto di lavoro non può dare accoglimento. Il principio pare invece dover essere colto come direttiva di eguaglianza tra le parti nella (necessariamente diversa) autonomia-libertà che consente l'affermazione della propria dignità umana. Eguaglianza a cui strumentale è la garanzia giuridica che l'autorità del datore - la quale, unitamente alla subordinazione del lavoratore, costituisce elemento strutturale del contratto[767] - si dispieghi nel rispetto della dignità umana del soggetto che a quella autorità per contratto è sottoposto, *ex* art. 41, comma 2, Cost.

---

763 L'indagine sul fenomeno delle autorità private, di diritto e di fatto, in rapporto al principio di eguaglianza si deve C. M. BIANCA., *Le autorità private*, Napoli, 1977; per l'indagine sui poteri dell'imprenditore p. 28 ss.

764 Cfr. C. M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 31, il quale sostiene invece che la pretesa di collaborazione del prestatore, fondata dall'art. 41, comma 2, Cost, non può tradursi in un corrispondente potere autoritario.

765 Cfr. C. M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 3 ss.

766 Sostiene invece C. M. BIANCA, *Le autorità private*, cit. Escludendo, per esigenza di conformità costituzionale, il legale potere autoritativo presso l'imprenditore (p. 29 ss.), l'A. armonizza, con il principio di eguaglianza reciproca, l'autorità manifesta con il potere direttivo riconducendolo nei limiti dell'obbligazione assunta del prestatore (p. 32), e quella manifesta con il potere disciplinare subordinandone l'esercizio alla mediazione collettiva (p. 33). In proposito, v. le osservazioni critiche di MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, p. 11, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 9 ss.

767 M. BUONCRISTIANO, *I poteri del datore di lavoro*, p. 573 s., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1986, p. 570 ss.

In questa prospettiva, i termini in cui si pone e si risolve il dubbio sulla conformità della subordinazione alla direttiva costituzionale di eguaglianza reciproca si spostano dal binomio autorità-libertà al binomio autorità-dignità. L'ineluttabilità della compressione della libertà del prestatore, giuridificata sia come sottoposizione ad una volontà altra sia come limitazione dell'esplicazione della sua personalità, suggerisce che la legittimità delle manifestazioni autoritative del datore sia verificata in rapporto alla loro incidenza sulla dignità umana del prestatore di lavoro. Dignità la cui tutela, costituzionalizzata all'art. 41, comma 2, Cost., per effetto dell'art. 2087 c.c. entra a pieno titolo nella relazione contrattuale come obbligazione del datore di lavoro.

I contenuti di tale obbligazione, deputata ad affrancare dalla censura del precetto costituzionale di eguaglianza la legittimazione dell'alterato equilibrio tra le parti nel contratto, risultano invero avvolti da indeterminatezza ben difficile da dipanare.

La vaghezza concettuale nonché la difficoltà di traduzione empirica e di delimitazione giuridica della dignità umana ne rendendono problematica l'assunzione quale bene della persona, circoscritto in una sfera di interessi ad esso afferenti, destinatario di tutela costituzionale il quale, con la forza della norma primaria, possa orientare il potere legislativo e, per effetto della mediazione codicistica, penetrare il rapporto tra privati con potere conformativo ai fini della sua tutela[768].

Proprio l'ordinamento costituzionale, tuttavia, sembra imporre il superamento della concezione che vuole la dignità come «categoria nobile ed inefficace del moralista»[769] richiamando la necessità di assegnare ad essa una valenza positiva non solo come tecnica di controllo delle espressioni legislative, bensì anche come limite all'autonomia privata e, sul presupposto della forza espansiva dei principi codificati in costituzione, l'attribuzione ad essa, per il tramite dei limiti di cui all'art. 1322 c.c., un ruolo conformativo del potere privato anche nella sua manifestazione di autonomia contrattuale, soprattutto nelle situazioni in cui tale autonomia non è sostanzialmente paritaria. Limite che nella relazione di subordinazione trova, s'è detto, espresso veicolo nell'art. 2087 c.c.

## 3. Dignità e diritti fondamentali: norme costituzionali e giurisprudenza della Corte

Si dubita che nel nostro ordine costituzionale la dignità umana sia configurata alla stregua di solo «valore», come tale appartenente alla sfera metanormativa dell'etica e privo di qualsivoglia efficacia sul piano positivo. Può affermarsi, al contrario, che essa abbia un peso, una dimensione giuridica ben definita che ha radici nella sua assunzione quale «valore giuridico», dunque metapositivo, di natura «fondamentale»[770].

La dignità è certamente un valore, una entità ideale che nel comune sentire vale in positivo ed è

---

[768] Nel dibattito moderno sulla dignità, vi è un diffuso scetticismo sulla diretta efficacia giuridica della clausola di tutela. V. gli esiti dell'incontro dell'11 aprile 2003 alla Luiss, con relazione introduttiva di SCHEFOLD e interventi, tra gli altri, di AZZARITI, RIDOLA, ANZON, DI SALVO, NICCOLAI, in www.luiss.it/semcost/...

[769] PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, cit., p. 48.

[770] La distinzione tra valori metanormativi o metagiuridici, irrilevanti nell'ordine giuridico, e valori metapositivi, al contrario rilevanti nell'ambito giuridico poiché sottostanti alla normazione positiva, è chiarita da LONGO, *Valori, principi e costituzione: qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, p. 77 ss., in *Dir. soc.*, 2002, p. 75 ss.

destinataria di valutazione privilegiata in termini di tutela e protezione al di fuori della realtà giuridico-normativa[771]. È però una entità riconducibile tra quei valori che, pur appartenenti alla realtà metanormativa, penetrano nella realtà pregiuridica e si qualificano come valori giuridici fondamentali, o metapositivi, i quali attraverso il momento della positivizzazione per il tramite dei principi costituiscono elementi fondanti l'ordine giuridico di una collettività[772]. Da quei valori, che le vicende storiche imprimono nella coscienza consapevole di una comunità, scaturiscono i principi costituzionali supremi o assolutamente fondamentali[773].

Nel nostro ordinamento, l'ingresso della dignità umana avviene per la scelta dei costituenti nel 1948[774] allorché la negazione più estrema di quel valore, perpetrata dall'esperienza nazi-fascista, ne fece esplodere la rilevanza nella realtà pregiuridica[775] tale che la sua ricezione al livello normativo più alto apparve istanza irrinunciabile[776].

La pervasività del valore non è smentita dalla circostanza che esso trova nel testo costituzionale solo un riferimento diretto, all'art. 41, comma 2, e due riferimenti indiretti attraverso l'uso di aggettivi da essa derivati, uno esplicito all'art. 36 e l'altro implicito all'art. 27[777]. La sua marginalità è solo apparente[778]. Essendo un «valore», la dignità accede alla positivizzazione con veste giuridica del principio, precisamente di principio non espresso, implicito. Ne consegue che il suo rilevo in costituzione prescinde dalle menzioni testuali e, all'opposto, appare delle disposizioni costituzionali se fatte oggetto di una «lettura in filigrana»[779], di una operazione ermeneutica che, nel rispetto della peculiarità del testo da interpretare[780], sia condotta sulla base dell'assunzione della dignità stessa come valore giuridico.

Di tale operazione la Corte costituzionale, in forza del suo ruolo istituzionale di garante e rivelatore dei valori sottesi alla costituzione, va facendosi carico sin dall'inizio della sua attività.

---

771 Sul concetto di valore, definito (problematicamente) facendo leva sulla relazione tra «valore» e «valere» e sulla sua percezione «nella sensibilità soggettiva» v. OPOCHER, *Valore (filosofia)*, voce, in *Enc. del dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 111 ss., specie p. 114.

772 Le fasi che scandiscono la rilevanza dei valori nella realtà giuridica sono precisate, in una visione di stampo giusnaturalistico, da SPADARO, *Il problema del fondamento dei diritti fondamentali*, p. 456 nota 2, in *Dir. soc.*, 1991, p. 452 ss. Per la trasposizione dei valori sul piano positivo attraverso i principi, MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991.

773 MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 70 ss.; BASILE, «*Valori superiori*» *principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2201 ss.

774 Benché essa fosse un valore già esistente nell'ambito naturale e pregiuridico, tant'è che riferimenti diretti e indiretti ai diritti umani si ritrovano anche nello Statuto Albertino. In proposito v. LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Torino, 2001, p. 69 ss.

775 Ed infatti il valore si dimostra ancor più valido quando viene respinto. In proposito, OPOCHER E., *Valore (filosofia)*, voce cit., p. 116.

776 Peraltro, ciò è quanto accaduto in tutte quelle costituzioni che si sono formate in conseguenza di rotture politico-istituzionali o continuamente esposte a colpi autoritari. Ne dà conto ROLLA, *Il valore normativo del principio della dignità umana. Brevi considerazioni alla luce del costituzionalismo iberoamericano*, in *Dir. pub. comp. ed eur.*, 2003, p. 1870 ss., specie p. 1872.

777 Si esclude che tra le menzioni dirette ed esplicite rientri la «dignità sociale» *ex* art. 3, comma 1, Cost., la quale qualifica la posizione dell'individuo nei confronti del potere statale. Il suo riconoscimento paritario, che trova fondamento nella pari dignità umana, rende ciascuno destinatario di uguale «rilevanza» nei rapporti con lo stato e con gli altri soggetti di diritto, e perciò tributario di «pari» valutazione da parte del potere legislativo. V. le considerazioni, che pur non distinguono i due concetti, di FERRARA, *La pari dignità sociale. Appunti per una ricostruzione*, in *Studi in onore di Chiarelli G.*, Milano, 1974, specie p. 1091 e 1099 s.

778 Così RUGGIERI, SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, p. 345, in *Pol. dir.*, 1991, p. 343 ss.

779 L'espressione è di D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, p. 3071, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3065 ss.

780 Sulla quale MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi,* Milano, 1996, p. 115 ss.

Il pensiero della Corte dà risalto, anzitutto, alla dignità umana come valore. Con un orientamento che, fedele alle intenzioni espresse dall'Assemblea Costituente[781], non è mai mutato nel tempo, la dignità umana è qualificata come «valore di priorità assoluta e di carattere fondante nella scala di valori espressi dalla costituzione», come «valore fondamentale» «fine dell'ordinamento»; «valore costituzionale che permea di sè il diritto positivo»; «valore posto dalla costituzione alla base dei diritti della persona umana»[782], «valore supremo»[783].

Nello specifico delle disposizioni che definiscono lo *status socius* dell'uomo, la Corte ha puntualmente resa esplicita la dignità quale valore ad esse retrostante, pur identificandola talvolta con l'uso di sinonimi quali dignità della persona, dell'uomo, della figura umana, del soggetto.

L'art. 2 Cost. è norma dichiarata finalizzata alla protezione della dignità umana definita inviolabile, ed è intesa quale elemento intorno a cui si fonda l'ordinamento democratico[784]; mentre la stessa sanzione della pari dignità sociale di cui all'art. 3, comma 1, secondo la Corte trova nella tutela della dignità umana il suo presupposto[785].

La tutela della dignità è riconosciuta come diretto fondamento della disposizione che garantisce il diritto di azione in giudizio e l'inviolabilità del correlato diritto alla difesa, di cui all'art. 24, commi 1 e 2, Cost.[786], di quella sulla riparazione degli errori giudiziari (comma 4) e, in particolare, dell'istituto della revisione delle sentenze di condanna[787] oltre che del gratuito patrocinio (comma 3).

La dignità è vista altresì come valore retrostante le norme contenute negli artt. 19 e 21 Cost., che qualificano come fondamentali la libertà religiosa e la libertà di manifestazione del pensiero[788], nonchè fondamento diretto dell'art. 32 Cost., posto a tutela della salute nel suo nucleo essenziale e irrinunciabile[789].

Negli stessi termini diretti è posto il legame tra tutela della dignità e art. 38, commi 2 e 4, Cost. Gli inabili al lavoro e coloro che sono sprovvisti di mezzi necessari per vivere sono destinatari della solidarietà generale, nella forma di prestazioni assistenziali, mentre i lavoratori, al venir meno della fonte di guadagno, hanno diritto ai mezzi necessari alle esigenze di vita in quanto il costituente, assumendo come valore da tutelare la dignità umana, garantisce condizioni esistenziali compatibili con un'esistenza libera e dignitosa[790].

---

781 Le riporta analiticamente LILLO, *Diritti fondamentale e libertà della persona*, cit., 75 ss. L'indagine dell'A. ha ad oggetto la genesi dell'art. 2 Cost. la cui formulazione iniziale conteneva un riferimento espresso alla dignità umana come «principio sacro».

782 Gli incisi virgolettati in, rispettivamente: Corte cost. 19 dicembre 1991, n. 467; Corte cost. 10 dicembre 1987, n. 561; Corte cost. 24 maggio 1985, n. 161; Corte cost. 17 luglio 2000, n. 293; Corte cost. 5 febbraio 1992, n. 37.

783 Corte cost. 19 novembre 1991, n. 414; implicitamente Corte cost. 23 luglio 1991, n. 366.

784 Corte cost. 29 aprile 1999, n. 167; Corte cost. 8 ottobre 1996, n. 334.

785 Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26.

786 Corte cost. 22 ottobre 1999, n. 388; Corte cost. 4 dicembre 1998, n. 394; Corte cost. 5 febbraio 1992, n. 37.

787 Corte cost. 5 marzo 1969, n. 28.

788 Corte cost. 19 dicembre 1991, n. 467.

789 Tra le altre: Corte cost. 16 luglio 1999, n. 309; Corte cost. 20 novembre 2000, n. 509; Corte cost. 2 dicembre 2005, n. 432. Sul tema si tornerà più avanti.

790 Corte cost. 4 dicembre 2002, n. 506, che così giustifica il particolare regime di impignorabilità delle pensioni pubbliche; Corte cost. 5 novembre 1996, n. 382 in tema di indennità di accompagnamento.

Talvolta la dignità umana appare solo indirettamente quale valore sotteso al riconoscimento di un diritto fondamentale, nel senso che la sua tutela emerge a motivo delle cautele poste intorno alle limitazioni di fonte statale all'esercizio dei diritti medesimi: l'osservanza di queste garantisce che la compressione del diritto non si traduca in violazione della dignità, perciò fondamento della prerogativa della persona.

In ordine alla libertà personale sancita inviolabile all'art. 13 Cost., ad esempio, la subordinazione della misura di restrizione alla previsione legale (commi 1 e 2) è dalla Corte giustificata col fatto che essa è potenzialmente lesiva della dignità dell'uomo[791], la cui tutela è assunta a motivazione anche delle cautele normative imposte in ordine alle modalità di esecuzione delle perquisizioni ed ispezioni personali[792]. Può aggiungersi, seguendo il pensiero argomentativo della Corte, che la tutela della dignità è fonte della punibilità delle violenze fisiche e morali sulle persone soggette a regimi restrittivi (comma 4). La tutela della dignità è altresì ragione delle condizioni entro cui sono possibili le restrizioni della libertà e segretezza della corrispondenza di cui all'art. 15, comma 2, Cost.[793] e, poiché visualizzata come rispetto del potere assoluto della persona sulla sua sfera di intimità, l'istanza di tutela è valore sottostante alla inviolabilità del domicilio di cui all'art. 14 Cost., inteso come ambito in cui si svolge lo spazio vitale, e quindi intimo, dell'individuo.

Ancora in termini indiretti, l'istanza di tutela del bene fondamentale è sottesa alla previsione del presupposto legale alle misure restrittive per ragioni di sicurezza di cui all'art. 25, comma 3, Cost.[794] nonché al vincolo che presiede alla determinazione e all'esecuzione della pena di cui all'art. 27 Cost. Qui il riferimento alla dignità umana come valore da rispettare è esplicito pur se indiretto al comma 3, evidenziandosi nella coincidenza con il senso di umanità a cui le pene devono conformarsi[795]; ma è anche solo implicito, pur non meno evidente, nel divieto della pena di morte, di cui al comma 4.

La tutela della dignità è, infine, posta esplicitamente come limite all'interesse che muove l'azione pubblica nell'ambito della tutela della salute, all'art. 32, comma 2, Cost. secondo il quale l'imposizione legale di trattamenti sanitari, pur possibile a tutela della salute pubblica, sconta il vincolo del rispetto della persona umana[796].

L'interpretazione della Corte, invero, giunge sino a chiarire che la tutela della dignità è limite ai diritti e libertà fondamentali nell'aspetto dinamico del loro esercizio. E ciò esplicita con riferimento al diritto alla libera manifestazione del pensiero *ex* art. 21 Cost. e delle convinzioni religiose

---

791 Corte cost. 23 marzo 1966, n. 26.

792 Corte cost. 22 novembre 2000, n. 526.

793 Corte cost. 23 luglio 1991, n. 366.

794 Corte cost. 10 aprile 2001, n. 105.

795 Corte cost. 24 maggio 1996, n. 165; Corte cost. 19 novembre 1991, n. 414.

796 La quale, in tal caso, si connota come tutela della riservatezza: Corte cost. 2 maggio 1994, n. 218.

*ex* art. 19 Cost., definendo il limite del buon costume, al quale entrambe le libertà sono sottoposte, anche attraverso la tutela della dignità[797].

Al di fuori dei diritti fondamentali, poi, la tutela della dignità è, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost. espresso vincolo alla libertà di iniziativa economica privata rispetto alla quale il limite è costituito sicuramente dal rispetto della dignità altrui, ma anche della dignità propria del soggetto agente[798].

La compiuta ricognizione del dato costituzionale, così come rivelato dalla Corte, mostra che la tutela della dignità è substrato, origine e filosofia ispiratrice di tutte quelle norme che formalizzano diritti e libertà fondamentali, costituendo di essi la matrice e sintesi espressiva[799].

Il rapporto tra le prerogative della persona e la dignità umana è però definito anche dall'avere, la tutela della dignità, il ruolo di limite all'esercizio dei diritti e libertà fondamentali, ponendosi come condizionante l'autodeterminazione individuale in ordine all'espressione della personalità[800].

Inoltre, proprio perché limite all'autonomia privata nel godimento dei diritti fondamentali, la tutela della dignità si traduce in una limitazione dell'aspetto altresì negoziale di quella autonomia, anche nella manifestazione di autonomia contrattuale poiché questa, trovando fondamento nelle stesse norme che riconoscono quei diritti[801], sconta il medesimo limite a cui il loro esercizio è sottoposto.

Per il tramite della clausola della meritevolezza degli interessi di cui all'art. 1322, comma 1, c.c. – che giustifica la stipulazione di contratti non definiti come tipi – dei «limiti di legge» di cui al comma 2 della stessa norma nonché per il tramite della clausola dell'ordine pubblico e del buon costume di cui agli artt. 1343 e 1345 c.c. – i quali definiscono la liceità dell'oggetto e della causa del contratto – l'inviolabilità della dignità si configura quale parametro di controllo di costituzionalità delle scelte assunte dai privati nella regolamentazione dei propri interessi.

La dignità umana, la cui istanza di tutela non è suscettibile di bilanciamento, emerge pertanto come valore assoluto[802].

---

[797] Corte cost. 16 dicembre 1970, n. 191; Corte cost. 19 febbraio 1965, n. 9; Corte cost. 16 giugno 1964, n. 44; Corte cost. 17 settembre 2000, n. 293. Lo stesso più ampio concetto di «morale comune», al quale pure fanno riferimento le norme ordinarie di diretta derivazione dall'art. 21 Cost. (Disposizioni sulla stampa art. 15 l. n. 47/1948) rimanda nei suoi contenuti alla dignità umana: Corte cost. 5 aprile 2002, ord. n. 29.

[798] Corte cost. 26 gennaio 1957, n. 29; Corte cost. 23 aprile 1974, n. 111; Corte cost. 10 dicembre 1987, n. 479 alla quale si deve il rilievo della dignità del soggetto come limite alla sua stessa azione imprenditoriale.

[799] MENGONI, *L'enciclica* Laborem exercens, cit., p. 600; ID., *La tutela giuridica della vita materiale*, cit., p. 1136; BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, p. 599, in *Enc. del dir.*, XXI, Milano, 1974, p. 582 ss.; BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale,* cit., p. 11; SEGADO F.F., *La dignitè de la personne en tant che valeru supreme de l'ordre jiuridiche espagnol et en tant que sourse de tous les droits, p.* 468 ss., in *Revue francaise de droit costitutionnel*, 2006, p. 451 ss.; PROTO PISANI, *Diritto del lavoro, dignità della vita*, in *Foro it*., 2007, 1, p. 6 ss.

[800] E, può ritenersi, anche quando il suo svolgimento si traduce in atti che risultano lesivi non solo della dignità altrui ma della stessa dignità del soggetto che li pone in essere. Per questo interessante profilo, che non può trovare accoglimento nel limitato spazio di queste pagine, v. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentale e il limite della dignità*, in *Riv. dir. civ.* 2002, p. 801 ss.

[801] BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., p. 608; SERRANI, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 287 ss.; MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 1 s.

[802] Anche chi sostiene la ragionevolezza come criterio di bilanciamento tra valori costituzionali, e rifiuta l'assolutismo che si tramuta nella tirannia del valore teorizzata da Schmitt, conclude nel senso dell'esistenza di un valore che alla ragionevolezza del bilanciamento non soccombe e che è la dignità umana (LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, Atti del Seminario «*La ragionevolezza nella ricerca*

Si può ritenere che proprio la scelta di assegnare alla dignità umana un rilievo anche in contrapposizione ai diritti e libertà fondamentali, indirizzi nel ritenere che essa sia solo un aspetto della personalità. Quale ne sia la declinazione giuridica, il novero degli interessi e i beni individuali ad essa afferenti, è quesito per la cui soluzione il pensiero della Corte costituzionale si rivela, ancora, un insostituibile punto di riferimento.

In ripetute pronunce sull'art. 32 Cost., pur affermando che il diritto alla salute è - per quanto del godimento dei diritti ad esso strumentali dipende dalle prestazioni pubbliche nel nostro sistema di *welfare state*[803] - condizionato dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale, la Corte fa salva in ogni caso la garanzia di «un nucleo irriducibile del diritto (alla salute) protetto dalla costituzione come ambito inviolabile della dignità umana il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela che possano pregiudicare l'attuazione del diritto». In garanzia di questo nucleo essenziale la Corte giustifica le cure gratuite agli indigenti ed ai soggetti economicamente disagiati, ammette ai trattamenti sanitari gli stranieri, giudica illegittima la subordinazione, all'espletamento di una procedura autorizzatoria, del ristoro di spese sanitarie in strutture non convenzionate sostenute, anche se in via di urgenza, da soggetti che ad esse accederebbero in regime di gratuità presso strutture pubbliche[804].

Con riferimento a soggetti sottoposti a regime di restrizione di libertà personale *ex* art. 13 Cost., la Corte ha poi colto la protezione della dignità umana nella «tutela contro il disconoscimento delle posizioni soggettive fondamentali». Nello specifico della detenzione, che pur comporta per sua natura limitazione di diritti e libertà fondamentali, la Corte afferma che, in quanto sottoposta al vincolo del rispetto della dignità del detenuto *ex* art. 27 Cost., essa non può «mai annullare i diritti inviolabili riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost. che proprio quella dignità proteggono» e, perciò, non può tradursi in «condizioni incompatibili con il riconoscimento della soggettività dell'individuo ovvero della titolarità delle sue prerogative fondamentali»[805]. Anche nell'ordinamento militare, ove il rigore punitivo è imposto dalla rilevanza pubblica della funzione svolta dai suoi membri, l'applicazione di sanzioni che comportano restrizione della libertà personale deve,

---

*scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*», Roma, 2-4- ottobre 2004, p. 15.). Per la dignità come valore che non ammette bilanciamento: VIOLINI, OSTI, *Le linee di demarcazione della vita umana*, p. 191 ss., in *I diritti in azione*, a cura di CARTABIA, Bologna, 2007. Contro assolutezza di un valore affermando la necessità di bilanciamento, mediante ragionevolezza, nel caso di contrasto tra valori contrapposti, ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 167 ss.

[803] Qui si accoglie la ricostruzione di BALDASSARRE, *Diritti sociali,* voce cit., secondo il quale il diritto alla salute è anzitutto un diritto sociale di libertà, quindi diritto sociale non condizionato (p. 30) rispetto al cui godimento altri diritti, enucleabili dallo stesso art. 32 Cost., si pongono come strumentali. Tra di essi (diritto a trattamenti sanitari, libertà di sottoporsi a trattamenti sanitari, diritto a ricevere cure mediche) si inserisce il diritto degli indigenti a cure gratuite (co. 1) che è, a differenza degli altri, un diritto sociale condizionato, a prestazione positiva che assume la stessa veste del diritto all'assistenza che, per i lavoratori, è costituzionalizzato all'art. 38 (p. 26 s.). Tuttavia, come noto, nel nostro sistema di protezione sociale, l'assistenza sanitaria pubblica da una parte non è limitata ai lavoratori, dall'altra non è circoscritta agli indigenti; viceversa, ancorché sensibile alle condizioni economiche individuali, è assicurata a tutti i cittadini.

[804] Nell'ordine: Corte cost. 16 luglio 1999, n. 309; Corte cost. 12 dicembre 1990, n. 455; Corte cost. 20 maggio 1992, n. 247; Corte cost. 6 luglio 1994, n. 304; Corte cost. 23 maggio 1994, n. 218; Corte cost. 21 luglio 1995, n. 416; Corte cost. 2 dicembre 2005, n. 432; Corte cost. 20 novembre 2000, n. 509; Corte cost. 7 luglio 1998, n. 267.

[805] Con estrema chiarezza Corte cost. 26 del 11 febbraio 1999, secondo cui il riconoscimento della titolarità dei diritti si accompagnala potere di farli valere in sede giurisdizionale. Corte cost. 24 maggio 1996, n. 165, invece, contrappone la tutela della salute del detenuto alle prerogative della detenzione che ad essa soccombono. In Corte cost. 22 novembre 2000, n. 526 si parla di un residuo di libertà personale del detenuto da preservare, quale ambito che assicura la tutela della dignità, con requisiti procedurali propedeutici alle perquisizioni e ispezioni personali.

secondo la Corte, assicurare il godimento del «nucleo essenziale dei diritti costituenti il patrimonio inviolabile della persona umana»[806].

Nel legittimare l'obiezione di coscienza, la Corte ancora definisce la dignità come «il nucleo essenziale dei diritti e libertà fondamentali», il quale non sconta bilanciamenti con altri valori costituzionali – nella specie, il dovere di solidarietà connesso all'(*ex*)obbligo di leva di cui all'art. 52 Cost. – che non possono annullare la libertà di manifestare i propri convincimenti morali, filosofici e religiosi di cui agli artt. 19 e 21 Cost.[807].

A tutela della dignità, di cui la libertà di coscienza religiosa *ex* art. 19 Cost. costituisce un aspetto fondamentale, la Corte ha eliminato dalla formula del giuramento decisorio il riferimento alla religione cristiana, cogliendo la libertà costituzionale non solo nell'assenza di impedimento ma anche nell'assenza di costrizione[808].

Ancora, ed infine, in occasione del sindacato sulla legittimità delle restrizioni alla libertà e segretezza della corrispondenza di cui all'art. 15 Cost., la Corte ha precisato che l'esistenza e lo sviluppo dell'uomo in armonia con i postulati della dignità umana consegue al «pieno godimento del nucleo essenziale dei valori della personalità» ai quali il diritto *ex* art. 15 Cost. si ascrive. Ogni compressione del diritto è perciò sottoposta a condizioni procedurali di legittimità, sul presupposto della sua ineliminabile sussistenza presso il singolo[809].

Pur nella sinteticità dell'esposizione, appare senza equivoco che i giudizi a cui la Corte perviene suggeriscono che i contorni giuridici della dignità vadano circoscritti nel nucleo essenziale dei diritti fondamentali che concretano la personalità. I beni e gli interessi che afferiscono alla dignità umana sono si gli stessi che definiscono la personalità, ma nel loro contenuto ineliminabile, nella loro radice, nel profilo essenziale del godimento dei diritti che tali beni qualificano come fondamentali il quale, se compresso, determina l'annullamento in radice del diritto stesso. E, per usare le parole della Corte, determina «degradazione giuridica» equiparabile «(all') assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta l'*habeas corpus*»[810], «mortificazione (...) che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere»[811], abuso di uomini su altri che versano in condizione di soggezione[812], «umiliazione e sfruttamento di chi versa in uno stato di bisogno»[813].

Da queste pronunce e da quelle, prima richiamate, circa le singole prerogative fondamentali, risulta anche che la delimitazione del loro nucleo essenziale non attiene all'estensione del contenuto del diritto, ad una misura, minima ed ineliminabile, del suo godimento; viceversa ne prescinde, attraendo invece i profili della libertà, formale e sostanziale, del loro godimento[814].

---

[806] Corte cost. 5 febbraio 1992, n. 37; Corte cost. 4 dicembre 1998, n. 394.

[807] Corte cost. 19 dicembre 1991, n. 467.

[808] Corte cost. 8 ottobre 1996, n. 334.

[809] Corte cost. 23 luglio 1991, n. 366.

[810] Corte cost. 31 maggio 1995, n. 210.

[811] Corte cost. 10 aprile 2001, n. 105.

[812] Corte cost. 22 novembre 2000, n. 526.

[813] Corte cost. 30 dicembre 1958, n. 78; Corte cost. 28 novembre 1986, n. 248.

[814] Ci si riferisce ai concetti di libertà negativa e positiva nella loro concettualizzazione analitica, svincolati dal riferimento a precisi diritti fondamentali di libertà o anche sociali, così come messa in luce da BALDASSARRE, *Libertà. I) Problemi generali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1990, p. 7.

Nel suo nucleo ineliminabile, una prerogativa fondamentale sussiste se e poiché sussiste anzitutto la libertà negativa del suo esercizio, verificata con l'assenza di disconoscimento e negazione, da parte di altri privati o dello stato, della volontà individuale astrattamente tendente all'esercizio del diritto. La determinazione e l'azione altrui, in perseguimento di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento costituzionale, può anche porsi in limitazione del godimento della prerogativa fondamentale, ma non incide il diritto della personalità annullandolo in radice se non si dispiega come se la persona di quel diritto non fosse titolare, atteggiandosi invece sul presupposto della sua titolarità presso il singolo.

La possibilità-libertà di godimento deve però sussistere, affinché di un diritto esprima la titolarità effettiva, anche per il profilo sostanziale, come libertà positiva verificata nella disponibilità dei mezzi che consentono la scelta dell'azione volta al godimento del diritto medesimo. La titolarità del diritto è vanificata anche dall'assenza della possibilità materiale di esercitarlo, perché tale insussistenza nega, rendendone impossibile la manifestazione, la volontà verso il suo godimento in condizione di autonomia[815].

Non sembra dover essere parametrato su di un minimo di contenuto del diritto nemmeno il nucleo essenziale dei diritti sociali a prestazione quale, ad esempio, il diritto all'assistenza sanitaria gratuita.

La garanzia del nucleo essenziale del diritto alla salute richiede la certezza - oltre che del non disconoscimento altrui - della sussistenza delle condizioni di accesso alla fruizione di ogni prestazione necessaria alla tutela della salute. Anche quando il godimento del diritto ha per suo tramite la prerogativa assistenziale, la libertà positiva del suo godimento non è ancorata ad un intervento pubblico la cui determinazione quantitativa riflette l'individuazione di un numero di prestazioni più o meno ampio. La garanzia del nucleo essenziale del diritto fondamentale, si vuol dire, richiede la predisposizione dei mezzi atti ad assicurare al singolo la fruizione di tutte, e non solo di alcune, prestazioni necessarie alla cura, mediante una prestazione pubblica che integri l'apporto del privato o, anche, che lo sostituisca del tutto, come nel caso degli indigenti. In questa prospettiva, può aggiungersi, una eventuale restrizione di contenuto del diritto all'assistenza gratuita, legittimata da esigenze di finanza pubblica, non implica, proprio a tutela della dignità, la selezione tra prestazioni da assicurare, semmai la definizione dei limiti di reddito che giustificano l'erogazione di prestazioni in regime di gratuità.

Si afferma, allora, un bene giuridico dignità umana come nucleo essenziale dei diritti fondamentali circoscritto alla effettività della loro titolarità espressa nella possibilità-libertà del loro esercizio, nel duplice aspetto di libertà negativa - libertà di esercizio come assenza di negazione da parte

---

[815] Una lettura dei diritti fondamentali come compositi di profili di libertà positiva e negativa è consentita dalle osservazioni di BALDASSARRE, *Libertà*, cit., che delle due libertà afferma la combinazione come dimensioni entrambe costitutive di ogni diritto fondamentale, sia di libertà che sociale (p. 17 ss.). Ed in effetti, profili di libertà positiva sono verificabili anche per i diritti fondamentali di libertà (il cui esercizio, per definizione, necessita della garanzia del non impedimento da parte del potere esterno) ponendosi anche per essi la necessità di presupposti di fatto, garantiti attraverso l'intervento statale, alla possibilità di esercizio. Per converso, profili di libertà negativa sono presenti anche per i diritti fondamentali sociali a prestazione (quelli il cui esercizio è condizionato ad una prestazione positiva pubblica) oltre che per i diritti sociali c.d. di libertà, per i quale pure è rilevante, ai fini della effettività della loro titolarità, la garanzia del non impedimento altrui. I lineamenti di questa distinzione sono tracciati invece in BALDASSARRE, *Diritti sociali*, voce cit., p. 29 ss.

di un potere esterno - e libertà positiva - libertà di esercizio come sussistenza di autonomia materiale -. Con la conseguenza che la tutela della dignità si esprime come protezione a fronte di disconoscimento altrui dei diritti e libertà fondamentali e come garanzia della capacità di fatto, insussistenza di ostacoli concreti, al loro godimento[816].

Ne consegue che il rapporto tra dignità e personalità non è un rapporto di identità. La dignità non è identificabile con la personalità nella sua esplicazione piena e perciò nei diritti che ne sono la proiezione giuridica in tutta la loro potenzialità espressiva - la quale può essere limitata dal bilanciamento con altri valori -. Essa è bensì un aspetto della personalità, quello connesso al suo profilo statico ed è perciò un aspetto, quello essenziale, dei diritti che la rendono espressa e ne costituiscono articolazione, ovvero l'effettività della loro titolarità - la quale essenza, viceversa, non è suscettibile di bilanciamento -.

## 4. La dignità tra subordinazione e iniziativa economica

Quanto sino ad ora constatato circa la formalizzazione della «dignità umana» e l'istanza di tutela per essa espressa tra le righe del testo costituzionale è riferibile anche alla «dignità del lavoratore subordinato», coincidente con essa. La diversità può affermarsi invece tra dignità umana e dignità professionale.

Indicativa dell'insieme delle qualità attitudinali e delle caratteristiche deontologiche insite nelle competenze che definiscono l'attività esercitata, essa identifica il lavoratore come appartenente ad un determinato gruppo nell'ambito dell'organizzazione lavorativa. La dignità professionale è cioè una dignità di *status*, quello socialmente definito in base alla professionalità esplicata, non rileva se in forma subordinata o meno[817]. È una forma di dignità sociale, ed in ciò si distingue dalla dignità umana che è, invece, qualità che identifica il lavoratore come uomo[818]. Ciò conferma la stessa giurisprudenza costituzionale, che distingue tra dignità professionale (relativa) e dignità *tout cour* (assoluta) del lavoratore[819].

La distinzione permane, anche se sfumata, quando si affronta il tema della tutela della dignità del lavoratore, risultando questa compromessa anche nei casi di lesione alla professionalità e alla dignità di *status* che si esprime attraverso di essa. In effetti, come si chiarirà, la professionalità del lavoratore è tutelata nella forma di diritto fondamentale, desumibile dagli artt. 2 e 35, comma 2, Cost., tale che la lesione del suo nucleo essenziale, e la negazione di dignità professionale che ne consegue, costituisce mortificazione della dignità del lavoratore a tutela della quale il diritto alla

---

[816] Cfr. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., il quale del principio di dignità umana afferma il collegamento con la «libertà positiva» e la «libertà negativa» (pp. 6, 10-12).

[817] Con riferimento alla dignità di *status* professionale, possono richiamarsi: Corte cost. 7 ottobre 1999, n. 380 sulla dignità dell'ufficio di magistrato; Corte cost. 18 luglio 1997, n. 249 e Corte cost. 24 ottobre 1995, n. 447 con riferimento alla dignità di chi ricopre un ufficio pubblico; Corte cost. 5 febbraio 1995, n. 45, sulla dignità delle cariche militari; Corte cost. n. 24 gennaio 1991 n. 30, sulla dignità degli appartenenti all'ordine giudiziario; Cass. 23 luglio 2001, n. 10014, in *Mass. giur. civ.*, 2001, p. 1449, sulla dignità della professionale forense; Cass. 30 luglio 2001, n. 10396, in *ivi*, 2001, p. 1502, sulla dignità dell'ordine medico.

[818] Distinguono tra dignità umana o morale e dignità o immagine professionale del lavoratore subordinato, tra le più recenti: App. Genova, sez. lav., 15 aprile 2005, in *Lav. prev. oggi*, 2006, 3, p. 396; Trib. Roma 15 febbraio 2005, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1233; Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, p. 331; App. Milano 6 ottobre 2003, in *Orent. giur. lav*., 2003, I, p. 507; Cass. 15 febbraio 2003, n. 2328, in *Not. giur. lav.*, 2003, p. 438; Trib. Milano 22 dicembre 2001 in *Riv. crit. dir. lav*., 2002, p. 377; Trib. Roma 22 ottobre 1998, in *Lav giur*, 1999, p. 376.

[819] Corte cost. 9 marzo 1989, n. 103; Corte cost. 6 aprile 2004, n. 113.

professionalità è riconosciuto dalla norma primaria, oltre che garantito, con la limitazione allo *ius variandi* del datore, dall'art. 2103 c.c.

La rilevata unicità del concetto giuridico di dignità umana reca che l'istanza di tutela della dignità del lavoratore è il riflesso di quella che investe la persona a-contestualizzata secondo Costituzione.

E tuttavia, essa si trova espressa e specificata, nei termini del suo svolgimento, in via indiretta, all'art. 41, comma 2, e in via diretta, all'art. 36 Cost. Le due disposizioni, non evidenziando una concezione della dignità del lavoratore altra rispetto alla dignità della persona in sè, sottendono invece la sensibilità verso una maggiore esigenza di tutela dovuta alle maggiori insidie che, alla dignità, possono derivare nel contesto della subordinazione e che giustificano la specificazione, *ivi* contenuta, del rapporto tra dignità del lavoratore e interesse economico che muove l'agire datoriale.

L'art. 41 Cost., si può dire, circoscrive il principio generale di tutela della dignità umana all'ambito settoriale dell'iniziativa economica privata e all'ambito della subordinazione.

Al comma 1, l'attività economica svolta, professionalmente o in modo occasionale[820], al fine della produzione di ricchezza in senso lato e destinata al mercato, è elevata al rango di libertà[821], garantita e tutelata sia in ordine al momento genetico dell'iniziativa, sia in ordine alle scelte gestorie che ne concretizzano lo svolgimento[822]. Poiché, in tale ambito, l'autonomia privata può contrapporsi problematicamente, oltre che con la sicurezza e la libertà, con la dignità umana, ad essa ed in entrambi i momenti in cui si esprime, il costituente, al comma 2, oppone la tutela del valore fondamentale[823] il quale, secondo la Corte costituzionale, è compromesso dall'esercizio di attività moralmente riprovevoli, istiganti all'ozio o alla violenza, da attività che comportano umiliazione e sfruttamento dei lavoratori[824].

La disposizione del comma 1, oltre che riconoscimento dell'iniziativa economica privata come libertà, può ritenersi indiretto ancoraggio costituzionale dell'autonomia privata negoziale espressa nei rapporti economici legati al suo svolgimento. Più precisamente, fondamento dell'autonomia contrattuale esplicata nei rapporti giuridici che conseguono, e sono strumentali, allo svolgimento dell'attività *ivi* garantita come libertà[825]. Tra questi, per la rilevanza che riveste ai fini

---

820 GALGANO, *Sub. art. 41*, p. 3, in *Commentario alla costituzione*, a cura di SCIALOJA, BRANCA, Bologna, 1982, p. 1 ss.; MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 21.

821 Corte cost. 26 gennaio 1957, n. 29. In dottrina, con tesi minoritaria, ne sostiene la natura di diritto fondamentale della personalità MAZZONI, *Iniziativa economica privata*, in *Nuovo dig. disc. priv.*, App., IV, Torino, 1983, p. 270 ss.

822 Corte cost. 30 dicembre 1958, n. 78. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., p. 592 ss.

823 Corte cost. 23 aprile 1974, n. 111.

824 Rispettivamente: Corte cost. 9 luglio 1963, n. 125, Corte cost. 4 febbraio 1970, n. 12; Corte cost. 30 ottobre 1975, n. 273, Corte cost. 30 dicembre 1958, n. 78.

825 GALGANO, *Sub. art. 41*, cit., p. 4 s. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., p. 607 s., La tesi è sostenuta, con orientamento consolidato, dalla Corte costituzionale: Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268; Corte cost. 17 marzo 2000 n. 70; Corte cost. 21 marzo 1969, n. 37; Corte cost. 6 marzo 74, n. 53; Corte cost. 27 luglio 2001, ord. n. 319. Deve escludersi che l'art. 41 Cost. sia la garanzia costituzionale della una più generale libertà economica individuale quale potere privato nel perseguimento di interessi patrimoniali fuori dall'esercizio di una attività economica organizzata (così invece TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1991, p. 595; MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, p. 165) e che quindi affermi indirettamente la garanzia dell'autonomia negoziale privata (come

della stessa organizzazione dell'attività produttiva, si ascrive il rapporto di lavoro subordinato, perciò espressione della libertà di iniziativa economica privata del datore[826]. Nella costituzione e nello svolgimento del rapporto, pertanto, l'autonomia datoriale sconta il medesimo limite di tutela della dignità a cui soggiace, *ex* comma 2, l'iniziativa economica; limite che, nello specifico, si configura come tutela della dignità del prestatore di lavoro.

L'istanza di tutela complessivamente espressa dalla norma si configura pertanto alla stregua di vero e proprio principio costituzionale: espresso, nell'enunciato di cui l'art. 41, comma 2, Cost., e di carattere settoriale, in quanto destinato a caratterizzare lo specifico settore dell'ordinamento costituito dai rapporti di lavoro subordinato. Principio che contiene la relazione di bilanciamento tra i valori dignità e libertà economica che in tale ambito risultano contrapposti.

La composizione tra i valori nel senso indicato dalla disposizione esprime un contenuto in forza del quale la subordinazione, strumento di svolgimento dell'attività economica, non può porsi in contrasto con la dignità del prestatore. Nel conflitto tra esigenze economiche ad essa sottese - il raggiungimento dello scopo produttivo (l'attività economica libera) attraverso l'utilizzo di una prestazione lavorativa da inserire dell'organizzazione datoriale (il ricorso alla subordinazione) - e valore «dignità umana», il bilanciamento avviene sulla base della caratterizzazione della dignità del lavoratore come valore assoluto.

Ne consegue che il principio conforma l'istituto della subordinazione imponendo la tutela della dignità del lavoratore non solo nel momento dell'esecuzione del vincolo contrattuale ma anche fuori di esso.

Da una parte, poiché radicato nella prevalenza del valore dignità umana rispetto alla più generale iniziativa economica, con ciò investendo la stessa concezione del rapporto tipizzato all'art. 2094 c.c. che ad essa è strumentale, il principio reca l'esigenza che lo svolgimento del lavoro in regime di subordinazione non sia, per i riflessi che la condizione di dipendenza tecnica e socio economica può avere sull'effettività della titolarità dei diritti e delle libertà fondamentali, mortificante la dignitosità dell'esistenza della persona in ogni ambito in cui essa si svolge, ovvero nel momento dell'esecuzione dell'obbligazione lavorativa ma anche fuori dal tempo di lavoro e dallo svolgimento della relazione contrattuale.

Dall'altra parte, poiché all'autonomia negoziale del datore è posto il limite dell'intangibilità del

---

sostengono MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, cit., p. 2; ALPA, *Il contratto*, p. 560, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di BESSONE, Torino, 2003, p. 459 ss.) anche nel godimento di diritti fondamentali, quando espressa attraverso atti negoziali di contenuto economico. Una tale garanzia unitaria della libertà contrattuale *ex* art. 1322 c.c. deve ritenersi insussistente (Corte cost. 15 maggio 1990, n. 241; Corte cost. 11 febbraio 1988, n. 159; Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268) e deve porsi la distinzione, sulla base dello stesso disposto costituzionale, tra libertà contrattuale nell'esercizio della libertà di iniziativa economica organizzata e libertà contrattuale nell'esercizio dei diritti fondamentali, tra i quali non è compresa la libertà economica.

[826] Dal lato del prestatore, il rapporto di lavoro è espressione di autonomia privata nel godimento di un diritto fondamentale, autonomia che può esprimersi anche mediante un atto negoziale se a ciò strumentale. La stessa Corte costituzionale chiarisce che «l'art. 41 tutela l'autonomia negoziale come mezzo di esplicazione della libertà di iniziativa economica, la quale si esercita normalmente in forma di impresa. Chi stipula un contratto di lavoro subordinato con un imprenditore non assume, per parte sua, una iniziativa economica, bensì accetta di essere inserito nell'organizzazione produttiva costituita dall'iniziativa della controparte» (Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268) e, può aggiungersi, come scelta inerente all'esercizio del diritto fondamentale al lavoro.

bene fondamentale, la definizione dei caratteri qualitativi e quantitativi della prestazione attraverso l'esercizio delle prerogative direttive e disciplinari – pur legittimate dall'interesse costituzionalizzato come libertà in ordine all'efficacia limitativa sui diritti fondamentali del lavoratore - non può mortificare la sua dignità di uomo[827]. Con l'effetto che l'istanza di tutela viene in rilievo specificatamente nella fase di esecuzione della prestazione, dovendo la sua specificazione essere calibrata sulla necessità che il suo svolgimento non annulli in radice la personalità di colui che la compie.

Richiamando gli esiti della ricostruzione giuridica della dignità, prima compiuta, si può sostenere che essa soffre mortificazione se e quando dalle situazioni giuridiche attive e passive in cui si traducono, rispettivamente, il potere di eterodirezione e disciplinare del datore e la dipendenza tecnica e socio economica del lavoratore, scaturisce negazione e disconoscimento di diritti e libertà fondamentali del lavoratore e/o l'insussistenza delle condizioni materiali strumentali al loro esercizio.

Nel momento dell'adempimento della prestazione lavorativa – solo ambito in cui si concentra l'indagine che si svolge[828] – la mortificazione della dignità è, perciò, apprezzabile nella vanificazione della titolarità delle prerogative fondamentali per l'aspetto negativo della libertà del loro esercizio. Ed infatti, l'effetto di compromissione del nucleo essenziale dei diritti fondamentali risulta dall'atteggiarsi delle prerogative datoriali alla stregua di un potere privato esterno che ne disconosce la titolarità in capo al lavoratore, impedendone in radice la possibilità d' esercizio sotto il profilo formale.

La tutela della dignità emerge qui nella dimensione di limitazione dei poteri datoriali, della loro circoscrizione entro una cornice che lasci impregiudicata la radice dei diritti fondamentali su cui essi sono destinati ad incidere. Tale che l'intangibilità della libertà negativa d'esercizio dei diritti della personalità costituisce misura di legittimità dell'autonomia del datore, segnando il limite della compressione dei diritti fondamentali ammessa per le ragioni dell'esecuzione della prestazione[829].

Risulta così chiarita una prima direzione degli atti di amministrazione del rapporto conforme alla tutela della personalità morale di cui l'art. 2087 c.c. fa obbligo al datore di lavoro.

La dignità s'intende tutelata se le prerogative datoriali, con l'inevitabile portato di incidenza sui

---

827 Si chiarisce così che i diritti fondamentali del lavoratore scontano il bilanciamento con il valore, anch'esso di rango costituzionale, dell'iniziativa economica, in confronto con la quale, nell'evidenza della compenetrazione tra la persona e la prestazione lavorativa, essi subiscono compressioni (lo rileva criticamente ROMAGNOLI, *Art. 1, art. 2-3, art.8*, in *Statuto dei lavoratori. Commentario al codice civile*, a cura di Scaloja, Branca, Bologna-Roma, 1978, p. 1). Ciò sostiene anche, come già ricordato, LAMAS, *Diritti fondamentali e contratto di lavoro*, cit., p. 462, secondo il quale nel rapporto di lavoro i diritti fondamentali rilevano secondo un contenuto più ristretto rispetto a quello con cui sono accolti in costituzione e con il quale si pongono come limite al potere statale, tale che la loro limitazione da parte dei poteri datoriali non contrasta con il loro carattere di inviolabilità.

828 Quanto alle condizioni di vita, invece, il disconoscimento della dignità del lavoratore è effetto di uno sbilanciato rapporto tra tempo di lavoro e tempo sociale, anche sotto il profilo della prevedibilità e, soprattutto, di una retribuzione che, seppur proporzionata alla quantità e qualità del lavoro, è inidonea ad assicurare la sussistenza delle risorse materiali strumentali all'esercizio di ogni prerogativa della personalità nei tempi di sociali ulteriori a quelli di lavoro e a quelli liberati dal lavoro. In tal caso la dignità è in connessione con il valore strumentale del lavoro. In tema CASILLO, *Sulla difficile conciliabilità tra subordinazione e dignità*, in *Dir. merc. lav.* 2007, n. 4.

829 Rileva il nesso tra inadempimento nel rapporto di lavoro e lesione della dignità della persona Avio A., *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Milano, 2001, p. 3.

diritti fondamentali della persona, non si dispieghino come se di essi il lavoratore non fosse titolare ma, al contrario, siano calibrate sulla inviolabilità della loro titolarità, ponendosi non in loro negazione ma in loro sola compressione. Ciò significa che le ragioni dell'iniziativa economica, e della prestazione in base ad esse definita, devono essere modellate sulla certezza giuridica delle prerogative della personalità. Nella loro inviolabilità trova limite la restrizione all'esplicazione della personalità del lavoratore necessitata dallo scopo produttivo[830], facendo salva la sua personalità morale.

Ciò di cui chiare modalità applicative sono offerte dalla prima traduzione legislativa del principio di cui all'art. 41, comma 2, Cost: la l. n. 300/1970, legge a «tutela della dignità dei lavoratori nei luoghi di lavoro».

## 5. Se la dignità possa ammettere una potestà punitiva tra privati

Nell'esecuzione del vincolo contrattuale, sicuramente critico, in rapporto al rischio di mortificazione della dignità del lavoratore, è il momento dell'esercizio del potere disciplinare.

La prerogativa datoriale, già rilevata quale manifestazione del riconoscimento giuridico di un potere autoritario in capo al datore, è unanimemente qualificata come modalità atipica di tutela dell'interesse del datore all'inserimento della prestazione nell'organizzazione in funzione dello scopo cui essa tende[831]. Interesse alla cui soddisfazione soccorre una prestazione lavorativa che riflette, nei suoi contenuti e nelle modalità di esecuzione, la complessità richiesta dal raggiungimento dello scopo medesimo il quale, pertanto, conforma l'obbligazione assunta dal prestatore di lavoro. Interesse, deve ulteriormente precisarsi, la cui tutela a fronte dell'inadempimento di scarsa importanza, quello che *ex* art. 1455 c.c. non legittima la risoluzione del rapporto, non passa attraverso il tradizionale canale della tutela risarcitoria, sia per la mancanza o l'impossibilità di quantificazione del suo presupposto (il danno), sia perché la peculiarità dello stesso interesse che s'intende tutelare, a fronte dell'inadempimento, impone di dare alla reazione al medesimo una dimensione afflittiva e una valenza a fronte dell'intera comunità di lavoro[832].

La condizione determinata dallo svolgimento del potere disciplinare, nella quale il datore «giudica» il lavoratore e commina una vera e propria pena afflittiva, è tendenzialmente evocativa di una situazione di dominio di un uomo su di un altro. La circostanza che con suo atto unilaterale egli possa determinare conseguenze negative sulla sfera del prestatore, inevitabilmente, reca il rischio che, dall'ambito di determinazione della prestazione in funzione delle ragioni produttive, quel potere possa tracimare in dominio sulla persona, sanzionando comportamenti oggettivamente non riconducibili ad inadempimenti. Ciò che genera quella condizione di disparità tra le parti sotto il profilo della autodeterminazione che traduce la violazione della dignità umana.

Declinando in termini giuridici la descritta condizione di dominio, l'effetto in violazione della di-

---

[830] Le prerogative della personalità rientrano infatti tra gli interessi protetti dal contratto, pur se di carattere non patrimoniale. Lo sottolinea MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, in ID., *Diritto e valori, Saggi*, Bologna, 1985, p. 402.

[831] Per le problematiche sulla riconduzione del potere disciplinare al contratto di lavoro v. le diverse tesi di: VARDARO G., *Il potere disciplinare giuridificato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1986, p. 1 ss.; MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973; ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 472 ss.

[832] Su questi aspetti, riassume le diverse posizioni dottrinali DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2006.

gnità del prestatore emerge nella supremazia datoriale che si esplica oltre il momento della determinazione delle sanzioni, e si estende a quello della loro irrogazione. Nella fase del procedimento disciplinare, in cui il lavoratore è soggetto passivo di atti in limitazione della propria sfera giuridica, un potere autoritativo del datore implica annullamento libertà di autodeterminazione della persona, concretando il disconoscimento di ogni sua manifestazione di autonomia che, se giustificato nella fase della definizione del codice disciplinare, non lo è affatto nel momento della comminazione della sanzione.

L'incondizionata autonomia del datore, e l'irrilevanza di quella del lavoratore, è legittima ai soli fini della determinazione delle ipotesi di inadempimento e delle corrispondenti sanzioni, essendo queste il riflesso della valutazione circa le caratteristiche della prestazione, e dell'organizzazione produttiva, necessarie ai fini del raggiungimento dello scopo dell'iniziativa economica. Valutazione che è una scelta di gestione, e che la norma costituzionale *ex* art. 41, comma 1, Cost. – e statutaria *ex* art. 7, St. lav. – lascia appunto nella libertà, nell'autonomia, del datore[833], benché sia oramai invalsa la prassi della loro determinazione contrattata.

Lo svolgimento della scelta autoritaria, nella specie il momento dell'irrogazione della sanzione, è invece sottratto alla libertà incondizionata del datore e sottoposto al limite invalicabile della tutela dignità umana, *ex* art. 41, comma 2, Cost. Con l'effetto che all'autonomia del datore non è qui consentito esplicarsi come autorità, dovendo invece confrontarsi con la soggettività giuridica su cui essa è destinata ad incidere, la volontà del lavoratore, e non svolgersi nella considerazione di esso come mero destinatario della sanzione[834].

In questa prospettiva, nel procedimento disciplinare assume un preciso connotato di valore l'esercizio del diritto fondamentale alla difesa, quello stesso diritto *ex* art. 24 Cost. che la Corte costituzionale più volte indica posto a tutela della dignità del soggetto sottoposto qualsivoglia procedimento volto a sindacarne il comportamento[835]. È nella garanzia della sua effettività che riposa la tutela della dignità nel lavoratore destinatario di sanzione decisa dal datore. A ciò è finalizzato l'art. 7 St. lav.[836] laddove, ai commi 2, 5 e 6 stabilisce l'obbligatorietà, ai fini della comminazione di sanzioni, del momento del contraddittorio e ne definisce il procedimento[837], condizionando la validità della sanzione al preventivo momento di contestazione dell'addebito e alla possibilità di difesa[838].

---

833 Cfr. invece C. M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 35 ss.

834 V. CATAUDELLA, *La «dignità» del lavoratore (considerazioni sul titolo I° dello statuto dei lavoratori)*, p. 5, in *Dir. lav.*, 1973, p. 1 ss.

835 Corte cost. 22 ottobre 1999, n. 388; Corte cost. 4 dicembre 1998, n. 394; Corte cost. 5 febbraio 1992, n. 37.

836 La tesi è minoritaria. Nello stesso senso CATAUDELLA, *La «dignità» del lavoratore*, cit., p. 5; MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, in ID., *Diritto e valori. Saggi*, Bologna, 1985, p. 401.

837 Cass. 4 marzo 2006, n. 7848, in *Mass. giur. civ.*, 2006, 4; Cass. 29 marzo 2006, n. 7221, in *ivi*, 2006, 3; Cass. 9 febbraio 2006, n. 2851, in *ivi*, 2006, 2.

838 Chiaramente Corte cost. 1 giugno 1995, n. 220. Indirettamente invece Corte cost. 24 giugno 1992, n. 309; Corte cost. 25 luglio 1989, n. 427 riconduce il procedimento disciplinare a tutela della dignità del prestatore e perciò lo estende, in quanto alla sanzione espulsiva, ai dipendenti di imprese con meno di 16 dipendenti.

## 6. Controllo occulto e a distanza: quando la dignità si confonde con la *privacy*

Significativamente inciso dalle ragioni produttive è il diritto alla riservatezza, coinvolto principalmente dalle prerogative datoriali di controllo sullo svolgimento della prestazione e sul lavoratore.

Anche nella prospettiva della tutela della dignità resiste l'opinione secondo cui la verifica della correttezza dell'adempimento della prestazione non è in sè lesiva della dignità del lavoratore[839]. In essa non si ravvisa infatti una implicazione del diritto alla riservatezza, che emergerebbe qui nel suo significato d'origine quale diritto a protezione della sfera privata dall'altrui curiosità e dall'altrui interesse a conoscere[840].

Ciò si può sostenere in accoglimento della tesi che rileva come la comunanza di vita aziendale e le ragioni dell'interesse creditorio del datore stemperano l'esigenza di riserbo del lavoratore circa l'attività che svolge; essa, divenendo una manifestazione pubblica, cessa di essere privata e rientrante nell'area della riservatezza[841], almeno della riservatezza opponibile alla collettività di lavoro e al datore alla cui conoscenza la prestazione, per sua stessa natura, è esposta[842].

Diversamente accade quando il controllo avviene all'insaputa del lavoratore, dove l'apprezzamento giuridico della violazione della dignità richiama la concezione moderna della riservatezza, quella che la colloca come posta a presidio della libertà sia positiva e che negativa della persona per quella parte che esula dalla sua fisicità[843]. Precisamente, il controllo occulto realizza negazione dell'esigenza di protezione dall'ingerenza non autorizzata, inconsapevole nella propria vita, anche semplicemente lavorativa; esigenza che trasforma il diritto alla «riservatezza» in quello che oggi è comunemente definito come diritto alla «*privacy*»[844].

Il controllo occulto comporta per il lavoratore il divenire oggetto inconsapevole di osservazioni altrui, ed è opportunamente inibito, sia se esercitato da personale non identificabile come addetto alla sorveglianza, sia se effettuato in modo automatizzato in via intenzionale (artt. 3 e 4, comma 1, St. lav.).

Sulla base di questo stesso rilievo si può dubitare della validità dell'orientamento giurispruden-

---

[839] PERA, *Libertà e dignità dei lavoratori*, in *Noviss. dig. it.*, App., IV, Torino, 1982, p. 896 ss.; CATAUDELLA, *La «dignità» del lavoratore (considerazioni sul titolo I dello statuto dei lavoratori)*, cit., p. 6.

[840] Di creazione giurisprudenziale, il diritto alla riservatezza è stato originariamente inteso come avente un contenuto di protezione dall'altrui conoscenza di informazioni sulla propria sfera privata, definitivamente annoverato tra i diritti inviolabili dell'uomo da Corte cost. 5 aprile 1973, n. 38 (FIACCAVENTO, *Tutela della persona e «creazione giurisprudenziale» del diritto*, in *Giur. cost.*, 1992, II, p. 233 ss.). Sul nesso tra diritto e la tutela della dignità, esplicitato dalla Corte costituzionale nelle sentenze a suo luogo citate, v. Consiglio Stato, sez. IV, 10 novembre 1999, n. 1671, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 1821.

[841] CATAUDELLA, *Dignità e riservatezza del lavoratore (tutela della)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2000, p. 2 e 8.

[842] In una prospettiva generale, il nesso tra l'ambito coperto dalla riservatezza costituzionalmente garantita e la comunità sociale in cui il soggetto è inserito è chiarito da CATAUDELLA, *Riservatezza (diritto della)*, in *Enc. giur.* XXVII, Roma, 1989.

[843] Si accoglie qui la tesi che riconduce il diritto alla *privacy* all'art. 13 Cost., ove si coglie la libertà di autorealizzazione della persona come libertà di svolgere un rapporto libero e autonomo con la propria interiorità e con il proprio corpo. Libertà che investe non solo la sfera fisica, violata da ogni forma di costrizione fisica, ma anche l'integrità della propria sfera intima, privata e non sociale, violata da ogni forma di invadenza che ne erode il carattere della privatezza. V. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, p. 34 ss.; MODUGNO, *I «nuovi» diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 11 ss.

[844] V. il fondamentale studio di RESCIGNO, Privacy *e costruzione della vita privata. Ipotesi e prospettive*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 521 ss.

ziale che afferma la legittimità della modalità occulta nei controlli difensivi, anche se automatizzati[845].

La prevalenza della dignità del lavoratore sulle ragioni dell'iniziativa economica impone che la non negazione della *privacy* sia opposta altresì al controllo occulto richiesto dalle esigenze organizzative e produttive e dalla stessa sicurezza del lavoro.

La previa conoscenza del controllo deve essere, come difatti è a norma dell'art. 4, comma 2, St. lav., condizione per l'utilizzo di dispositivi automatici che, necessitati dalle ragioni aziendali e a ciò finalizzati in via immediata, anche solo incidentalmente consentono il controllo dell'attività lavorativa. Essi sono ammessi solo con autorizzazione delle rappresentanze sindacali aziendali[846], condizione che non è intesa come sostitutiva dell'abdicazione individuale al proprio diritto alla riservatezza - ipotesi improponibile, come subito si dirà - ma come condizione minima di conoscibilità del controllo occulto preterintenzionale, per il rispetto dell'intangibilità della *privacy* che da esso risulta limitata.

Il potere di controllo è terreno di scontro tra dignità e ragioni produttive anche quando, in una funzione preventiva rispetto alla tutela del patrimonio aziendale, ha ad oggetto la persona del prestatore.

L'incidenza della pratica delle perquisizioni sul bene fondamentale, quale è la dignità, è legata alla sua connessione con la libertà della persona rispetto alla sua sfera fisica, sancita inviolabile in funzione dell'impedimento della mortificazione alla dignità conseguente all'assoggettamento fisico all'altrui potere. Ogni forma di costrizione fisica imposta da una volontà esterna esprime il dominio di un soggetto su di un altro, anche quella determinata da esigenze di giustizia e di sicurezza pubblica (artt. 13, 25, 27 Cost.), per questo assoggettata a cautele procedurali affinché non si traduca nella pura ed incondizionata soggezione al dominio altrui. In questo modo, la limitazione della libertà personale non elimina in radice la titolarità del diritto fondamentale di libertà, bensì ne limita l'estensione lasciando salva la titolarità del diritto perciò assunto come ineliminabile presso in singolo, benché limitabile in presenza di rigorose fattispecie.

Alla stregua di questo rilievo, sembrerebbe possibile affermare che le ispezioni personali di cui all'art. 6 St. lav. siano conformi all'istanza di tutela della dignità, per i condizionamenti cui è sottoposto l'esercizio del potere di perquisizione, totalmente sottratto a determinazioni soggettive

---

[845] Per il controllo da parte di agenzie investigative v. Cass. 7 giugno 2003, n.9167, in *Mass. giur. civ.*, 2003, 6; Cass. 14 luglio 2001, n. 9576, *ivi*, 2001, p. 1395; Cass. 18 settembre 1995, n. 9836, in *ivi*, 1995, p. 1661; Cass. 3 novembre 2000, n. 14383, in *Not. giur. lav.*, 2001, p. 161; Cass. 5 maggio 2000, n. 5626, in *ivi*, 2000, p. 713; Trib. Rieti 4 febbraio 1999, in *Orient. giur. lav.*, 1999, I, p. 20; Cass. 18 febbraio 1997, n. 1455, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1083; Per il controllo automatico v. Trib. Campobasso, 23 gennaio 2003, in *Dir. lav.*, 2003, II, p. 333, con nota di A.A.; Trib. Milano 31 marzo 2004, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, p. 108 con nota di Cairo.

[846] Trib. Milano 9 maggio 2004, in *Riv. crit. dir. lav*., 2004, p. 648 con nota di Bordone; Cass., sez. pen. III, 22 ottobre 2002, n. 42217, in *Dir. prat. lav.*, 2002, p. 506; Cass. 17 giugno 2000, n. 8250, in *Orient. giur. lav.*, 2000, I, p. 613; Cass. 16 settembre 1997, n. 9211, in *Nuova giur. civ. comm*., 1998, I, p. 830.

del datore: indispensabilità, come assenza di misure alternative[847], al solo fine della tutela dell'integrità del patrimonio aziendale[848] nonché rispetto della sfera intima del lavoratore, con la statuizione che la perquisizione avvenga fuori dai locali di lavoro[849] e con modalità rispettose del riserbo anche nella sua manifestazione di intimità fisica[850].

Tuttavia, e benché la Corte costituzionale si sia pronunciata per l'infondatezza della questione, il rispetto dell'inviolabilità della libertà personale è smentito dall'impossibilità del lavoratore di sottrarsi al controllo perquisitivo[851].

Vero è che la norma statutaria non autorizza potere coercitivo fisico che obblighi alla perquisizione[852], ma è anche vero che il rifiuto integra gli estremi della responsabilità disciplinare[853] il che equivale a sancire l'obbligatorietà della perquisizione[854] o, quantomeno, l'assenza della necessità di un preventivo consenso del lavoratore sul presupposto, appunto, dell'insussistenza del suo diritto fondamentale alla libertà personale.

Si è sostenuto che l'illegittimità sussiste se la perquisizione è contrattata dal datore in via amministrativa (art. 6, comma 3), ma non può affermarsi quando segue ad una previsione collettiva (co.2), intendendosi in tale caso implicitamente assunto il consenso del lavoratore, per il tramite della r.s.a., tale che la possibilità di perquisizione entra nello stesso vincolo contrattuale[855]. È però facile osservare che, anche a fronte della oramai indubitabile disponibilità individuale dei diritti fondamentali, non è ipotizzabile una manifestazione di volontà delegata alla parte collettiva, dovendosi ritenere necessario un consenso, espresso, del titolare del diritto[856].

La *privacy* del lavoratore incontra, nell'esecuzione della prestazione, un forte potenziale di disconoscimento non solo nel suo contenuto positivo, come libertà da intrusioni esterne, ma anche nel suo aspetto negativo, come libertà di non esteriorizzare la propria individualità ideologica e

---

847 Trib. Forlì 15 maggio 1980, in *Foro it*., 1990, I, p. 2281.

848 Pret. Forlì 16 dicembre 1979, in *Giur. merito*, 1980, p. 520, con nota anonima; Pret. Forlì 13 novembre 1979, in *Riv. giur. lav.*, 1980, II, p. 124; Pret. Milano 20 marzo 1979, in Foro it, 1980, I, p. 850.

849 Cass. 29 ottobre 1999, n. 12197, in *Mass. giur. civ.*, 1999, p. 2171.

850 L'inferenza all'intimità fisica può conseguire anche ad «ispezioni semplicemente oculari tali da creare disagio e degradazione psicologica», così Cass. 19 novembre 1984, n. 5902, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, p. 259. Si esclude, ad esempio, lo spoglio degli indumenti: Trib. Forlì 15 maggio 1980, cit.; Trib. Forlì 10 dicembre 1979, cit.

851 La questione è stata sollevata non solo in ordine all'art. 41, comma 2, sul rilievo che l'interesse economico dell'imprenditore viene assunto prevalente sulla dignità del lavoratore, ma anche all'art. 2, sottolineando la negazione del riconoscimento del diritto inviolabile del lavoratore, e all'art. 13, per la parte in cui essa prevede che ogni forma di restrizione personale, tra cui anche la perquisizione, possa avvenire solo a seguito di provvedimento motivato del magistrato. Corte cost. 25 giugno 1980, n. 99.

852 Corte cost. 25 giugno 1980, n. 99; D'HARMANT FRANCOIS, *I diritti fondamentali nello statuto dei lavoratori*, p. 391, in *Dir. lav*., 1973, I, p. 369; CATAUDELLA, *Dignità e riservatezza*, cit., p. 6.

853 Pur se solo nell'ipotesi in cui la perquisizione non sia stata disposta nel rispetto delle regole procedurali previste dall'art. 6. Così CATAUDELLA, *Dignità e riservatezza*, cit., p. 7. Cass. 19 novembre 1984, n. 5902, in *Giur. civ.*, 1985, I, p. 320, ha considerato possibile che le parti collettive in sede di accordo possano escludere la responsabilità disciplinare del lavoratore.

854 La perquisizione rimane comunque un atto di coercizione, al pari di quello che, ai sensi dell'art. 13 Cost., è possibile solo all'autorità pubblica. In ciò ROMAGNOLI, *Sub. art. 6*, cit., p. 33, ravvisa il punto «tecnicamente più debole della previsione legislativa: l'avere accordato ad un soggetto privato un potere esercitabile esclusivamente dallo stato».

855 V. i rilievi di PERA, *Libertà e dignità dei lavoratori*, cit., p. 901 s., sui quali le osservazioni di D'HARMANT FRANCOIS, *I diritti individuali fondamentali*, cit., p. 391.

856 Conferma la giurisprudenza pur non recente: Pret. Milano 20 marzo 1979, in *Orient. giur. lav.*, 1979, p. 500 ss.

intimità di vita.

Profilo, questo, coinvolto dall'interesse datoriale alla conoscenza della sfera privata del lavoratore quando influente sull'esecuzione della prestazione; interesse legittimato all'art. 8 St. lav. che consente le indagini, e sui fatti e sulle opinioni, nei limiti in cui sono strumentali alla valutazione dell'attitudine professionale[857]. Unica condizione che, a fronte delle ragioni della produzione, lascia indenne la sussistenza del diritto fondamentale: in tali casi, s'è detto prima, l'individualità del lavoratore non può ritenersi rientrante nell'area delle manifestazioni della personalità coperte dal contenuto del diritto alla *privacy*.

Il giudizio sulla insensibilità del bene fondamentale dignità a questo tipo di indagini riflette il loro contenuto, il quale si allarga o si restringe, e con esso gli effetti sul diritto alla riservatezza, in funzione del significato che si attribuisce all'attitudine professionale per la cui valutazione le indagini sono legittimate.

Il contrasto con la dignità non sussiste se essa è intesa nel senso, restrittivo, di valutazione della capacità di attendere ai contenuti professionali richiesti dalla prestazione[858], il solo significato che, nella logica di scambio del rapporto, rende legittimo l'interesse datoriale sotteso all'indagine[859]. Alla valutazione possono infatti rilevare sia informazioni sugli orientamenti ideologici del prestatore, le quali invero appaiono necessitate, e solo per alcune mansioni, esclusivamente nelle imprese di tendenza[860], sia indagini sullo stile di vita genericamente inteso del lavoratore, rispetto alle quali l'interesse alla conoscenza è in ogni caso da valutare alla stregua dei contenuti specifici della prestazione[861].

All'opposto, la necessaria inerenza ai contenuti professionali della prestazione preserva dalle intrusioni del datore la vita privata nell'aspetto legato alle peculiarità caratteriali del soggetto espresse dalla sua condizione familiare, dalle relazioni sentimentali e sociali[862]. Tali aspetti non paiono in alcun modo incidenti sull'attitudine professionale nel senso inteso. Sono forse incidenti

---

[857] Si accoglie la tesi di chi non ravvisa, nel disposto normativo, una frattura tra opinioni e fatti di vita come oggetto di indagini lecite, ritenendole entrambe in linea di principio escluse ma entrambe, in via eccezionale, possibili solo laddove da esse si traggono elementi indispensabili alla valutazione delle potenzialità dell'esatto adempimento della prestazione lavorativa, nel senso e nei contenuti di cui appresso. Per questa tesi v. CATAUDELLA, *Dignità e riservatezza*, cit., p. 9; LEO, *La fattispecie a tutela della libertà e dignità del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 1991, p. 679 ss., specie p. 728.

[858] Diversamente, per la considerazione dell'attitudine professionale come «capacità professionale in senso ampio, tale da abbracciare l'idoneità del lavoratore ad adempiere tutti gli obblighi nascenti dal contratto di lavoro e dal suo inserimento nell'organizzazione dell'impresa» CATAUDELLA, *Dignità e riservatezza*, cit., p. 10. La definizione qui proposta è chiaramente espressa dalla giurisprudenza più recente, secondo la quale essa è «attitudine professionale al lavoro, da intendersi come obiettiva capacità, intellettiva o manuale, di svolgere un'attività lavorativa»: Consiglio di Stato, sez. IV, 10 novembre 1999, n. 1671, in *Foro it.*, 2000, III, p. 406 ss.

[859] Per un dubbio sulla conformità costituzionale della normativa, sotto l'aspetto degli interessi protetti, v. LEO, *La fattispecie a tutela della dignità*, cit., p. 728, nt. n. 243.

[860] Sul punto v. PERA, *Libertà e dignità dei lavoratori*, cit., p. 904 s.

[861] Se può giustificarsi, ad esempio, una raccolta di informazioni in ordine alla condotta penale del soggetto con riferimento al compimento di reati che depongono nel senso di una scarsa idoneità a svolgere la mansione assegnata, non si giustifica, per la verifica dell'attitudine a svolgere la medesima mansione, una indagine su tutti i precedenti penali del soggetto. Per una ampia casistica sull'oggetto delle indagini vietate v. LEO, *La fattispecie*, cit., p. 733 ss. In giurisprudenza recente v. Pret. Pisa 30 marzo 1999, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 80, nota di ALBI; Pret. Pisa 21 ottobre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2060; Cass. 19 febbraio 1988, n. 1762, in *Giur. it.*, 1989, I, p. 1202 ss.

[862] La giurisprudenza infatti esclude la legittimità di indagini a ciò finalizzate: Consiglio di Stato, sez. IV, 10 novembre 1999, n. 1671, in *Foro it.*, 2000, III, p. 406 ss.; Pret. Milano 16 gennaio 1996, in *Orient. giur. lav.*, 1996, p. 389 ss.

sul rendimento del lavoratore, e perciò rilevanti ai fini della valutazione della potenzialità ad adempiere agli obblighi accessori derivanti dal contratto, valutazione che in ogni caso è esclusa dalla *ratio* della disposizione[863].

## 7. La dignità professionale e l'intreccio con quella umana. A proposito del *mobbing*

Nello svolgimento del rapporto di subordinazione, la tutela della dignità emerge anche in rapporto alla professionalità del lavoratore. È oramai pacifico[864] che nel collegamento tra personalità e lavoro, la professionalità risulta veicolo di estrinsecazione della personalità individuale ed è perciò protetta, come sua componente essenziale, con la veste di diritto fondamentale desumibile dal collegamento tra gli artt. 2 e 35, comma 2, Cost.[865]. Il lavoro è, per colui che lo presta, fonte di sostentamento ma anche mezzo di esplicazione della personalità, espressa «attraverso» il lavoro se e nella misura in cui esso è veicolo di rivelazione della professionalità.

Il bene immateriale della persona, che si concreta nella sfera giuridica individuale nel contesto dello svolgimento di attività lavorativa, subordinata o autonoma, è circoscrivibile nel complesso di quelle attitudini, abilità e competenze necessarie allo svolgimento dell'attività, le quali trovano accrescimento nella maturazione e nell'esperienza conseguenti al costante esercizio dell'attività medesima[866]. Ed è, la professionalità, caratterizzante la personalità del lavoratore indipendentemente dal contenuto intrinseco, più o meno qualificato, dell'attività esercitata[867]. Essa, s'è detto, è espressiva della dignità di *status* professionale, dignità che identifica il lavoratore nella comunità sociale in cui è inserito.

Nel rapporto di subordinazione la professionalità, nella sua dimensione di base, costituisce il patrimonio che il soggetto apporta come termine dello scambio con la retribuzione: resa «disponibile» al datore, ai sensi dell'art. 36, comma 1, Cost., prima parte, deve essere remunerata con un compenso proporzionato. È tuttavia un bagaglio che, per sua natura, pretende trasformazione in senso evolutivo, in risposta tanto all'istanza di espressione della personalità del lavoratore quanto al soddisfacimento dell'interesse dello stesso datore[868].

Il disconoscimento del diritto che sancisce l'inerenza del bene professionalità alla persona assume, nel contesto della subordinazione, la veste dello *ius variandi* indirizzato alla negazione della posizione giuridica che ne è diretta espressione nel contratto di lavoro: il «diritto di lavorare» o

---

863 Romagnoli, *Sub art. 8*, cit., p. 146 nt. n. 6 e p. 147; in giurisprudenza v. Pret. Milano 12 luglio 1988, in *Not. giur. lav.*, 1989, p. 23.

864 Se non in dottrina almeno in giurisprudenza. Tra le ultime di maggior chiarezza: Cass. 2 novembre 2001, n. 13580, in *Orient. giur. lav.*, 2002, p. 181 ss.; Cass. 22 febbraio 2003, n. 2763, in *ivi*, 2003, I, p. 311 ss; Cass. 2 gennaio 2002, n. 10, cit.; Cass. 6 novembre 2000, n. 14443, in *Not. giur. lav.*, 2001, p. 170 ss.

865 Avio, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, cit., p. 102 ss.; NAPOLI, *Prefazione. Un incontro a più voci sulla professionalità*, in *La professionalità,* a cura di NAPOLI, Milano, 2004, p. VII; ID., *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, cit., p. 1119; ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Milano, 2004, p. 114 ss. Critico VALLEBONA, *Spunti critici sulla questione del diritto del diritto del lavoratore allo svolgimento della prestazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 363 ss.; ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 319 ss.

866 La distinzione è quella tra aspetto statico e aspetto dinamico della professionalità, sulla quale: Cass. 7 luglio 2001, n. 9228, in *Lav prev. oggi*, 2001, p. 1405 ss.; Cass. 19 febbraio 1999, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, p. 886 ss.

867 ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, cit., p. 119. In senso difforme Trib. Milano, 17 marzo 2001, in *Orient. giur. lav.*, 2001, p. 47 ss.; Pret. Milano, 26 maggio 1998, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, p. 977 ss.

868 Cfr. NAPOLI, *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, cit., p. 1129.

meglio il diritto di esprimere ed accrescere la propria professionalità nel e attraverso il lavoro. Disconoscimento che consegue sia alla deprofessionalizzazione ingiustificata, sia alla completa deprivazione di mansioni[869]. In entrambi i casi, infatti, l'esplicazione del potere datoriale nel perseguimento delle esigenze della prestazione si atteggia assumendo l'irrilevanza della titolarità del diritto in capo al lavoratore.

L'istanza di certezza del non annullamento della prerogativa della personalità è recepita dall'art. 13 dello statuto[870]. La modifica all'art. 2103 c.c. sancisce l'opposizione al potere datoriale della tutela della dignità del lavoratore mediante l'affermazione della non eliminabilità del diritto alla professionalità[871].

Nel disposto della norma codicistica, la tutela della professionalità si nasconde nel seno del limite allo *ius variandi* datoriale[872], che può legittimamente esercitarsi solo nel presupposto della sussistenza di tale diritto in capo al lavoratore. Ed infatti, eliminata ogni ipotesi, anche *pseudo* convenzionale, di mutamento peggiorativo, il potere di adibire il lavoratore a mansioni diverse da quelle di assunzione è circoscritto nei limiti della equivalenza professionale delle mansioni stesse[873], con la nullità di ogni patto contrario.

L'interpretazione non rigida di tale ultima clausola, in forza della quale la deprofessionalizzazione è ammessa, con il consenso del lavoratore, qualora, date oggettive condizioni aziendali o anche di salute dello stesso lavoratore, si presenti come unica misura atta a preservare il mantenimento del rapporto[874], non contrasta con la tutela della dignità. Questa non solo non subisce mortificazione, in quanto la menomazione della professionalità non è arbitrariamente disposta dal datore, ma risulta di fatto tutelata, poiché la soluzione in apparenza peggiorativa sottende il presupposto della titolarità del diritto fondamentale al lavoro *ex* art. 4 Cost., e la sua affermazione a fronte di situazioni che potrebbero pregiudicarne il godimento.

Il demansionamento, è noto, costituisce uno degli atti attraverso cui prende corpo il *mobbing* verticale attuato nella forma di unico atto, conosciuto come *straining*[875]. La lesione della dignità

---

869 Cass. 2 gennaio 2002, n. 10, cit.; Cass. 13 febbraio 1998, n. 1530, in *Riv. giur. lav.*, 1999, II, p. 264; Cass. 4 ottobre 1995, n. 10405, in *Foro it.*, 1995, I, 3133; Cass. 3 giugno 1995, n. 6265, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 424; Il demansionamento, secondo la giurisprudenza recente, costituisce negazione dello stesso diritto al lavoro. V. MAZZIOTTI F., *Il danno alla persona del lavoratore*, in *Studi in onore di La Bruna*, Napoli, p. 10 del datt.

870 Visualizza l'art. 13 St. lav. come posto a tutela della dignità del lavoratore Cass. 29 luglio 2003, n. 11660, in *Not. giur. lav.*, 2004, p. 194 ss.; Cass. 5 aprile 1984, n. 2231, in *Giust. Civ.*, 1985, I, p. 163 ss.; Cass. 5 aprile 1984, n. 2231, *ivi*, 1985, I, p. 163.

871 Esplicita la lesione alla dignità come conseguenza della lesione alla professionalità Trib. Milano 22 febbraio 2000, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2000, 446; Pret. Milano 9 dicembre 1997, cit.; Trib. Cagliari 5 luglio 1996, in *Lav. giur.*, 1997, 312, con nota di Topo; Pret. Milano 11 marzo 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, p. 677 ss.

872 DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in Atti Convegno Aidlass, *Il Danno alla persona del lavoratore*, Napoli, 31 marzo - 1 aprile 2006, p. 47 del datt. In giurisprudenza è pacifico il collegamento tra la violazione dei limiti *ex* art. 2103 c.c. e il danno alla professionalità, tra le tante, Trib. Roma 15 febbraio 2005, cit.; Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, cit.; Trib. Milano 22 dicembre 2001, cit.; Cass. 22 febbraio 2003, n. 2763, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, p. 311.

873 Il criterio di valutazione della equivalenza professionale è rinvenuto nella circostanza che le nuove mansioni consentano al lavoratore l'utilizzazione e l'accrescimento del patrimonio professionale acquisito e non ne comportino un depauperamento. Tra le tante: Cass. 15 febbraio 2003, n. 2328, in *Not. giur. lav.*, 2003, p. 438 ss; Trib. Napoli 19 settembre 1986, in *Foro it.*, 1986, I, p. 2905 ss.; Trib. Napoli 29 marzo 1985, in *Orient. giur. lav.,* 1985, p. 374 ss.

874 Cass. 18 ottobre 1999, n. 11727, in *Dir. prat. lav.*, 2000, p. 586; Trib. Roma 22 ottobre 1998, in *Lav giur.*, 1999, p. 376 ss.

875 Sulle problematiche del *mobbing*. v. almeno SCOGNAMIGLIO, *A proposito del* mobbing, in *Riv. it. dir. lav.* 2004, I, p. 489 ss; TULLINI, Mobbing *e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 251 ss; In tema di *straining:* MAZZIOTTI, *Il danno alla persona del lavoratore*, cit., 9.

risulta qui dall'intreccio tra la negazione del diritto alla professionalità ed il disconoscimento della soggettiva giuridica del lavoratore. L'atto, già di per sè illecito, è infatti compiuto per la finalità vessatoria e persecutoria, concretando la sottoposizione del lavoratore alla volontà del datore preordinata alla espulsione dal contesto aziendale mediante coartazione della sua volontà.

Tale ultimo aspetto è, peraltro, l'unico in cui è apprezzabile giuridicamente la violazione della dignità nel caso di *mobbing* perpetrato mediante una serie di atti innocui e di per sè legittimi. La condotta del datore è attratta all'illegittimità solo per essere, nel suo insieme, vessatoria e persecutoria, cioè integrante mancanza della considerazione del lavoratore come soggetto che si pone rispetto al datore in posizione di parità sotto il profilo della libertà di autodeterminazione. Al rispetto della persona, viceversa, il datore è tenuto in forza dell'obbligo *ex* art. 2087 c.c. Nella fattispecie, la condizione di «dominio dell'uomo sull'uomo», con l'aggravamento della posizione del datore, risulta dal fatto che, non essendo gli atti datoriali formalmente illegittimi, sussiste rispetto ad essi l'impossibilità di formale reazione del lavoratore.

Sotto altro e differente profilo, l'istanza di non disconoscimento del diritto alla professionalità sollecita il dubbio sulla conformità, al principio di tutela della dignità umana, di lavori nei quali non è dato rilevare alcun contenuto di professionalità sia pur minimale, in ipotesi anche degradanti. Il quesito attiene, si intende dire, all'ammissibilità di una prestazione che non consente lo sviluppo della professionalità non poiché esso risulta impedito da azioni datoriali, bensì perché la stessa attività è assolutamente priva di contenuti che realizzano manifestazione di questo tra i diritti in cui la personalità si esprime. Si tratta allora di verificare la possibilità di dedurre in contratto una prestazione palesemente in violazione della dignità di uno degli obbligati, nella specie il contraente sostanzialmente debole.

La soluzione drastica dell'inammissibilità di tali lavori, con la conseguente prospettazione della necessità della loro meccanizzazione, è suggerita dalla lettura dell'art. 1346 c.c. alla luce del principio costituzionale: trattandosi di attività che presuppongono la negazione in radice della sussistenza della prerogativa fondamentale, l'obbligazione del prestatore risulta avere un contenuto illecito. Ed invero, anche la via di compromesso costituita dalla maggiore remunerazione per il loro svolgimento, con funzione di incidenza su altri ambiti della personalità del soggetto, sembra essere non pienamente appagante. Non vi è infatti interesse privato meritevole di tutela che, ai sensi dell'art. 1322 c.c., possa giustificare una relazione giuridica patrimoniale che mortifichi la dignità umana[876].

## 8. Discriminazioni e molestie: rapporto con la dignità umana e sociale

Presiedono alla tutela della dignità del lavoratore, considerata sia sotto il profilo sociale che sotto quello umano, anche i divieti di atti discriminatori in funzione dei fattori nominati all'art. 3, comma 1, Cost., a fronte dell'annullamento dei diritti della personalità – diritto all'identità sessuale, razziale, libertà di pensiero, libertà religiosa – che la disparità di trattamento peggiorativa

[876] Allo stesso modo in cui è illecita la deduzione in contratto di prestazioni sessuali: la manifestazione sessuale è sì diritto fondamentale inespresso *ex* art. 2 Cost., ma se svolta in un contesto di subordinazione determina strumentalizzazione dell'uomo. V. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost*. 2002, p. 398 ss. Un singolare caso di attività lavorativa in contrasto con la dignità umana di colui che la svolge è quello, venuto all'esame della Commissione europea dei diritti dell'uomo, del lancio dei nani, sul quale v. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e il limite della dignità*, cit., p. 839 ss.

realizza se ingiustificata. L'attribuzione di un trattamento pregiudizievole in base al fattore soggettivo esprime la valutazione datoriale negativa del fattore medesimo, ed equivale alla negazione al lavoratore della titolarità del diritto fondamentale che assume quella caratterizzazione soggettiva come articolazione della personalità.

L'efficacia interprivata del precetto d'eguaglianza contenuto nell'art. 3, commi 1 e 2 Cost., ha subito nel tempo una costante evoluzione, andando ben oltre la tutela dell'identità di genere. Anche quest'ultima, che già l'art. 37 Cost. direttamente tutelava dall'arbitrarietà del datore[877], ha subito uno sviluppo segnato, nell'ottica della parità di trattamento formale, dalla l. n. 903/1977 e, in un'ottica che attrae anche la parità sostanziale, dall'art. 4 della l. n. 125/1991, sino all'ampliamento degli atti datoriali discriminatori in conformità con la parallela evoluzione del diritto comunitario il quale, in forza della direttiva 2002/73/CE, ha consentito, per il tramite del d. lgs. n. 145/2005, una delimitazione puntuale delle fattispecie di discriminazioni dirette ed indirette in relazione al genere[878] nonché l'equiparazione alle discriminazioni, ai fini degli effetti, delle molestie di genere e delle molestie sessuali[879]. Normativa ora confluita del d. lgs. n. 198/2006.

Dall'ambito comunitario è maturata, poi, l'estensione della valutazione legislativa negativa agli atti datoriali che assegnano trattamenti pregiudizievoli ai lavoratori sulla base, diretta o indiretta, della razza, dell'origine etnica (d. lgs. n. 215/2003, in attuazione della direttiva 2000/43/CE), della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età e, in risposta ad una forte istanza sociale, dell'orientamento sessuale (d. lgs. n. 216/2003, attuazione della direttiva 2000/78/CE). Fattori soggettivi (ad esclusione dell'ultimo) sulla cui considerazione da parte del datore ai fini dell'assunzione, del licenziamento, della comminazione di sanzioni, dell'attribuzione di mansioni e della progressione in carriera, di trasferimenti, il legislatore interno aveva già espresso la sanzione di illegittimità: con l'art. 4 della l. n. 604/1966, l'art. 15 e indirettamente con gli artt. 1 e 8 della l. n. 300/1970, con l'art. 3 della l. n. 108/1990 ed, infine, con riferimento specifico all'appartenenza razziale, con l'art. 41 della l. n. 40/1998, ora art. 43 del t.u. sull'immigrazione, d. lgs. n. 286/1998.

La connessione tra discriminazioni, molestie e dignità nonché la considerazione dei divieti come strumentale alla tutela di quest'ultima, assumono rilevanza anche nelle disposizioni di legge.

Con formula differente da quella che risulta, unificata, nei dd.lgs. n. 215/2003, n. 216/2003 e n. 145/2005, il comma 2 dell'art. 43 del d. lgs. n. 286/1998 qualifica come discriminazione l'atto compiuto su base, diretta o indiretta, della razza, del colore, dell'ascendenza, dell'origine nazionale o etnica che abbia lo scopo o l'effetto di «distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in

---

[877] MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 4.

[878] Note critiche sulla nozione di discriminazione indiretta (pur riferite ai d. lgs. 216 e 216) che attengono alla parità di trattamento tra persone identificate da caratteri potenzialmente discriminatori diversi dal genere ma riferibili anche alle discriminazioni in ragione del sesso, stante l'unitarietà della nozione di discriminazione, sono espresse da DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, p. 711 ss.,

[879] Sulla distinzione tra molestie e molestie sessuali e sulla considerazione di esse quali atti discriminatori in relazione al genere ai soli fini degli effetti a tutela del soggetto vittima dell'abuso, e non ai fini della loro inclusione nella nozione di discriminazione rispetto alla quale le molestie mancano del fondante carattere di comparazione che tecnicamente definisce un comportamento discriminatorio vietato v. DE SIMONE, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva CE 2002/73*, in *Riv. it. dir. lav.,* 2004, I, 399 ss. benché in commento alla direttiva 2002/73/CE e non al decreto attuativo.

campo politico economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica». In parallelo, l'art. 26, commi 1 e 2, d. lgs. n. 198/2006, identifica quali molestie e molestie sessuali quei comportamenti «indesiderati posti in essere per ragioni connesse al sesso» e «a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale» aventi «lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo».

Da cui, il divieto della discriminazione perché ad essa consegue l'annullamento della titolarità di diritti e libertà fondamentali: l'annullamento della possibilità-libertà del loro esercizio sia sotto il profilo negativo (la distruzione e compromissione del riconoscimento del diritto) sia sotto il profilo positivo (la distruzione e compromissione del godimento e dell'esercizio del diritto).

Ciò che risulta anche dalla molestia, perché da essa deriva la negazione di una di quelle libertà fondamentali patrimonio giuridico del lavoratore in quanto uomo, componente espressiva della sua identità: la libertà sessuale, nella specie anche transessuale o omosessuale. Tuttavia, mentre nella definizione dell'atto discriminatorio per motivi razziali la violazione della dignità è declinata in base alla sua proiezione giuridica, nella definizione delle molestie si pone l'accento sull'aspetto concettuale della dignità, fotografando la condizione di degrado che pervade un ambiente lavorativo in cui i poteri datoriali travalicano la persona per investire l'uomo, evocano immagini di schiavitù.

Deve infine affermarsi la compatibilità, con la tutela della dignità sottesa ai divieti di discriminazione, delle deroghe ai divieti stessi consentite, per il fattore genere, solo con riguardo alle discriminazioni indirette (art. 25, comma 2, d. lgs. n. 198/2006) e con riguardo anche alle discriminazioni dirette, per gli altri fattori differenzianti gli individui[880] (art. 3, comma 3, d. lgs. n. 215/2003, art. 3, comma 3, d. lgs. n. 216/2003).

La scelta che discrimina in ragione della fede religiosa, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età, dell'orientamento sessuale, della razza o dell'origine etnica in dipendenza della natura dell'attività d'impresa o del contesto in cui essa è destinata a venire espletata, rispetto alle quali l'insussistenza dei caratteri soggettivi sia essenziale allo svolgimento dell'attività lavorativa, non costituisce negazione della possibilità per il soggetto lavoratore di manifestare liberamente la sua propria specificità, né imposizione della negazione di una specificità ineliminabile. Se ed in quanto giustificato da quelle esigenze obiettive, e se ragionevole e proporzionato al loro soddisfacimento, il trattamento peggiorativo non lede la dignità del lavoratore, dal momento che la conseguenza negativa che alla specificità si connette non è frutto dell'arbitrio del datore, volto ad annullare il carattere dell'identità individuale. Esso non trova ragione nella negazione del rapporto paritario, sotto il profilo della dignità, tra il lavoratore, il datore e la comunità degli altri lavoratori, bensì in una condizione oggettiva che, se ineliminabile, giustifica la discriminazione stessa.

La tutela della dignità, detto altrimenti, non richiede che il lavoratore abbia accesso ad una prestazione pur non avendone le qualità, «se» oggettivamente imprescindibili ed obbiettivamente ineliminabili ai fini dello svolgimento del lavoro. Semmai, la dignità può ricevere offesa se l'indivi-

---

[880] Particolarmente critica sull'ammissibilità di deroghe ai divieti di discriminazione diretta, De Simone, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, p. 535 ss, in *Lav. dir.*, 2004, p. 521 ss. V. però, dello stesso ultimo A., in una visione meno problematica, *La nozione di discriminazione*, cit., p. 726 ss.

dualità del prestatore è, nei fatti, assolutamente irrilevante ai fini dell'esecuzione della prestazione presentandosi, la conseguente discriminazione, solo fittiziamente giustificata dalla caratterizzazione della posizione lavorativa nascondendo, invece, un puro intento discriminatorio per le ragioni soggettive - e, quindi, una indiretta negazione della titolarità del diritti che ne sanciscono la libertà di manifestazione come fondamentale -.

## 9. Violazione della dignità e tecniche di tutela.

Emerge, da quanto sin qui indagato, che l'istanza di tutela della dignità del lavoratore, veicolata nella posizione debitoria del datore dall'art. 2087 c.c., ottiene soddisfazione con il dispiegamento dei poteri datoriali nel segno del non disconoscimento delle prerogative fondamentali della personalità, secondo le limitazioni che al loro esercizio sono poste dalla legge o enucleate dall'interprete nelle fattispecie concrete. La tutela del bene è dunque diretta funzione dell'adempimento datoriale.

Nella prospettiva della separazione logica e giuridica tra momento dell'adempimento esatto, rispettoso dell'inviolabilità della personalità morale, e quello dell'inadempimento nella forma di illegittimo esercizio del potere, che ne realizza invece la mortificazione cagionando eventuale danno[881], l'effettività della tutela, quale realizzazione del contenuto intrinseco del diritto tutelando, non consegue ai rimedi risarcitori, che presuppongono già la violazione del bene e sono diretti alla riparazione del pregiudizio conseguentemente subito, bensì alle tecniche che presiedono alla certezza dell'adempimento corretto e, in un ottica preventiva della lesione, alla tutela specifica dell'interesse del creditore, forma generale di tutela dei diritti prevista all'art. 24 Cost.[882].

Una forma di tutela specifica, o almeno non meramente risarcitoria, del patrimonio fondamentale del lavoratore, che tuttavia solo astrattamente potrebbe configurarsi come compulsiva dell'adempimento, è costituita dalla invalidazione della manifestazione dei poteri datoriali in dispregio dell'intangibilità dei diritti della personalità[883]. Tecnica invalidante che il legislatore impiega, ad esempio, con riferimento agli atti discriminatori, all'art. 15 St. lav., a garanzia del non annullamento del diritto del lavoratore alla manifestazione della propria identità ideologicamente e sessualmente orientata, e agli atti datoriali in negazione della diritto alla professionalità, con l'art. 2103 c.c. La scelta è di considerare l'atto datoriale non un inadempimento, sanzionabile con il risarcimento del danno, ma un atto affatto non idoneo a produrre effetti o idoneo a produrne solo temporaneamente, e perciò radicalmente nullo o annullabile *ex tunc*.

Se si considera che l'atto di manifestazione del potere privato in disconoscimento di un diritto fondamentale è contrario al principio costituzionale di cui all'art. 41, comma 2, Cost., e, in generale, al principio di tutela della dignità umana che, come rilevato, si impone all'autonomia dei privati anche nella sua manifestazione di autonomia contrattuale, l'illiceità dell'atto datoriale si apprezza come contrasto con un principio di ordine pubblico e, pertanto, la sanzione di nullità sembra essere quella più appropriata.

---

881 MAZZAMUTO, *La prospettiva civilistica*, in AA.VV., *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, cit., p. 21 ss.; ALBI, *Il diritto all'integrità psico-fisica e alla personalità morale del lavoratore*, in *ivi* p. 277 ss.

882 DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di MAZZAMUTO, I, Napoli, 1989, p. 11 ss.

883 Con riferimento ad un generico diritto alla continuità del rapporto, PIVETTI, *Ombre e luci della giurisprudenza in tema di tutela in forma specifica dei diritti dei lavoratori*, in Aa.Vv., *La tutela in forma specifica*, cit., p. 165 ss.

Tecniche di coazione indiretta (in senso proprio) dell'adempimento dell'obbligo derivante dalla legge sono previste con riferimento alla tutela dell'integrità psico-fisica, nella forma di sanzioni penali che assistono gli obblighi prevenzionistici in materia di tutela della salute nei luoghi di lavoro, secondo il d. lgs. n. 626/1994 come modificato dalla l. n. 62/2005; analogamente, con riferimento al diritto alla *privacy* sanzioni penali sono previste, all'art. 38 St. lav., nel caso di violazione della normativa, *ivi* contenuta, in tema di controlli sulla prestazione e sul lavoratore.

La configurazione di illecito penale ben si attaglia alle ipotesi di mortificazione dei diritti della personalità la cui tutela assurge ad interesse pubblico, con la conseguente possibilità di prospettare analoga soluzione per ogni ipotesi di atti datoriali che, in annullamento di prerogative della persona, diano luogo a mortificazione della dignità del lavoratore.

Nemmeno può essere sottovalutata la funzione coercitiva indiretta che può svolgere, anche in tema di diritti inviolabili, la previsione legislativa di un ammontare risarcitorio a favore del lavoratore violato nella sua dignità, secondo lo schema tipizzato per *astreintes* francesi[884] la cui adozione generalizzata è auspicio che ottiene consenso diffuso, ed al quale si ascrive il meccanismo risarcitorio in caso di licenziamento illegittimo nell'ambito della tutela reale.

Invero, come si dirà, l'impossibilità di configurare quello alla dignità umana come un danno in *re ipsa* e la conseguente necessità di ammettere a risarcibilità il solo danno, patrimoniale o non patrimoniale, effettivamente provato come conseguente alla violazione[885], farebbe propendere per la soluzione, attualmente sperimentata nei casi di inottemperanza all'ordine del giudice in tema di discriminazioni, delle sanzioni configurate non come risarcitorie (di un danno legislativamente presunto) ma come pene esecutive, a beneficio non del lavoratore ma del funzionamento della giustizia[886].

Per tutte le ipotesi in cui sul piano del pregiudizio alla dignità la normativa non offre incisivi strumenti dissuasivi dell'inadempimento, si apre il ventaglio delle possibili azioni individuali, anzitutto in sede giurisdizionale, volte a far conseguire il rispetto dei beni fondamentali e non (o non solo) l'ottenimento di una entità equivalente (nel caso di danno). Azioni tuttavia non sempre idonee ad arginare in radice la lesione, nella misura in cui la loro attivazione è, pur se non di diritto, di fatto condizionata alla sussistenza dell'illecito, rivelandosi atte solo a limitare il danno conseguente al perdurare della deprivazione del diritto.

La riconduzione dell'obbligo di tutela della personalità morale all'alveo del contratto dischiude al lavoratore la prospettiva dell'azione di esatto adempimento ex art. 1453 c.c. in forza del quale, nell'ottica di conservazione del contratto, a fronte di un inadempimento o non esatto adempimento, la parte può ottenere dal giudice una sentenza di condanna all'adempimento[887], pur rimanendo la possibilità, offerta dallo stesso art. 1453 c.c. di ottenere il risarcimento del danno qualora già verificato. Condanna che, è noto, può avere un contenuto inibitorio e/o esecutorio.

---

884 PIVETTI, *Ombre e luci della giurisprudenza in tema di tutela in forma specifica dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 215.

885 Ed in questo senso definitivamente Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, con nota di SCOGNAMIGLIO.

886 Per le quali ZOLI, *Tutela in forma specifica e controllo dei poteri del datore di lavoro*, in AA.VV., *La tutela in forma specifica dei diritti*, cit., p. 312 ss.

887 Cfr. NOGLER, *La «deriva» risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, n. 25, p. 69 ss., SPEZIALE, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in Aa.Vv., *La tutela in forma specifica dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 126 ss.; TURSI, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro. Profili sistematici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 283 ss., specie 307 ss.

L'azione inibitoria, per non essere la sua esperibilità necessariamente condizionata alla sussistenza dell'illecito, è strumento che lo stesso legislatore indica a tutela di posizioni giuridiche soggettive fondamentali (il diritto al nome, allo pseudonimo, all'immagine: artt. 7, 9, 10 c.c.) le quali, per un'efficace protezione, che è connessa a divieti e doveri di astensione, richiedono appunto una tutela volta a prevenire il comportamento vietato. Ed infatti, accertata anche la sola mera possibilità del verificarsi dell'illecito, consistente nella violazione di un obbligo di non fare, l'ordine attiene alla inibizione del comportamento - oppure, se esso si è già compiuto, alla sua cessazione e all'inibizione della reiterazione con il ripristino della situazione *ex ante*[888] -.

Proprio perché esperibile anche se l'inadempimento foriero della negazione del diritto fondamentale non si è ancora manifestato, ma sussiste il solo fondato pericolo che possa manifestarsi, l'inibitoria potrebbe di fatto realizzare tutela preventiva contro la mortificazione della dignità; tuttavia solo se il «pericolo» della violazione del diritto si qualificasse come «rischio immanente», assumendo rilevanza giuridica ai fini di applicazione del rimedio - in tale caso il «pericolo di danno», irrilevante a fondare una pretesa risarcitoria, diverrebbe tale al fine dell'impedimento della lesione stessa -. Ciò che, nel caso di discriminazioni, ad esempio, potrebbe conseguire all'allegazione di dati statistici sulla composizione qualitativa dell'assetto occupazionale in azienda in rapporto al fattore discriminante, sul modello dell'art. 4 della l. n. 125/1991.

L'efficacia dell'inibitoria potrebbe apprezzarsi in modo decisivo nei casi in cui la mortificazione della dignità avviene aggirando lo scudo delle limitazioni ai poteri, direttivo e disciplinare, a tutela delle prerogative fondamentali del lavoratore, quali le condotte mobbizzanti perpetrate attraverso atti di per sé leciti. In tali casi l'antigiuridicità della condotta per violazione dell'art. 2087 c.c., non apprezzabile nel singolo atto, appare dalla manifestazione dell'intento vessatorio conseguente alla definitiva reiterazione degli atti, leciti, orientati al fine espulsivo. Situazioni in cui la ricostruzione del lavoratore potrebbe dare al «sospetto di *mobbing*» la qualificazione di pericolo fondante l'applicazione della tutela.

L'esperibilità dell'azione deve ritenersi possibile in considerazione del suo accreditarsi come rimedio non più tipico ma generale di tutela fondato sull'illecito[889] e scollegato dalla necessità di correlazione con l'esecuzione forzata, ontologicamente impossibile per la tutela di un diritto il cui godimento è assicurato da obblighi durevoli di non fare[890]. Tecnica che, peraltro, trova applicazione a tutela del diritto fondamentale sociale di cui all'art. 39 Cost. come tecnica repressiva della condotta antisindacale di cui all'art. 28 St. lav., oltre che nella repressione della condotta antidiscriminatoria, in ogni caso ad illecito compiuto.

Nelle ipotesi in cui, ai fini dell'effettività della prerogativa fondamentale, si richieda anche un comportamento attivo del datore, l'ordine del giudice assume altresì un contenuto esecutivo.

L'efficacia di questa tecnica di tutela sconta, è noto, il problema dell'effettività della pronuncia giudiziale, non potendosi applicare, data l'infungibilità della prestazione datoriale, l'esecuzione

---

888 BELLELLI, *L'inibitoria come strumento generale di tutela conto l'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 4, p. 607 ss., in particolare p. 615

889 BELLELLI, *L'inibitoria come strumento generale di tutela conto l'illecito*, cit.; PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in Aa.Vv., *La tutela in forma specifica dei diritti dei lavoratori*, cit, p. 9 ss.

890 MAZZANUTO, *La prospettiva civilistica*, cit., p. 29 ss.

forzata in forma specifica di cui all'art. 2931 c.c. Su ciò non si pone dubbio, benché sia stato chiarito che effetti di induzione all'adempimento spontaneo dell'ordine seguono anche alla condanna del contraente inadempiente, per le conseguenze che ad essa si riconnettono a prescindere dalla sua eseguibilità in forma specifica, tra i quali, in prima istanza, la possibilità di invocare il dolo nel caso di mancata ottemperanza dell'ordine del giudice[891].

Il rilievo costituzionalmente assoluto del bene tutelato e l'oggettiva irreparabilità del pregiudizio che deriva dalla sua lesione, inducono a prospettare la possibilità del ricorso generalizzato alla tutela cautelare *ex* art. 700 c.p.c., non a caso sempre più frequentemente ammessa in giurisprudenza la quale, quando vengono in rilievo diritti fondamentali del lavoratore, riconosce sussistente il requisito del *periculum*[892]. La tutela, poiché esperibile casi di violazione solo immanente del diritto[893], può assumere anche la forma dell'inibitoria, per cui, se confermata in sede ordinaria, la certezza provvisoria del provvedimento d'urgenza impedisce in radice la lesione della dignità del lavoratore.

La tutela sommaria, qui non richiesta dall'esigenza di evitare i costi della cognizione piena, si qualifica per motivi di effettività della tutela. L'efficacia delle azioni individuali in rapporto alla tutela specifica dei beni fondamentali è infatti subordinata alla celerità del giudizio e della condanna: dovendosi con essa impedire un illecito immanente, o limitarne il pregiudizio laddove l'illecito sia già verificato, occorre che il processo, e la decisione del giudice, intervenga prima o nell'immediatezza della violazione dell'obbligo datoriale; condizioni che, incompatibili con i tempi della cognizione piena, sono soddisfatte da una procedura urgente, sommaria, idonea ad impedire immediatamente la commissione dell'illecito o la sua continuazione[894].

L'applicazione e gli esiti dei meccanismi di tutela interni al rapporto di lavoro e di quelli offerti dalla prospettiva giudiziaria sono, in ogni caso, caratterizzati da incertezza, con conseguente inadeguatezza dell'apparato di tutela specifica dell'inviolabilità dei diritti della personalità nel rapporto di lavoro, non rilevandosi, le tecniche esistenti, un sicuro strumento che «costringa» i poteri del datore ad esprimersi entro la cornice di legittimità che è destinata a preservare la dignità umana del prestatore di lavoro.

Potrebbe allora assumere un significativo rilievo l'opzione dell'autotutela[895]. Anzitutto quella individuale, conservativa o estintiva, in cui la reazione alla mortificazione della dignità perpetrata dal datore è il rifiuto della prestazione, mediante l'eccezione di inadempimento, oppure le dimissioni per giusta causa, entrambe collocabili nell'alveo dell'art. 1460 c.c., o anche il rifiuto della prestazione non dovuta.

Il rifiuto della prestazione non dovuta e l'eccezione di inadempimento meglio si conciliano con

---

891 MAZZAMUTO, *La prospettiva civilistica*, cit., p. 28, NOGLER, *La «deriva» risarcitoria*, cit., p. 72 s.

892 Tra le più esplicite: Trib. Roma 8 marzo 2002, in *Lav. giur*, 2002, p. 979; Trib. Pordenone, 21 ottobre 2000, in *ivi*, 2001, p. 363; Trib. Roma 13 settembre 2000, in *Giur. Lav*., 2000, p. 157.

893 PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, cit., p. 39.

894 V., per la tutela sommaria come via ordinaria per la tutela dei diritti della personalità, PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità*, in *Foro it.*, 1990, V, p. 1 ss.

895 PICCININI, *Sulla dignità del lavoratore*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, n. 3, p. 733 ss., in particolare p. 763 ss.

l'istanza di tutela della dignità, rispondendo, oltre che alla tutela del diritto della personalità specificamente inciso dal potere datoriale, anche alla tutela del primario interesse alla conservazione del rapporto, esso stesso intimamente connesso alla garanzia di un'esistenza dignitosa[896]. Diversamente deve dirsi in ordine alle dimissioni, per le quali è invece stata prospettata la configurazione di penale *ad hoc*[897].

Nelle forme collettive, invece, l'autotutela si esprime come iniziativa, concretata in varie forme specie all'interno delle aziende, delle organizzazioni sindacali e di organismi pubblici le quali, sulla scorta di quelle oramai ampiamente sperimentate in tema di parità e pari opportunità tra i sessi, potrebbero contribuire a creare un clima di coscienza sociale sensibile ai temi più delicati del coinvolgimento della personalità nel lavoro, trasformando l'idea di una corretta gestione del rapporto di lavoro in una normalità culturale.

## 10. Rimedio risarcitorio per equivalente

La sostanziale ineffettività, da una parte, della tutela specifica preventiva dei beni immateriali della persona e, dall'altra, delle tecniche destinate all'efficacia della tutela risarcitoria nella forma del ripristino della situazione quale era prima della lesione del diritto – la quale non solo sconta l'infungibilità dell'obbligo che al datore verrebbe dato con l'ordine esecutivo ma in taluni casi, quello delle discriminazioni, altresì il problema del litisconsorzio necessario con il lavoratore illegittimamente avvantaggiato – hanno fatto della tecnica rimediale per equivalente la formula più immediata di tutela del lavoratore nella sua unità psico-fisica e morale[898], sull'assunto che ad essa non vada negata almeno una tutela minimale di tipo compensativo.

Ciò ha comportato l'affermarsi della monetizzazione degli aspetti più qualificanti e intimi della personalità umana[899], in dispregio della oggettiva irreparabilità, in termini economici, del pregiudizio ad essa arrecato. Con l'effetto che il ristoro del danno, per la tendenziale indeterminatezza dei parametri di riferimento che si riflette sulla verifica della sua stessa sussistenza, è emerso in chiave sanzionatoria e affittiva piuttosto che risarcitoria. Specie con riferimento a quelle tendenze che scollegano la risarcibilità del pregiudizio dalla prova e, assumendolo in *re-ipsa*, lo connettono alla mera violazione di diritti del prestatore; ipotesi in cui la pretesa risarcitoria si snatura in strumento di coazione indiretta dell'adempimento[900].

Quanto sin qui emerge in tema di declinazione giuridica della dignità umana e delle ipotesi in cui si apprezza la sua violazione nel rapporto di lavoro rende avvertiti che la violazione della dignità del lavoratore non si apprezza giuridicamente in via autonoma rispetto alla violazione delle sue prerogative fondamentali. La dignità è tutelata mediante la limitazione dei poteri datoriali destinati ad incidere in compressione dei diritti fondamentali del lavoratore affinché non si dispieghino in loro disconoscimento. L'atto datoriale in violazione di quei limiti è esso stesso lesione in annul-

---

[896] ZOLI, *Tutela in forma specifica e controllo sui poteri del datore di lavoro*, cit., p. 299.

[897] PICCININI, *Sulla dignità del lavoratore*, cit., p. 764; TURSI, *Il danno non patrimoniale nel rapporto di lavoro*, cit., p. 307 ss. anche in ordine alla tutela prventiva-inibitoria.

[898] V. tra gli altri, MAZZOTTA, *Danno alla persona nel rapporto di lavoro*, cit., p. 441; MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, cit., p. 336 s.

[899] MONTUSCHI, *Rimedi e tutele nel rapporto di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 1997, p. 7 ss.

[900] ZOLI, *Tutela in forma specifica e controllo sui poteri del datore di lavoro*, cit., p. 316.

lamento delle prerogative fondamentali della persona e realizza già mortificazione della sua dignità.

L'illecito lesivo del diritto fondamentale è perciò il medesimo che reca lesione alla dignità del lavoratore. Licenziamenti in difetto del contraddittorio, trattamenti discriminatori ingiustificati, deprofessionalizzazione illegittima, *mobbing*, molestie e molestie sessuali, illegittimi controlli sulla prestazione e sul lavoratore costituiscono lesioni in annullamento del diritto alla identità ideologicamente e sessualmente orientata, del diritto alla professionalità, del diritto alla *privacy*, alla individualità soggettiva del lavoratore tutte sintetizzabili, anche giuridicamente, nella mortificazione della sua dignità umana, aspetto morale della personalità la quale nella (disconosciuta) titolarità di quei diritti trova espressione giuridica.

Sul piano del risarcimento del pregiudizio, il primo quesito attinente alla qualificazione, patrimoniale o non patrimoniale, del danno da violazione della dignità si chiarisce considerando che non ci si muove nella sfera che definisce la capacità reddituale della persona bensì nella sua dimensione esistenziale.

Non è escluso che all'inadempimento datoriale si ricolleghino anche effetti negativi sulle potenzialità produttive del lavoratore, come nel caso di demansionamento cui consegue depauperazione del bagaglio professionale e, di riflesso, perdita di *chance* lavorative, cosicché la lesione del diritto fondamentale può essere foriera anche di danno patrimoniale in senso tecnico[901]. Tale sarà l'aspetto patrimoniale del danno da lesione del diritto fondamentale, mentre l'aspetto non patrimoniale sarà riconnesso alla lesione della dignità che, per l'unicità dell'illecito, inevitabilmente segue la lesione dei diritti fondamentali nel rapporto di lavoro.

Altro è il tema della voce risarcitoria cui attrarre il danno alla dignità tra quelle che, ora, definiscono la categoria giuridica del danno non patrimoniale.

Come noto, la ripartizione tradizionale in danno biologico e danno morale è stata superata negli ultimi anni per l'affermarsi del danno esistenziale[902].

A partire dalla sentenza costituzionale n. 184 del 1986, al danno morale soggettivo, limitato alle fattispecie rispondenti alla riserva di legge di cui all'art. 185 c.p., si affianca il danno biologico quale pregiudizio alla complessiva qualità di vita conseguente ad una lesione, medicalmente accertata, dell'integrità psico-fisica della persona costituzionalmente garantita *ex* art. 32 Cost.

Proprio la maturazione della riflessione intorno al danno biologico sfocia nella decisa scelta giurisprudenziale sulla risarcibilità di danni, ancora alle attività realizzatrici della persona nella sua sfera non patrimoniale, conseguenti alla lesione di altri diritti fondamentali; pregiudizi ammessi alla tutela risarcitoria allargando la lettura costituzionalmente orientata della clausola generale del danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c., che sino ad allora aveva accolto il solo art. 32 Cost., fino

---

[901] Tra le tante: Cass. 14 novembre 2001, n. 14199, in *Riv. giur. lav*., 2002, II, p. 233 ss.; Cass. 8 novembre 2003, n. 16792, in *Dir. lav*., 2005, II, p. 40; Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, cit.; Trib. Roma 15 febbraio 2005, cit.

[902] Sul quale v. almeno AA.VV., *Il danno esistenziale*, a cura di CENDON, ZIVIZ, Milano, 2000. Ne ricostruiscono il tormentato percorso giurisprudenziale: CATTANEO, *Il danno alla persona e la riscoperta del sistema risarcitorio bipolare: percorsi di giurisprudenza (nota a Cass. 7281-7282-7283/2003; 8827-8828/2003; 10482/2004)* e BUFFONE, *Il neo bipolarismo costituzionale della responsabilità civile (nota a Consiglio di Stato n. 1096/2005; Corte cost. ord. 58/2005; Cass. n. 15002/2005)*, entrambi in www.altalex.com.

a comprendervi i beni fondamentali della persona espressi *ex* artt. 13 ss. Cost. o inespressi *ex* art. 2 Cost. L'ultimo scoglio alla tutela integrale della persona viene meno con la sentenza costituzionale n. 233 del 2003 che, preceduta dalla Cassazione, ha sottratto dalla tipicità del reato penale le ipotesi produttive di danno non patrimoniale risarcibile[903].

Ove ricorrano i presupposti *ex* art. 2043 c.c., ogni sua manifestazione è sistemata nell'ambito dell'applicazione dell'art. 2059 c.c., poiché la riserva *ivi* contenuta è soddisfatta, secondo la Corte, anche quando la fattispecie è solo astrattamente e oggettivamente configurabile come reato, in presenta di colpa solo presunta o in ipotesi di responsabilità meramente oggettiva[904]

Il danno esistenziale è la figura in cui propriamente trovano accoglimento le istanze risarcitorie connesse alla mortificazione della dignità umana: da una parte, ne risultano soddisfatti i presupposti di diritto e, dall'altra, ad esso paiono riconducibili i pregiudizi conseguenti alla lesione del valore fondamentale. Anzi, in un processo di accostamento tra i due, non sembra azzardato affermarne la coincidenza.

Individuato come nocumento alle attività che definiscono la qualità della vita - relazioni sociali, anche lavorative, relazioni umane, anche affettive, svolgimento di interessi culturali, sportivi, di svago ampiamente intesi - il pregiudizio esistenziale sembra prospettarsi come pregiudizio alla personalità umana per la parte morale che, unitamente a quella materiale e patrimoniale, ne definisce l'interezza; ovvero alla integrità di quella interiorità che definisce il sereno svolgersi del rapporto dell'uomo con sé stesso e consente la sua partecipazione sociale, sia pubblica che privata. Il pregiudizio esistenziale, derivante da lesione di beni fondamentali della persona, sembra cioè prospettarsi come pregiudizio alla dignità umana, derivante dalla lesione in annullamento degli stessi beni inviolabili della persona.

Lesione che, nel rapporto di lavoro, è sempre verificata da un atto datoriale incisivo di un diritto della personalità del lavoratore e nello stesso atto essa si esprime, quand'anche il lavoratore non percepisce il pregiudizio che ne deriva. Non è difficile avvedersi che la negazione al lavoratore la sua soggettività umana, nelle forme giuridiche che si è cercato di chiarire, può determinare patimento alla integrità della sua personalità morale, influenzando il suo porsi rispetto alla collettività in cui è inserito e lo svolgersi della personalità nel senso più ampio.

Anche nel rapporto di lavoro, l'ipotesi del danno esistenziale si distingue da quello biologico[905] che pure potrebbe conseguire – ma non necessariamente – alla violazione di un diritto fondamentale, nel caso in cui la lesione alla integrità morale si traduca anche in lesioni all'integrità psico-fisica, o meglio psichica, del lavoratore. La duplicità delle voci risarcitorie è, ad esempio,

---

[903] Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, (in *Foro it*., 2003, I, c. 2272 ss.) recedono Corte cost. 11 luglio 2003. In tema v. THIENE, *L'inesorabile declino della regola restrittiva in tema di danni non patrimoniali*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 1-2, p. 13 ss; critico GAZZONI, *L'art. 2059 c.c. e la Corte costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ. e prev*., 2003, p. 1292 ss.

[904] Quest'ultima ipotesi è ammessa da Cass. 27 ottobre 2004, n. 20814, in *Danno e resp.*, 2005, p. 713 ss., con nota di BONACCORSI. V., per il percorso qui solo accennato, SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 147 ss.; Con riferimento al rapporto di lavoro, MAZZIOTTI, *Il danno alla persona del lavoratore*, cit., p. 2.

[905] MEUCCI, *Il danno esistenziale nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 421 ss; MAZZIOTTI, *Il danno alla persona del lavoratore*, cit., 3. Critico SCOGNAMIGLIO, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, p. 1 ss.

ammessa in giurisprudenza, anche costituzionale, relativamente al demansionamento illegittimo[906].

Si tratta, in ogni caso, di conseguenze dannose da ammettere a riparazione solo se provate, ai sensi degli artt. 1218 e 1223 c.c. in tema di responsabilità risarcitoria da inadempimento alla quale, in forza di una lettura costituzionalmente orientata delle richiamate norme codicistiche, pure si ascrive la responsabilità per danni non patrimoniali[907], con esclusione della necessità del richiamo alla responsabilità extracontrattuale mediante il ricorso all'art. 2043 c.c.

Se la responsabilità contrattuale non richiede la prova del nesso di causalità tra inadempimento e danno, che si assume come direttamente conseguente alla mancanza del datore, impone invece la prova del verificato danno da lesione alla dignità umana. Prova che è necessaria al fine tenere giuridicamente distinti l'illecito, ovvero l'inadempimento, e le conseguenze pregiudizievoli che ne derivano alla sfera non patrimoniale del creditore, secondo le regole in materia di responsabilità extracontrattuale[908]. Prova che, si ritiene, dovrebbe conseguire ad un serio confronto tra gli elementi di fatto che qualificano la qualità di vita del lavoratore prima e dopo l'illecito del datore, con esclusione del ricorso alle presunzioni, dato il carattere squisitamente soggettivo dei parametri a cui il danno deve essere commisurato.

L'ipotesi del danno evento, il danno in *re ipsa*, che pure ha avuto ampia affermazione al primo affacciarsi del danno esistenziale[909], non può trovare accoglimento[910]. L'ammissione a risarcimento in caso di mera lesione di beni e interessi, pur di rango costituzionale, senza la verifica della sussistenza del pregiudizio da risarcire, avrebbe effettivamente il carattere di pena civile privata, istituto sconosciuto nel nostro ordinamento[911].

Quella della sanzione punitiva, non a beneficio del lavoratore ma della comunità sociale, rimane tuttavia una ipotesi di cui verificare la praticabilità, in considerazione del rilievo primario che riveste nel nostro ordinamento la dignità umana come valore, anche nei rapporti interprivati, poiché affermerebbe oggettivamente l'antigiuridicità dell'atto del datore anche nei casi in cui la lesione della dignità non è materialmente percepita, o non adeguatamente provata, dal lavoratore che la subisce[912].

---

[906] Corte cost. 6 aprile 2004, n. 113. Tra le più significative pronunce di legittimità: Cass. 2 gennaio 2001, n. 10, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 7 ss.; Cass. 26 aprile 2004, n. 10157 e Cass. 12 aprile 2005, n. 7453, entrambe in *Dir prat. lav.*, 2004, 2181 ss.; Cass. 28 maggio 2004, n. 10261, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, 337 ss.

[907] NOGLER, *La deriva risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore*, cit., p. 79; MAZZOTTA, *Danno alla persona nel rapporto di lavoro: qualche domanda*, cit., p. 451; SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, cit., p. 152 s.

[908] DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 243 ss.; SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 29 ss.

[909] Cass. 22 febbraio 2003, n. 2763, in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, p. 540; Cass. 27 aprile 2004, n. 7980, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 199.

[910] Definitivamente Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, cit., ma già prima Cass. 28 maggio 2004, n. 10361, in *Danno e resp.*, 2005, p. 403. In dottrina, tra i civilisti e i lavoristi, la tesi è sicuramente maggioritaria. V. almeno: TURSI., *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro*, cit., 283 ss.; MAZZOTTA, *Danno alla persona e rapporto di lavoro*, cit.; Gazzoni, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, in *Arg dir. lav.,* 2003, 2, p. 397 ss.; Scalisi, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit.

[911] Da ultimo, Cass. 8 ottobre 2007, n. 21025, in Guida al diritto 2007, 46, 76 ss.

[912] La percezione soggettiva della dignità come valore e delle conseguenze della sua mortificazione, non rilevano ai fini della qualificazione antigiuridica dell'atto che ne realizza violazione. Presso la comunità dei consociati che ha espresso la nostra Assemblea Costituente, la dignità umana ha assunto i connotati di valore giuridico fondamentale e primario, tale che la sua considerazione come bene da tutelare in modo assoluto, anche nei confronti del potere privato, non è nella disponibilità di colui che ne è il portatore. Detto altrimenti, «il soggetto non ha alcun potere di determinare il valore formale che ha la sua persona nell'ordinamento» (MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, p. 362, in *Enc. del dir.*, XXXIII, 1983, Milano, p. 355 ss.).

# La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento (aggiornato al decreto legge 97/2008)*

Lucio Imberti

1. Gli strumenti di tutela del lavoro negli appalti: il quadro normativo in costante evoluzione. 258

2. L'art. 1676 c.c. e la tutela dei crediti degli ausiliari dell'appaltatore. 259

3. Dall'art. 3, l.n. 1369 del 1960 all'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003. Le diverse formulazioni dell'art. 29, comma 2 e la rinviata applicazione del regime di responsabilità solidale previsto dal c.d. "Decreto Bersani". 262

4. L'attuale formulazione dell'art. 29, comma 2 del d.lgs. 276/2003 e la falsa partenza del regime di responsabilità solidale previsto dal "Decreto Bersani". La disciplina vigente. 266

5. Salute e sicurezza sul lavoro e contratti d'appalto e di subappalto. Dall'art. 7 del d.lgs. n. 626 del 1994 all'art. 26 del d.lgs. n. 81 del 2008. La responsabilità solidale per i danni non indennizzati. 272

6. L'attuale stato dell'arte e il rapporto tra le diverse norme vigenti in materia di responsabilità solidale. 275

7. Conclusioni: la moltiplicazione dei centri di responsabilità patrimoniale, il controllo della filiera degli appalti e gli accordi tra le imprese per definire i limiti economici della responsabilità. 277

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 72/2008

## 1. Gli strumenti di tutela del lavoro negli appalti: il quadro normativo in costante evoluzione.

A partire dal 2003, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 276, la disciplina giuslavoristica degli appalti è stata oggetto di un incessante processo di riforma e di adeguamento. Ciò si è verificato non solo alla luce di diverse valutazioni "politiche" del decentramento produttivo, ma anche in ragione dell'incertezza del legislatore nel definire il livello di protezione dei lavoratori impiegati negli appalti ritenuto adeguato. Se, infatti, è condivisa la consapevolezza della necessità di predisporre un sistema di protezione di questi lavoratori, non altrettanto uniformi sono le opinioni circa le finalità, gli strumenti e la misura delle tutele. Del resto, la produzione legislativa costantemente *in fieri* ha reso evidente come proprio nel caso degli appalti sia particolarmente arduo il contemperamento tra le esigenze dei lavoratori, giustamente interessati a vedere tutelate le proprie posizioni creditorie (più nello specifico, trattamenti retributivi e previdenziali e sicurezza sul lavoro) a prescindere dal datore di lavoro da cui dipendono, e le ragioni dell'impresa, che tende invece a mutare la propria struttura produttiva secondo valutazioni meramente organizzative ed economiche. E tale difficoltà di offrire sufficiente tutela ai lavoratori dipendenti dall'appaltatore sussiste anche nel caso degli appalti che – con espressione forse impropria dal punto di vista tecnico, ma concettualmente chiara – sono definiti "genuini", vale a dire in presenza di committenti che tendono legittimamente e fisiologicamente a utilizzare questo strumento giuridico per affidare all'esterno parti del proprio ciclo produttivo.

Tutte le diverse maggioranze politiche che si sono succedute in questo lustro sono, quindi, intervenute a più riprese sulle regole del lavoro negli appalti, talora correggendo propri precedenti provvedimenti. I diversi interventi normativi in alcuni casi hanno sostituito o modificato la disciplina previgente, in altri casi hanno affiancato alle disposizioni già esistenti nuove previsioni, secondo un indirizzo di politica del diritto non sempre apparso nitido nemmeno nell'ambito della stessa maggioranza. Nel periodo intercorso tra lo scioglimento delle Camere e le elezioni, il Governo di centrosinistra ha emanato due provvedimenti – il regolamento, adottato con decreto interministeriale ([913]), cui era subordinata l'applicazione del c.d. "Decreto Bersani" nella parte dedicata alla responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore (art. 35, commi da 28 a 34 del d.l. n. 223 del 2006, convertito con modificazioni, dalla l.n. 248 del 2006) e il c.d. "Testo Unico sulla sicurezza" ([914]) –, inerenti la disciplina giuslavoristica degli appalti. Dal canto suo, il governo di centrodestra, appena entrato in carica, ha approvato il decreto legge 3 giugno 2008, n. 97 ([915]), con cui ha abrogato gran parte delle norme del "Decreto Bersani" riferite alla responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore. Questo studio sarà, quindi, dedicato alla ricostruzione del

---

([913]) Decreto Ministro dell'Economia e delle Finanze (di concerto con il Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale), 25 febbraio 2008, n. 74, «Regolamento concernente l'articolo 35, commi da 28 a 34 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 - Responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore in materia di versamento delle ritenute fiscali e dei contributi previdenziali e assicurativi obbligatori, in relazione ai contratti di appalto e subappalto di opere, forniture e servizi», pubblicato in *G.U.,* Serie Generale, n. 90 del 16 aprile 2008.

([914]) Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, «Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro», pubblicato nel Supplemento Ordinario n. 108 alla *G.U.*, Serie Generale, n. 101 del 30 aprile 2008.

([915]) Decreto legge 3 giugno 2008, n. 97, «Disposizioni urgenti in materia di monitoraggio e trasparenza dei meccanismi di allocazione della spesa pubblica, nonché in materia fiscale e di proroga dei termini», pubblicato in *G.U.*, Serie Generale, n. 128 del 3 giugno 2008.

complesso quadro giuridico ([916]) determinatosi anche a seguito degli ultimi interventi normativi (non solo per l'interpretazione delle singole disposizioni non sempre agevole e per il problematico coordinamento tra le diverse norme, ma anche per profili inerenti l'individuazione della specifica disciplina da applicare in relazione al periodo di esecuzione dell'appalto in questione). Al riguardo, l'attenzione sarà concentrata sugli strumenti di tutela delle posizioni creditorie dei lavoratori nel caso di legittimo ricorso al contratto di appalto, prescindendo quindi dalla disamina dei profili di distinzione tra somministrazione di lavoro e appalto, e chiarendo da subito che i diversi regimi di responsabilità solidale in nulla mutano la titolarità del rapporto di lavoro che rimane unica ([917]), dovendosi ritenere ancora una mera proposta *de iure condendo* l'ipotesi dottrinale della codatorialità ([918]). Dopo aver preso in esame le singole norme separatamente e a partire dalla disciplina codicistica di cui all'art. 1676 c.c., si cercherà di ricondurre a sistema la disciplina delle tutele dei lavoratori negli appalti risultante da questo processo di stratificazione normativa.

## 2. L'art. 1676 c.c. e la tutela dei crediti degli ausiliari dell'appaltatore.

La prima e risalente disposizione di specifica salvaguardia dei «diritti degli ausiliari dell'appaltatore» è l'art. 1676 c.c. ([919]), in base al quale «coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda».

L'azione, come ha chiaramente stabilito la giurisprudenza di legittimità, si fonda su quattro presupposti: l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze di un imprenditore che, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, esercita un'attività diretta al compimento di un'opera o di un servizio nei confronti di un determinato committente verso un corrispettivo (art. 1655 c.c.); l'esecuzione della prestazione lavorativa per il compimento di quella particolare opera o di quello specifico servizio commissionati da quel determinato committente; l'esistenza di un credito di lavoro in capo ai suddetti lavoratori, inadempiuto da parte dell'appaltatore o datore di lavoro (art. 2099 e segg. c.c.); in pari tempo, l'esistenza di un credito dell'appaltatore verso il committente in relazione al compimento dell'opera o del servizio commissionatogli (art. 1657 c.c.). Ricorrendo tutti questi elementi, la legge prevede che i lavoratori,

---

([916]) V., per un'organica e sistematica ricostruzione della disciplina antecedente all'emanazione del d.m. Economia e Finanze n. 74/2008, del d.lgs. n. 81/2008 e del d.l. n. 97/2008, il capitolo dedicato ai rapporti di lavoro nell'appalto e nel subappalto da M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2008, spec. pagg. 106-139 e 145-161. In proposito, se vuoi, cfr. anche L. Imberti, *Le responsabilità solidali negli appalti: alla ricerca di un'adeguata tutela delle posizioni creditorie dei lavoratori*, in *Arg.Dir.Lav.*, n. 2/2008, II, pag. 523 e segg.

([917]) Ampiamente sul punto, M.T. Carinci, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2007, II, pag. 1019 e segg.

([918]) V., per esempio, V. Speziale, *Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *Riv.Giur.Lav.*, 2006, I, pagg. 3 e segg.

([919]) V., nella dottrina giuslavoristica, M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffré, Milano, 2000, pag. 474 e segg., ove la ricostruzione dell'art. 1676 c.c. in termini di delegazione promissoria legale. Cfr. anche, per un diverso approccio, L. Corazza, *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 1997, I, spec. pagg. 79-81.

mediante l'esercizio di un'azione contro il committente, possano conseguire direttamente da quest'ultimo la minor somma fra quanto loro spetta in conseguenza del rapporto di lavoro e quanto è dovuto dal committente all'appaltatore in relazione al contratto d'appalto ([920]). Alla luce di tali elementi, è stato osservato in dottrina che l'art. 1676 c.c. prevede un'azione eccezionalmente concessa a maggior tutela dei lavoratori nei confronti di chi, pur restando estraneo ai rapporti individuali di lavoro, si è comunque avvalso del risultato della prestazione degli ausiliari dell'appaltatore e che «l'uso del termine processuale, ..., presuppone, ..., il diritto sostanziale cioè la facoltà dell'ausiliario di far valere il proprio credito di lavoro direttamente nei confronti del *debitor debitoris*» ([921]), fermo restando naturalmente il diritto del lavoratore di rivolgersi anche contro l'appaltatore ([922]).

Peraltro, nonostante la formulazione letterale della norma, si ritiene che la domanda *ex* art. 1676 c.c. possa essere proposta anche per via stragiudiziale ([923]), tramite una formale comunicazione indirizzata all'appaltante che contenga un «espresso richiamo alla responsabilità del committente per debiti di lavoro contratti dall'appaltatore» ([924]). In seguito alla domanda, il committente si aggiunge all'appaltatore in via solidale nella posizione debitoria ([925]), sia pure nei limiti del debito esistente al momento della proposizione della domanda stessa ([926]). Inoltre, una volta proposta la domanda, il committente non può più pagare all'appaltatore e se paga non è liberato dall'obbligazione verso gli ausiliari dell'appaltatore ([927]). Particolari problemi genera il possibile conflitto tra la cessione dei crediti relativi all'appalto da parte dell'appaltatore e la domanda *ex* art. 1676 c.c. proposta dagli ausiliari ([928]). In ogni caso, secondo l'orientamento prevalente deve ritenersi

---

([920]) Cass., 14 marzo 2001, n. 3559, in *Giur.It.*, 2001, pag. 1883, ove si precisa anche che «con l'azione prevista dall'art. 1676 c.c. i lavoratori fanno valere un diritto proprio» e che il committente «diventa diretto debitore dei lavoratori ... in aggiunta all'appaltatore-datore di lavoro, unico originario debitore». V. anche recentemente Cass., 24 ottobre 2007, n. 22304, in *Arg.Dir.Lav.*, n. 2/2008, II, pag. 518.

([921]) In questi termini, B. Miranda, *L'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore verso il committente*, in *Lav. 80*, 1988, pag. 842. Cfr., con riferimento all'ipotesi del subappalto, Cass., 9 agosto 2003, n. 12048, in *Giust.Civ.Mass.*, 2003, fasc. 7-8, ove si afferma che, ai sensi dell'art. 12 delle preleggi, l'art. 1676 c.c. si applica anche ai «dipendenti del subappaltatore (nei confronti del subcommittente o subappaltante). Il subappalto, infatti, altro non é che un vero e proprio appalto, con l'unica particolarità che, quale contratto derivato, lo stesso dipende dal contratto che ne costituisce il presupposto, di identica natura, stipulato a monte».

([922]) V., in proposito, Cass., 10 luglio 1984, n. 4051, in *Giust.Civ.*, 1985, I, pag. 1744, con nota di V. Cappuccilli, *Azione diretta degli ausiliari dell'appaltatore, pubblica amministrazione, fallimento*. In dottrina, M.T. Carinci, *La fornitura ...*, *op.cit.*, pag. 477 rileva che le due obbligazioni sono solidali, sicché la richiesta può essere rivolta indifferentemente ad entrambi gli obbligati.

([923]) Cass., 19 aprile 2006, n. 9048, in *Giust.Civ.Mass.*, fasc. 4; Cass., 14 marzo 2001, n. 3559, cit.; Pret. Avezzano, 11 luglio 1989, *Giust.Civ.*, 1990, I, pag. 2192.

([924]) In questi termini, Trib. Bologna, 8 giugno 2007, in *Arg.Dir.Lav.*, n. 2/2008, II, pag. 517.

([925]) Cass., 14 marzo 2001, n. 3559, cit.

([926]) Cfr. Trib. Torino, 11 marzo 2005, *Giur.Piem.*, 2006, n. 1, pag. 84 dalla cui massima si evince l'irrilevanza dell'eventuale sussistenza di debiti del committente, al momento della presentazione della domanda, riferiti ad altri periodi o ad altre opere o ad altri servizi resi dalla stessa appaltatrice, nonché Trib. Monza, 12 giugno 2002, *Giur.Mil.*, 2002, pag. 363, secondo cui spetta all'ausiliario dell'appaltatore provare il debito effettivo del committente al momento della domanda.

([927]) Cass., 19 aprile 2006, n. 9048, cit.; Cass., 14 marzo 2001, n. 3559, cit. In dottrina, v. F.A. Cirri, *Sull'azione degli ausiliari dell'appaltatore verso il committente*, in *Giust.Civ.*, 1990, I, pag. 2199; M.T. Carinci, *La fornitura ...*, *op.cit.*, pag. 477; M. Tatarelli, *L'azione diretta degli ausiliari dell'appaltatore contro il committente: fallimento del datore di lavoro ed altre questioni*, in *Mass.Giur.Lav.*, 1999, pag. 547-548. Cfr. Trib. Torino, 15 maggio 2004, *Giur.Piem.*, 2004, pag. 433, che ritiene invece rilevante per individuare la sussistenza e l'ammontare del debito del committente verso l'appaltatore solo il momento della proposizione della domanda giudiziale.

([928]) Cfr. M.T. Carinci, *La fornitura ...*, *op.cit.*, pag. 476, nonché ampiamente M. Scillieri, *Contratto di* factoring *e azione diretta degli ausiliari dell'appaltatore nei confronti del committente* ex *art. 1676 Cod. Civ.*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2005, fasc. 3, pag. 863 e segg.

vincolante per l'appaltante l'atto notificatogli (o comunicatogli) per primo ([929]).

La giurisprudenza di merito e legittimità è poi concorde nell'affermare che l'azione diretta prevista dall'art. 1676 c.c. è sottratta alle vicende economiche del contratto di appalto al quale si riferisce, in quanto spettante agli ausiliari dell'appaltatore per un proprio titolo, riconosciuto non in sostituzione del loro debitore, ma direttamente ([930]). Ne risulta che l'interesse creditorio degli ausiliari può essere soddisfatto, per il tramite dell'azione *ex* 1676 c.c., in via preferenziale rispetto agli altri creditori dell'appaltatore ([931]). Diretta conseguenza di quanto appena rilevato è anche il principio – ormai ampiamente consolidato nella giurisprudenza di legittimità – in base al quale il sopravvenuto fallimento dell'appaltatore non determina l'improcedibilità dell'azione proposta dai suoi dipendenti nei confronti dell'appaltante, poiché «l'apertura di quel procedimento concorsuale non può precludere l'esperimento di un'azione tra terzi espressamente accordata dalla legge» ([932]). In altri termini, se l'azione *ex* art. 1676 c.c. è già stata promossa, non ricorre nei confronti della stessa alcun profilo di improcedibilità, né sussistono violazioni della *par condicio creditorum* prevista dalla legge fallimentare ([933]) o – tantomeno – vizi di costituzionalità dell'art. 1676 c.c. con riferimento alla violazione dell'art. 3 Cost. per lo specifico beneficio accordato ad alcuni lavoratori ([934]).

Di particolare rilievo – soprattutto, come osserveremo nei successivi paragrafi, rispetto all'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 – è l'ambito di applicazione generale ([935]) dell'art. 1676 c.c., che riguarda gli appalti pubblici ([936]) e quelli privati, nonché dal lato passivo dell'obbligazione sia i committenti imprenditori e datori di lavoro, che tutti i committenti che non svolgano attività d'impresa o professionale. Peraltro, i titolari dell'azione *ex* art. 1676 c.c. sono soltanto i collaboratori subordinati

---

([929]) V., in proposito, Cass., 14 giugno 2002, n. 8608, in *Arg.Dir.Lav.*, 2005, fasc. 3, pag. 911: «deve affermarsi che prima della comunicazione della cessione del credito dell'appaltatore, il committente deve pagare ai dipendenti dello stesso, *ex* art. 1676 Cod. Civ.; dopo l'avvenuta comunicazione – ... – il committente deve pagare solo al cessionario, perché allora il pagamento a favore dei dipendenti non ha effetti liberatori». Cfr. anche Pret. Avezzano, 11 luglio 1989, cit., secondo cui prevale il soggetto che abbia per primo notificato la cessione o la richiesta di pagamento diretto *ex* art. 1676 c.c. In dottrina, M.T. Carinci, *La fornitura ...*, *op.cit.*, pag. 478, secondo cui fino alla domanda del lavoratore, il committente potrà pagare con pieno effetto liberatorio, dopo la domanda sarà legittimato a rifiutare il pagamento, gli sia chiesto dall'appaltatore, originario creditore, o da un cessionario. Di diverso avviso M. Tatarelli, *L'azione diretta degli ausiliari ...*, *op.cit.*, pag. 548, secondo cui la notifica della cessione al debitore è un criterio di preferenza non applicabile alla fattispecie, in considerazione dell'autonomia del credito dell'ausiliare nei confronti del committente.

([930]) Cass., 14 marzo 2001, n. 3559, cit. Cfr. Trib. Roma, 5 ottobre 1988, in *Mass.Giur.Lav.*, 1999, pag. 544, secondo cui «l'art. 1676 c.c. ha ... esattamente lo scopo di apprestare ai dipendenti dell'appaltatore una particolare garanzia proprio per il caso di difficoltà, in primo luogo economiche d'impresa, del suo datore di lavoro, consentendogli eccezionalmente il soddisfacimento dei crediti, nei limiti previsti dalla norma, ad opera del committente»; Trib. Grosseto, 3 maggio 2005, in *Lav.Giur.*, 2006, pag. 193.

([931]) Cfr. Pret. Avezzano, 11 luglio 1989, cit.; Trib. Roma, 5 ottobre 1988, cit.

([932]) Così Cass., 10 luglio 1984, n. 4051, cit. Nello stesso senso: Cass., 14 marzo 2001, n. 3559, cit.; Cass., 24 ottobre 2007, n. 22304, cit.; Trib. Roma, 5 ottobre 1988, cit. *Contra*, in giurisprudenza, Pret. Torino, 12 luglio 1994, in *Mass.Giur.Lav.*, 1994, pag. 726, con nota adesiva di A. Caiafa, *Fallimento ed azione diretta degli ausiliari nei confronti del committente*; in dottrina, V. Cappuccilli, *Azione diretta degli ausiliari dell'appaltatore ...*, *op.cit.*, pag. 1747 e segg.

([933]) Diffusamente sul punto Cass., 14 marzo 2001, n. 3559, cit., ove anche ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

([934]) Osserva ancora Cass., 14 marzo 2001, n. 3559, cit. come non sia irrazionale una norma che accorda uno specifico beneficio a determinati lavoratori, anche rispetto ad altri, in relazione alla attività lavorativa dai medesimi espletata e dalla quale il committente ha ricavato un particolare vantaggio.

([935]) M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro ...*, *op.cit.*, pag. 126.

([936]) Cfr. Cass., 10 luglio 1984, n. 4051, cit.; Pret. Torino, 12 luglio 1994, cit.

dell'appaltatore, con esclusione quindi dei lavoratori autonomi, dei professionisti, dei subappaltatori, dei fornitori dei materiali e in genere di tutti coloro che, pur avendo prestato la propria opera nell'ambito dell'appalto, non siano legati da un vincolo di subordinazione con l'appaltatore ([937]).

Rimane, infine, da rilevare come – stante la tipicità ed eccezionalità dell'azione diretta – essa deve ritenersi consentita solo se contenuta in una specifica disposizione di legge, come appunto l'art. 1676 c.c. ([938]), del quale deve essere esclusa qualsiasi applicazione analogica per effetto del divieto di cui all'art. 14 delle preleggi ([939]).

### 3. Dall'art. 3, l.n. 1369 del 1960 all'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003. Le diverse formulazioni dell'art. 29, comma 2 e la rinviata applicazione del regime di responsabilità solidale previsto dal c.d. "Decreto Bersani".

Di alcuni anni successiva al Codice Civile (e legata a una valutazione particolarmente cauta, se non negativa, del legislatore circa il fenomeno del decentramento produttivo), la disciplina della l.n. 1369 del 1960 conteneva ulteriori norme di protezione dei lavoratori impiegati negli appalti. Una breve disamina di tale normativa può essere utile a chiarire punti di continuità e profili di discontinuità con le disposizioni in materia di responsabilità solidali verso i lavoratori adottate (e ripetutamente modificate) dal legislatore nel corso degli ultimi anni.

Come noto, l'art. 3 della l.n. 1369 prevedeva una disciplina specifica per gli appalti di opere e servizi da eseguirsi nell'interno delle aziende ([940]) con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore. In caso di stipulazione di questi contratti d'appalto (che spesso si rivelavano essere a bassa intensità organizzativa e ad alta intensità di lavoro), l'imprenditore appaltante era tenuto in solido con l'appaltatore a corrispondere ai lavoratori da quest'ultimo dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo, non inferiori a quelli spettanti ai lavoratori dipendenti dall'appaltante ([941]). Inoltre, gli imprenditori appaltanti erano tenuti in solido con l'appaltatore, relativamente ai lavoratori da quest'ultimo dipendenti, all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza e assistenza. Tali diritti spettanti ai prestatori di lavoro potevano essere esercitati nei confronti dell'imprenditore appaltante durante l'esecuzione dell'appalto e fino a un anno dopo la data di cessazione dell'appalto stesso (art. 4, l.n. 1369) ([942]). A ulteriore presidio dell'effettività di queste norme, l'art. 6 della l.n. 1369 prevedeva, nei casi di inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 3, la responsabilità penale

---

([937]) M.T. Carinci, *La fornitura …*, *op.cit.*, pag. 474; B. Miranda, *L'azione diretta …*, *op.cit.*, pag. 844.

([938]) Di questo avviso: B. Miranda, *L'azione diretta …*, *op.cit.*, pag. 843.

([939]) F.A. Cirri, *Sull'azione degli ausiliari …*, *op.cit.*, pagg. 2201-2202.

([940]) Non si può ripercorrere in questa sede il lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale in merito al concetto di «endoaziendalità», su cui si rinvia a: M.T. Carinci, *La fornitura …*, *op.cit.*, pag. 490 e segg.

([941]) In giurisprudenza, v. Pret. La Spezia, 30 giugno 1962, in *Riv.Giur.Lav.*, 1962, II, pag. 659; Pret. Roma, 2 ottobre 1981, in *Temi Romana*, 1982, pag. 335; Trib. Genova, 25 marzo 1997, in *Mass.Giur.Lav.*, 1997, pag. 598; Cass., 17 gennaio 1968, n. 102, in *Riv.Giur.Lav.*, 1968, II, pag. 253; Cass., 12 luglio 1999, n. 7361, in *Giust.Civ.Mass.*, 1999, pag. 1625; Cass., 22 aprile 2000, n. 5296, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2001, II, pag. 33; Cass., 17 novembre 2003, n. 17400, in *Giust.Civ.Mass.*, 2003, fasc. 11.

([942]) V., però, recentemente Cass., 17 gennaio 2007, n. 996, in *Lav.Giur.*, n. 6/2007, pag. 571, con nota di E. Barraco, *Appalti, riscossione dei contributi previdenziali e termine di decadenza:* revirement *salva-INPS della Cassazione*.

dell'appaltatore.

La l.n. 1369 del 1960, attraverso un meccanismo di integrazione legale, imponeva, quindi, un trattamento minimo inderogabile retributivo e un trattamento normativo non inferiori a quelli dei dipendenti dell'appaltante e, conseguentemente, sostituiva il trattamento normalmente in essere tra l'appaltatore e i suoi dipendenti ([943]). Si trattava, evidentemente, di una misura volta a equiparare temporaneamente i dipendenti dell'appaltante e quelli dell'appaltatore, in modo da evitare il ricorso al contratto d'appalto da parte dell'impresa committente in funzione puramente contenitiva del costo del lavoro ([944]). D'altro canto, il lavoratore dipendente dall'appaltatore era garantito anche dal regime di responsabilità solidale in capo ad appaltante e appaltatore. Pertanto, anche nell'ambito della stipulazione di un contratto di appalto perfettamente legittimo, l'interesse precipuo della legge era quello di parificare, almeno transitoriamente e in relazione alle sole soglie quantitative minime di trattamento, i dipendenti dell'appaltante e quelli dell'appaltatore, che si trovassero a lavorare nell'ambito del ciclo produttivo della stessa impresa. Da tali strumenti di tutela erano, peraltro, esclusi i lavoratori impiegati negli appalti "esterni", nonché in una lunga serie di altre attività oggetto di appalto enumerate nell'art. 5 della medesima l.n. 1369.

L'art. 85, comma 1, lett. *c*) del d.lgs. n. 276 del 2003 ha abrogato integralmente la l.n. 1369 del 1960 (come previsto dall'art. 1, comma 2, lett. *m*), l.n. 30 del 2003) e dunque anche l'art. 3 dedicato alla tutela del lavoro nei c.d. "appalti interni".

L'art. 29, comma 2 del d.lgs. n. 276 del 2003 riproponeva, nel testo originario ([945]), solo parzialmente il contenuto dell'art. 3 della l.n. 1369 del 1960 e ne limitava l'operatività agli appalti di servizi. Si stabiliva, infatti, che «in caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti». Quanto al campo di applicazione, si registrava la condivisibile decisione di superare l'ambigua distinzione fra appalti interni ed esterni. A quel criterio si sostituiva, però una nuova divaricazione di disciplina fra appalti di opere e di servizi, discutibile sotto il profilo sia della razionalità del criterio prescelto, sia della conformità alle indicazioni della legge delega. Sulla base di questa nuova disciplina, i lavoratori operanti in un appalto di servizi (interno o esterno all'impresa) fruivano della tutela offerta dalla coobbligazione solidale fra appaltante e appaltatore per i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti, ma non avevano più diritto a un trattamento minimo

---

([943]) M.T. Carinci, *La fornitura …*, *op.cit.*, pag. 525.

([944]) L. Ventura, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1984, pagg. 238-239.

([945]) Su cui v. M.T. Carinci, *La tutela dei lavoratori negli appalti di servizi*, in M.T. Carinci-C. Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, tomo II del *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, Milano, 2004, pag. 198 e segg.; F. Scarpelli, *Art. 29. Appalto*, in E. Gragnoli-A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, pag. 435 e segg.; P. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. Pedrazzoli (coordinatore), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, spec. pagg. 323-326; P. Chieco, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, spec. pagg. 155-156; M. Tiraboschi, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Id. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. pagg. 224-227; P. Alleva, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, pag. 165 e segg.; M.G. Greco, *L'obbligazione solidale negli appalti dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *Lav.Giur.*, 2004, pag. 921 e segg.

inderogabile retributivo e a un trattamento normativo non inferiori a quelli spettanti ai lavoratori dipendenti dall'appaltante. Per i lavoratori impiegati negli appalti di opere restava esclusivamente la tutela generale prevista dall'art. 1676 c.c. per i dipendenti dell'appaltatore occupati in ogni tipo di appalto. A questo proposito, in dottrina era stato immediatamente sollevato il dubbio che proprio la riduzione delle garanzie per i lavoratori impiegati negli appalti rendesse molto più conveniente ricorrere appunto al contratto di appalto, piuttosto che alla somministrazione di lavoro([946]).

A seguito dei numerosi rilievi critici ([947]) circa la formulazione originaria dell'art. 29, comma 2, l'art. 6 del d.lgs. n. 251 del 2004 ([948]), «correttivo» del d.lgs. n. 276/2003 ([949]), ha successivamente reso omogenea la disciplina in caso di appalto di opere o di servizi e, pertanto, ha previsto che, in entrambi i casi (e «salvo diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative»), «il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti». Con il d.lgs. n. 251/2004, è stata, quindi, estesa anche al caso di appalto di opere l'obbligazione solidale in capo al committente imprenditore o datore di lavoro, ma è rimasta esclusa la clausola di parificazione di cui all'abrogato art. 3 della l. n. 1369/1960. Sempre l'art. 6 del d.lgs. n. 251 del 2004 ha, peraltro, aggiunto all'art. 29 il comma 3-*ter* chiarendo che «le disposizioni di cui al comma 2 non trovano applicazione qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale». Si esclude così dal regime di responsabilità solidale il committente persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale (in sostanza, il semplice committente privato senza propri dipendenti). Tale disposizione riconferma quanto già previsto nella l.n. 1369 (che limitava l'operatività dell'obbligazione solidale di cui all'art. 3 ai soli imprenditori e datori di lavoro), e intende mettere il "privato cittadino" al riparo da conseguenze troppo onerose, limitando la sua responsabilità a quanto previsto dall'art.

---

([946]) Con toni e accenti diversi, v. F. Scarpelli, *Art. 29 ...*, *op.cit.*, pag. 436; P. Chieco, *Somministrazione, comando, appalto ...*, *op.cit.*, pag. 155; P. Alleva, *La nuova disciplina degli appalti ...*, *op.cit.*, pagg. 165-170. Opposta l'opinione di M. Tiraboschi, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, ...*, *op.cit.*, pag. 227: «In caso di appalto di servizi è invece sembrato sufficiente – rispetto all'obiettivo di regolazione del mercato e di emersione delle pratiche abusive ... – imporre un regime di co-obbligazione solidale per i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali tra appaltatore e committente imprenditore».

([947]) Si vedano per tutti, pur da diversi punti di vista, M.T. Carinci, *La tutela dei lavoratori ...*, *op.cit.*, pagg. 200-201; P. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, ...*, *op.cit.*, pag. 325. Parla di «*monstrum* normativo», L. Calcaterra, *La tutela del lavoro negli appalti*, in R. De Luca Tamajo-M. Rusciano-L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, pag. 137.

([948]) Sia consentito il rinvio a M.T. Carinci-L. Imberti, *La tutela dei lavoratori negli appalti dopo il d.lgs. n. 251/2004*, in *Il «correttivo» alla legge di riforma del mercato del lavoro*, tomo V del *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, Milano, 2005, pag. 87 e segg. Cfr. anche P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti* labour intensive, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, spec. pagg. 202-207; M. Magnani, *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in M. Magnani-P.A. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, spec. pagg. 293-296; V. Speziale, *Appalti e trasferimento d'azienda*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 41/2006, spec. pagg. 17-21.

([949]) V., in proposito, M. Miscione, *Un "correttivo" sul mercato del lavoro per politiche nuove*, in *Il «correttivo» alla legge di riforma ...*, *op.cit.*, spec. pag. XXIII, secondo il quale «il correttivo ha disposto la solidarietà per tutti i tipi di appalto, di servizi e di opere, facendo diventare la normativa di risulta migliorativa, almeno sotto questo aspetto, rispetto a quella della l. n. 1369/1960. In questi casi, rimane una sensazione di perplessità, perché non si sa se il grande miglioramento sia stato voluto effettivamente oppure no, ma ovviamente non importa».

1676 c.c. La seconda formulazione dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276 del 2003 ha dettato, quindi, una disciplina uniforme per tutti i tipi di appalto, riconoscendo una responsabilità solidale fra appaltatore e appaltante (solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia un "imprenditore o datore di lavoro"). Si é verificata per questo aspetto, una consistente estensione della responsabilità solidale ad appalti che in precedenza non rientravano nel campo di applicazione dell'art. 3, l. n. 1369 del 1960. Peraltro, ad avviso della dottrina, anche questa prima modifica dell'art. 29, comma 2, confermando «l'abbandono, ..., della regola di parità di trattamento denota come sia ormai acquisito che lo scorporo, tramite il contratto di appalto, di fasi dell'attività risponda ad esigenze fisiologiche di organizzazione dell'impresa» ([950]). Inoltre, secondo la giurisprudenza di merito, sulla base dei criteri ermeneutici di cui all'art. 12, disp. prel. c.c., si doveva escludere che l'art. 29, comma 2 fosse applicabile anche nell'ipotesi del subappalto, nel senso che il committente non poteva essere ritenuto solidalmente responsabile dei crediti vantati dai dipendenti del subappaltatore ([951]). Considerato il carattere eccezionale della disposizione si doveva parimenti escludere anche l'applicazione di tale norma in via analogica (art. 14, disp. prel. c.c.) ([952]).

Un terzo intervento sulla disciplina delle responsabilità in materia di appalto si è registrato – dopo il cambio di maggioranza politico-parlamentare – con il c.d. "Decreto Bersani" (d.l. n. 223 del 4 luglio 2006), che nei commi da 28 a 34 dell'art. 35 ha previsto un particolare regime di solidarietà passiva tra appaltatore e subappaltatore. La l. 4 agosto 2006 n. 248 – in sede di conversione del citato d.l. n. 223 del 2006 – ha, peraltro, modificato il comma 33 dell'art. 35 e sostituito il comma 34, prevedendo l'applicazione del suddetto regime di solidarietà passiva tra appaltatore e subappaltatore solo successivamente all'emanazione di un decreto interministeriale che, come sopra anticipato, è intervenuta solo nei primi mesi del 2008.

Ne risulta che – di primo acchito e sino al citato recentissimo decreto interministeriale (abrogato ancor prima della sua entrata in vigore) – il "Decreto Bersani", come convertito in legge, ha modificato la disciplina delle responsabilità in materia di appalto solo con l'ultimo inciso dell'art. 35, comma 34 ove si precisava: «resta fermo quanto previsto dall'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, che deve intendersi esteso anche per la responsabilità solidale per l'effettuazione ed il versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente». Al riguardo, si deve ritenere che con tale disposizione – sia pure nel contesto di una disciplina rivolta primariamente a disciplinare il rapporto tra appaltatore e subappaltatore – il legislatore avesse voluto integrare proprio il disposto dell'art. 29, comma 2 del d.lgs. 276/2003, estendendo la responsabilità solidale del committente imprenditore o datore di lavoro anche all'effettuazione e versamento «delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente» ([953]).

---

([950]) M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro ...*, *op.cit.*, pag. 116.

([951]) Trib. Milano, 16 novembre 2005, in *Lav.Giur.*, 2006, pag. 1025.

([952]) Ancora Trib. Milano, 16 novembre 2005, cit.

([953]) Cfr. G. Burragato, *La disciplina giuslavoristica degli appalti dalla Legge Bersani alla Finanziaria 2007,* Relazione tenuta al Convegno organizzato dal Centro Studi Domenico Napoletano, Sezione Lombardia, Milano, Aula magna del Palazzo di Giustizia, 18 aprile 2007, dattiloscritto, pag. 3; M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro ...*, *op.cit.*, pagg. 136-137.

## 4. L'attuale formulazione dell'art. 29, comma 2 del d.lgs. 276/2003 e la falsa partenza del regime di responsabilità solidale previsto dal "Decreto Bersani". La disciplina vigente.

Nell'attesa dell'emanazione del decreto interministeriale previsto dal "Decreto Bersani" – rinviata ben oltre il termine di novanta giorni previsto dall'art. 35, comma 34 del d.l. n. 223 del 2006, convertito con modificazioni, dalla l.n. 248 del 2006 –, l'art. 1, comma 911 della l. 27 dicembre 2006, n. 296 ("legge finanziaria 2007") ([954]) ha riformulato l'art. 29, comma 2 del d.lgs. n. 276 del 2003, disponendo che «In caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti» ([955]).

L'elemento maggiormente dirompente dell'attuale formulazione dell'art. 29, comma 2 sembra risiedere proprio nella moltiplicazione dei centri di imputazione della responsabilità patrimoniale solidale, tale per cui il lavoratore impiegato nell'ultimo subappalto può rivolgere le proprie pretese creditorie nei confronti – oltre che del proprio datore di lavoro – anche del committente imprenditore o datore di lavoro, nonché dell'appaltatore e di tutti i subappaltatori collocati "a monte" del subappalto per il quale il lavoratore presta la sua opera ([956]).

Di rilievo è anche l'estensione temporale della soggezione alla responsabilità solidale, essendo ora previsto un termine di decadenza di due anni dalla cessazione dell'appalto ([957]). Quanto ai lavoratori che possono far valere la responsabilità solidale, stante la laconicità dell'art. 29, comma 2, che non offre precise indicazioni sul punto, sembra necessario cercare di limitare il campo di applicazione della norma. Ciò, soprattutto per evitare l'irrazionale estensione della responsabilità solidale verso tutti i lavoratori che abbiano in corso con l'appaltatore o il subappaltatore un qualsiasi rapporto di lavoro. Al riguardo, pare ragionevole – anche in virtù di un'interpretazione sistematica, che coinvolge l'art. 1676 c.c., e dando specifica rilevanza tecnica al riferimento ai «trattamenti retributivi» contenuto nell'art. 29, comma 2 – affermare la sussistenza della responsabilità

---

([954]) Per un ampio e articolato commento al riguardo, v. M. Miscione e D. Garofalo (a cura di), *Il lavoro nella Finanziaria 2007*, Ipsoa, Milano, 2007, nonché, in modo più conciso, M. Miscione, R. Garofalo e A. Muratorio, *Lavoro e previdenza nella legge Finanziaria 2007*, in *Lav.Giur.*, 2007, pagg. 113-123.

([955]) V., in proposito, P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 52/2007 e in *Lav.Giur.*, n. 5/2007, pag. 467 e segg.; M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro ..., op.cit.*, pagg. 119-125; G. Burragato, *La disciplina giuslavoristica degli appalti ..., op.cit.*, pag. 5; P. Tullini, *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2007, I, pag. 895; E. Barraco, *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in *Dir.Prat.Lav.*, 2007, pag. 1505 e segg.; G. Falasca, *Con la Finanziaria cambia ancora la disciplina degli appalti*, in *Guida Lav.*, n. 4/2007, pag. 39 e segg.; F. Rotondi, *Appalto, lavori atipici, P.A. e maternità: novità nella Finanziaria*, in *Dir.Prat.Lav.*, 2007, pag. 223 e segg.; S. Bertocco, *Lavoro e contratto di appalto*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, vol. II di F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro*, Utet, Torino, 2007, spec. pagg. 1395-1398; I. Alvino, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, n. 3/2007, pag. 507 e segg.; F. Mattiuzzo, *Le nuove responsabilità del committente, appaltatore e subappaltatore*, in *Lav.Giur.*, n. 6/2007, pag. 559 e segg.; P. Rausei, *Responsabilità solidale, verifiche ispettive e apparato sanzionatorio*, in *Dir.Prat.Lav.*, 2007, spec. pagg. 2633-2637.

([956]) M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro ..., op.cit.*, pagg. 117-118. Configurano, invece, una responsabilità solidale del solo committente per l'intera catena degli appalti e subappalti: I. Alvino, *Il regime delle responsabilità ..., op.cit.*, pagg. 527 e segg.; P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale ..., op.cit.*, pag. 3.

([957]) Cfr., però, le osservazioni di E. Barraco, *Appalti, riscossione dei contributi previdenziali e termine di decadenza ..., op.cit.*, pag. 576-577.

solidale del committente (e, analogamente, dell'appaltatore) solo nei confronti dei lavoratori dipendenti dall'appaltatore o dai subappaltatori e impiegati nello specifico appalto (o subappalto) di opere e servizi oggetto del contratto con il committente ([958]).

D'altra parte, quanto ai contenuti, tale disposizione mantiene invariata in tutte le sue successive formulazioni una significativa riduzione delle tutele per il lavoratore, configurando una sorta di garanzia intermedia fra quella già posta dal vecchio art. 3, l.n. 1369 del 1960 e quella generale dell'art. 1676 c.c. Viene prevista, infatti, una responsabilità solidale fra appaltante e appaltatore (e successivi subappaltatori) per il debito, relativo al solo trattamento retributivo (non più all'intero trattamento economico e normativo, come in precedenza ai sensi dell'art. 3, l.n. 1369), dell'appaltatore (o dei subappaltatori) verso il lavoratore (il lavoratore appunto non gode più di un diritto alla parità di trattamento con i dipendenti del committente, previsto in precedenza dall'art. 3, l.n. 1369); la solidarietà si estende, però, a tutto il credito retributivo e non é contenuta nei limiti del debito che il committente ha verso l'appaltatore al tempo della domanda (come invece accade ai sensi dell'art. 1676 c.c.). In senso contrario, tuttavia, si rileva che l'art. 29, comma 2 limita chiaramente la responsabilità solidale ai soli trattamenti retributivi e ai contributi previdenziali dovuti, dovendosi quindi escludere le somme dovute ai lavoratori che non rientrino in queste categorie, tra cui per esempio le indennità risarcitorie per il licenziamento illegittimo da parte dell'appaltatore ([959]). In tale limitazione dei trattamenti oggetto di responsabilità solidale risiede un'altra differenza con l'art. 1676 c.c., che in modo più ampio consente agli ausiliari dell'appaltatore di proporre contro il committente azione diretta per «conseguire quanto è loro dovuto» ([960]).

L'obbligazione solidale del committente – come già nell'art. 3, comma 3, l. n. 1369 del 1960 – include anche «i contributi previdenziali» ([961]) (e dovrebbe operare in questo caso a favore degli enti previdenziali creditori e non verso il lavoratore che creditore non è ([962]), come invece sembra di dover desumere dalla formulazione letterale dell'art. 29, comma 2). Resta infine confermata, nell'attuale formulazione dell'art. 29, la previsione di cui al comma 3-*ter*, che esclude dall'applicazione del regime di responsabilità solidale il committente persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale (ovvero, come già rilevato, il semplice committente privato senza propri dipendenti). Ciò non toglie, tuttavia, che la responsabilità solidale continui a sussistere tra appaltatore e subappaltatore.

Ultimo, ma non meno importante, rilievo concerne l'applicabilità della regola di responsabilità solidale di cui all'art. 29 ai soli appalti privati. Infatti, il chiaro tenore letterale dell'art. 1, comma

---

([958]) Di questa opinione P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale ...*, *op.cit.*, pag. 16; M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro ...*, *op.cit.*, pag. 123. Ritiene, invece, che possano azionare la responsabilità solidale *ex* art. 29, d.lgs. n. 276/2003 anche i lavoratori a progetto e i lavoratori autonomi I. Alvino, *Il regime delle responsabilità ...*, *op.cit.*, pag. 523.

([959]) Di diverso (non condivisibile) avviso, Trib. Bologna, 19 marzo 2007, in *Arg.Dir.Lav.*, n. 2/2008, II, pag. 516.

([960]) V., in proposito, F. Scarpelli, *Art. 29 ...*, *op.cit.*, pag. 438, secondo il quale l'art. 29 «limita l'obbligazione solidale ai trattamenti retributivi», laddove per «gli altri titoli di credito – comunque calcolati sulla base del regolamento contrattuale applicabile nell'impresa appaltatrice – non opera la responsabilità solidale illimitata del committente, mentre deve ritenersi possibile l'azione diretta *ex* art. 1676 (che appunto parla genericamente di quanto «*è dovuto*» ai dipendenti dell'appaltatore, e non solo di retribuzione)».

([961]) Specificamente sul punto, A. Sica, *Contribuzione nell'appalto*, in *Dir.Prat.Lav.*, 2007, pag. 2645 e segg.

([962]) P. Chieco, *Somministrazione, comando, appalto ...*, *op.cit.*, pag. 155.

2 del d.lgs. 276 del 2003 ([963]) – su cui, peraltro, sono stati avanzati da più parti seri e argomentati dubbi di legittimità costituzionale per eccesso di potere legislativo delegato ([964]) rispetto al principio di cui all'art. 6 della l.n. 30 del 2003 ([965]) – porta, allo stato attuale, a escludere gli appalti pubblici ([966]) dal campo di applicazione della responsabilità solidale *ex* art. 29, comma 2 ([967]). Infatti, nonostante una delle prime pronunce in materia abbia al contrario affermato l'applicabilità di tale regola anche al caso in cui committente sia una Pubblica Amministrazione ([968]), non pare possibile superare il dettato dell'art. 1, comma 2 del d.lgs. 276 del 2003 in via meramente interpretativa e in assenza di un esplicito intervento della Consulta, che dichiari costituzionalmente illegittima l'esclusione della Pubblica Amministrazione dal campo di applicazione del medesimo decreto, quantomeno con specifico riferimento al regime di responsabilità solidale in materia di appalti.

Il regime di responsabilità solidale di cui all'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 deve essere integrato con la residua disciplina prevista dal citato "Decreto Bersani" (art. 35, commi da 28 a 34 del d.l. n. 223 del 2006, convertito con modificazioni, dalla l.n. 248 del 2006). Come già rilevato, la piena applicazione delle norme del "Decreto Bersani" in materia di responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore era subordinata all'adozione di un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, che stabilisse la documentazione attestante l'assolvimento di una serie di adempimenti fiscali, previdenziali e contributivi. Dopo circa un anno e mezzo di inerzia, il Governo di centrosinistra solo recentemente ha approvato il Decreto Ministro dell'Economia e delle Finanze (di concerto con il Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale), 25 febbraio 2008, n. 74 ([969]), ovvero il «Regolamento concernente l'art. 35, commi da 28 a 34 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248».

I profili interpretativi di possibile conflitto tra l'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 e il *corpus* normativo derivante dal "Decreto Bersani" erano, già a prima vista, consistenti e numerosi e rischiavano di creare numerosi problemi applicativi. Tuttavia, prima che le norme del "Decreto Bersani" trovassero piena applicazione, il Governo di centrodestra – appena entrato in carica dopo

---

([963]) Secondo cui «il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale».

([964]) F. Borgogelli-T. Groppi, *Art. 1. Finalità e campo di applicazione*, in E. Gragnoli-A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro …*, *op.cit.*, pagg. 26-27. Cfr. anche M.T. Carinci, *La tutela dei lavoratori …*, *op.cit.*, pagg. 201-202. In giurisprudenza, v. Trib. Pavia, 29 aprile 2006, *D&L – Riv.Crit.Dir.Lav.*, 2006, pag. 539, con nota di F. Capurro, *Garanzie relative a trattamenti economici spettanti ai lavoratori impiegati in appalti conferiti dalla pubblica amministrazione*.

([965]) «Le disposizioni degli articoli da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate». Su tale norma v. i rilievi critici di E. Gragnoli, *Il rapporto di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni*, in M.T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, spec. pagg. 251-252.

([966]) Sulla cui specifica disciplina, tra cui in particolare il d.lgs. n. 163 del 2006, v. F. Scarpelli, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Riv.Giur.Lav.*, 2006, I, pag. 753 e segg.; G. Spolverato-A. Piovesana, *Disciplina degli appalti nella P.A.*, in *Dir.Prat.Lav.*, 2007, pag. 1995 e segg.

([967]) In questo senso anche P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale …*, *op.cit*., pag. 10.

([968]) Trib. Pavia 29 aprile 2006, cit., a seguito di un'interpretazione conforme a Costituzione del d.lgs. n. 276 del 2003 fondata sui principi di delega della l.n. 30 del 2003, ritiene che il legislatore potesse escludere l'applicazione del decreto stesso solo alla Pubblica Amministrazione quale datrice di lavoro (e, quindi, ai rapporti di lavoro alle dipendenze della stessa), ma non «alla pubblica amministrazione nel proprio ruolo istituzionale» e «di semplice committente dell'appalto di servizi». In dottrina, per l'applicazione dell'art. 29 anche agli appalti pubblici, G. Spolverato-A. Piovesana, *Disciplina degli appalti nella P.A.*, *op.cit.*, pagg. 1998-2001.

([969]) V. *supra* nota 1.

le elezioni – ha approvato in una delle prime riunioni del Consiglio dei Ministri il decreto legge 3 giugno 2008, n. 97 ([970]), con il quale «sono stati abrogati tutti gli obblighi di comunicazione, che sarebbero entrati in vigore il ... 15 giugno» ([971]). Infatti, l'art. 3, comma 8 del d.l. n. 97/2008 ha stabilito che «i commi da 29 a 34 dell'articolo 35 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, nonché il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 25 febbraio 2008, n. 74, sono abrogati».

Ne consegue che – allo stato attuale e ferma restando la necessaria conversione in legge del d.l. n. 97/2008 – la sola norma rimasta in vigore del "Decreto Bersani" è l'art. 35, comma 28, in base al quale «l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore della effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore». Si prevede, quindi, un regime di responsabilità solidale che riguarda tutti coloro che assumano la posizione di appaltatore e subappaltatore, senza alcuna limitazione o esclusione soggettiva. La responsabilità solidale prevista dal "Decreto Bersani" non trova, invece, applicazione nei confronti del committente. L'ambito oggettivo di applicazione della norma investe l'effettuazione e il versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente, nonché il versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore e la responsabilità solidale non ha limiti quantitativi. Peraltro, come già osservato, la responsabilità solidale per i contributi previdenziali e assicurativi dovrebbe operare a favore degli enti previdenziali creditori e non verso il lavoratore che creditore non è. Allo stesso modo, la responsabilità solidale per l'effettuazione e il versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente dovrebbe operare nei confronti delle autorità e delle agenzie preposte al prelievo fiscale.

Il principale effetto collaterale della disciplina del "Decreto Bersani" è la determinazione di due regimi di responsabilità solidale parzialmente differenti in caso di appalto e di subappalto. Del resto, la normativa prevista dal comma 28 dell'art. 35 del "Decreto Bersani", originariamente formulata con riferimento al testo dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003 risultante dal d.lgs. n. 251/2004 – che non prevedeva alcuna responsabilità solidale tra committente (imprenditore o datore di lavoro) e subappaltatore, né (almeno formalmente) tra appaltatore e subappaltatore ([972]) – è entrata in vigore con il nuovo testo dell'art. 29, comma 2, d.lgs. 276/2003, previsto dalla Finanziaria 2007 e attualmente vigente (che, viceversa, prevede una catena di responsabilità solidali tra committente imprenditore o datore di lavoro, appaltatore e subappaltatori).

---

([970]) V. *supra* nota 3.

([971]) Così il Comunicato stampa del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali datato 30 maggio 2008.

([972]) Per la verità, un'impostazione consolidata considera il subappalto null'altro che un appalto in cui l'appaltatore assume le vesti del committente. In dottrina, v. M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro ...*, *op.cit.*, pagg. 100-101 e 117-118; G. Burragato, *La disciplina giuslavoristica degli appalti ...*, *op.cit.*, pag. 7. Cfr. Cass., 9 agosto 2003, n. 12048, cit., ove si afferma che «Il subappalto, ..., altro non é che un vero e proprio appalto, con l'unica particolarità che, quale contratto derivato, lo stesso dipende dal contratto che ne costituisce il presupposto, di identica natura, stipulato a monte» e, conseguentemente, si riconosce l'applicazione, ai sensi dell'art. 12 delle preleggi, dell'art. 1676 c.c. anche ai «dipendenti del subappaltatore (nei confronti del subcommittente o subappaltante)».

Ma procediamo con ordine e proviamo a chiarire il quadro interpretativo e applicativo determinato dalla coesistenza di queste due diverse discipline in materia di responsabilità solidale negli appalti e nei subappalti.

Innanzitutto, nessuna questione si pone con riferimento alla disciplina applicabile ai dipendenti dell'appaltatore, per i quali vige la sola regola di cui all'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, con conseguente responsabilità solidale del committente imprenditore o datore di lavoro e dell'appaltatore-datore di lavoro per i trattamenti retributivi e per i contributi previdenziali di qualsiasi tipo (compresi i contributi assicurativi per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, di cui sono pacifiche la natura e la finalità previdenziale ([973])). Non sussiste più, invece, alcuna responsabilità solidale per le ritenute fiscali poiché il d.l. n. 97/2008 ha abrogato il comma 34 dell'art. 35 del "Decreto Bersani" ove si prevedeva che «resta fermo quanto previsto dall'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, che deve intendersi esteso anche per la responsabilità solidale per l'effettuazione ed il versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente».

Più complesso è il regime di responsabilità solidale di cui possono avvantaggiarsi i dipendenti del subappaltatore, cui solo si applicano sia l'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 nell'attuale formulazione che la residua norma del "Decreto Bersani". Al riguardo, la difficile lettura congiunta delle due discipline richiede di procedere in modo schematico nell'affrontare il regime di responsabilità solidale per i trattamenti retributivi, per i contributi previdenziali e assicurativi e per le ritenute fiscali, evidenziando al contempo la diversa posizione in cui si trovano l'appaltatore e il committente (naturalmente, ove rientranti nel campo di applicazione soggettivo delle due discipline) nei confronti dei dipendenti del subappaltatore.

Quanto ai trattamenti retributivi dei dipendenti del subappaltatore, in realtà non si registra alcuna sovrapposizione normativa tra art. 29, comma 2 del d.lgs. n. 276/2003 e "Decreto Bersani". La responsabilità solidale per i trattamenti retributivi è disciplinata solo dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276 nell'attuale formulazione, al cui commento pertanto si rinvia. In questa sede, ci si limita a ribadire che committente imprenditore o datore di lavoro, appaltatore e subappaltatori sono solidalmente e illimitatamente responsabili per i trattamenti retributivi dei lavoratori dipendenti dai subappaltatori e impiegati nello specifico subappalto di cui si giovano il committente e l'appaltatore. Come già rilevato, ciò significa che il lavoratore dipendente impiegato nell'ultimo subappalto può rivolgere le proprie pretese circa i crediti retributivi nei confronti – oltre che del proprio datore di lavoro – anche del committente imprenditore o datore di lavoro, nonché dell'appaltatore

---

([973]) Al riguardo, l'esplicito riferimento contenuto nel comma 28 dell'art. 35 del "Decreto Bersani" ai «contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali», non può valere al contrario a fare ritenere esclusi tali contributi dai «contributi previdenziali», per i quali vige la responsabilità solidale *ex* art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003. Si deve, infatti, ritenere che nell'ampia espressione «contributi previdenziali» vadano inclusi tutti i contributi aventi tale natura, tra cui certamente anche i contributi assicurativi per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. In tal senso, anche le opinioni espresse da P. Rausei, *Responsabilità solidale …*, *op.cit.*, pag. 2637, secondo il quale «vale la pena evidenziare che seppure l'art. 29, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003 non faccia espresso riferimento (come invece l'art. 35, comma 28, del D.L. n. 223/2006 per l'appaltatore) ai premi assicurativi Inail, l'obbligazione solidale deve ritenersi a questi indiscutibilmente estesa. A questo fine basta segnalare che per effetto del nuovo art. 7, comma 3-*bis* del D.Lgs. n. 626/1994 (introdotto dall'art. 1, comma 910, della legge n. 296/2006), il «committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro». Ciò appunto segnala che la solidarietà del committente non può essere intesa senza riferirsi anche ai premi dovuti per l'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali». Di diverso avviso P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale …*, *op.cit*., pag. 8; G. Burragato, *La disciplina giuslavoristica degli appalti …*, *op.cit.*, pagg. 3 e 8.

e di tutti i subappaltatori collocati "a monte" del subappalto per il quale il lavoratore presta la sua opera.

Maggiormente farraginosa risulta la disciplina della responsabilità solidale in materia di contributi previdenziali e assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e di ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente. Ai sensi del solo art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, committente imprenditore o datore di lavoro, appaltatore e subappaltatori sono solidalmente responsabili per i contributi previdenziali e assicurativi dei lavoratori impiegati nel subappalto di cui si giovano il committente e l'appaltatore. Infatti, anche in questo caso, l'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 consente al lavoratore impiegato nell'ultimo subappalto (*rectius* agli enti previdenziali) di chiedere il corretto versamento degli importi contributivi – oltre che al subappaltatore titolare del rapporto di lavoro – anche al committente imprenditore o datore di lavoro, nonché all'appaltatore e a tutti i subappaltatori collocati "a monte" del subappalto per il quale il lavoratore presta la sua opera. Ai sensi dell'art. 35, comma 28 del "Decreto Bersani", invece, solo appaltatore e subappaltatore rispondono in solido dell'effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente, nonché del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore.

L'applicazione congiunta di queste due norme comporta che i dipendenti del subappaltatore possono contare sulla responsabilità solidale e illimitata di committente imprenditore o datore di lavoro, appaltatore e subappaltatore (titolare del rapporto di lavoro) per i contributi previdenziali e assicurativi. Per quanto concerne l'effettuazione e il versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente si applica un regime di responsabilità solidale e illimitata solo tra appaltatore e subappaltatore-datore di lavoro.

Si conferma, quindi, che la responsabilità solidale dell'appaltatore nei confronti dei dipendenti del subappaltatore è sottoposta a un regime parzialmente autonomo e diverso rispetto a quello che regola la responsabilità solidale del committente nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore e del subappaltatore. Sotto questo profilo, il contratto di appalto e quello di subappalto sono soggetti a una diversa disciplina, nonostante il subappalto sia «contraddistinto dagli stessi elementi propri del contratto d'appalto» e «connotato dal fatto ... che ne è parte in qualità di appaltante chi ha assunto la veste di appaltatore in un precedente contratto d'appalto» ([974]). Al riguardo, dal punto di vista della tecnica legislativa, si osserva solamente che non sembrano sussistere apprezzabili ragioni per diversificare il regime dell'appalto da quello del subappalto ([975]).

Resta ancora da osservare che – a differenza dell'art. 29, comma 2 del d.lgs. n. 276/2003, che prevede un termine di decadenza di due anni dalla cessazione dell'appalto – nessun termine breve è posto dal "Decreto Bersani" in relazione alla responsabilità solidale dell'appaltatore ([976]) per il versamento dei contributi previdenziali e assicurativi e delle ritenute fiscali in favore dei dipendenti del subappaltatore. L'azione per far valere tale responsabilità sarà, quindi, soggetta agli ordinari termini di prescrizione.

---

([974]) In questi termini, M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro ...*, *op.cit.*, pagg. 100-101.

([975]) Del tutto condivisibile, al riguardo, l'opinione di G. Burragato, *La disciplina giuslavoristica degli appalti ...*, *op.cit.*, pag. 9.

([976]) P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale ...*, *op.cit.*, pag. 9.

Va infine rilevato che – ai sensi dell'art. 29, d.lgs. n. 276 e dell'art. 35, comma 28 del "Decreto Bersani" – il committente imprenditore o datore di lavoro e l'appaltatore non godono di alcuna possibilità di esonero dalla responsabilità solidale o di limitazione della stessa.

### 5. Salute e sicurezza sul lavoro e contratti d'appalto e di subappalto. Dall'art. 7 del d.lgs. n. 626 del 1994 all'art. 26 del d.lgs. n. 81 del 2008. La responsabilità solidale per i danni non indennizzati.

Contestualmente alla più recente modifica del testo dell'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, l'art. 1, comma 910 della l. 27 dicembre 2006, n. 296 ("legge finanziaria 2007") ha operato sull'art. 7 («Contratto di appalto o contratto d'opera») del d.lgs. n. 626/1994 due interventi volti ad accrescere il livello di tutela dei lavoratori impiegati negli appalti, con specifico riguardo alla salute e sicurezza sul lavoro ([977]).

In primo luogo, i medesimi obblighi di verifica e informazione già in precedenza posti in capo al committente datore di lavoro che decida l'affidamento dei lavori all'interno dell'azienda, ovvero dell'unità produttiva, ad imprese appaltatrici o a lavoratori autonomi sono stati notevolmente ampliati, dal momento che devono essere adempiuti non solo «in caso di affidamento dei lavori ad imprese appaltatrici o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa», ma anche «nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima» ([978]).

In secondo luogo, la finanziaria 2007 ha introdotto nell'art. 7, d.lgs. n. 626/1994 il nuovo comma 3-*bis* in base al quale «l'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro» ([979]).

È significativo che, ad un ampliamento degli obblighi prevenzionistici posti in capo al committente datore di lavoro, si sia accompagnata una norma dalla finalità chiaramente "risarcitoria" ([980]) e che tale disposizione – in modo simmetrico rispetto a quella di cui al comma 911, che ha riformulato l'art. 29, comma 2 del d.lgs. n. 276/2003 – abbia definito un regime di responsabilità che investe il committente, l'appaltatore, nonché ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori. Va,

---

([977]) Cfr. L. Galantino, *Nuove prospettive in tema di tutela della sicurezza sul lavoro*, in *Dir.Prat.Lav.*, n. 47/2007, Inserto, spec. pagg. V-VII; P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale ...*, *op.cit.*, pagg. 10-13; E. Barraco, *Nuova disciplina lavoristica ...*, *op.cit.*, pagg. 1505-1506.

([978]) Cfr. Cass. penale 12 ottobre 2007, n. 37588, in *Dir.Prat.Lav.*, 2008, pag. 309.

([979]) Su cui v. ampiamente F. Bacchini, *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli appalti "d'impresa" ed endoaziendali*, in Id. (a cura di), *Commentario alla sicurezza del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2008, pag. 134 e segg.

([980]) L. Montuschi, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, I, pagg. 1197-1198, parla, in proposito, di inedita *vis* compulsiva della solidarietà passiva nella filiera degli appalti.

peraltro, precisato che, in questo caso, risponde in solido esclusivamente il committente imprenditore (non, quindi, il "semplice" datore di lavoro) ([981]) e tale garanzia patrimoniale è esplicitamente limitata ai soli lavoratori che abbiano in essere con l'appaltatore o il subappaltatore un rapporto di lavoro subordinato ([982]). Inoltre, è stato correttamente ritenuto che l'obbligazione solidale presupponga comunque il preventivo accertamento di una responsabilità per colpa dell'appaltatore o subappaltatore principale, datore di lavoro del dipendente che ha subito i danni([983]).

Quanto all'oggetto dell'obbligazione solidale, essa sembrava investire i danni estranei alla tutela assicurativa e, perciò, gravanti esclusivamente sul datore di lavoro ([984]), quali il danno biologico temporaneo e differenziale, nonché quello morale ed esistenziale. Inoltre, secondo alcune opinioni ([985]) – sarebbero stati da ricomprendere nell'obbligazione solidale anche i danni derivanti da eventi non indennizzabili perché non protetti o riguardanti soggetti non compresi nella tutela. L'azione per far valere tale responsabilità solidale non era, peraltro, soggetta ad alcun termine di decadenza ([986]).

Più recentemente la l.n. 123 del 3 agosto 2007 – recante misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia – è intervenuta con due ulteriori disposizioni sull'art. 7, d.lgs. n. 626/1994.

L'art. 3 della l.n. 123 del 2007 ha, infatti, riformulato il comma 3 stabilendo che «il datore di lavoro committente promuove la cooperazione ed il coordinamento di cui al comma 2» – ovvero le attività volte all'attuazione delle misure e degli interventi di prevenzione e di protezione dai rischi sul lavoro –, «elaborando un unico documento di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare le interferenze. Tale documento è allegato al contratto di appalto o d'opera. Le disposizioni del presente comma non si applicano ai rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi». L'art. 3 della l. n. 123 del 2007 ha poi anche introdotto nell'art. 7, d.lgs. n. 626/1994 il comma 3-*ter*, ove si afferma che «Ferme restando le disposizioni in materia di sicurezza e salute del lavoro previste dalla disciplina vigente degli appalti pubblici, nei contratti di somministrazione, di appalto e di subappalto, di cui agli articoli 1559, 1655 e 1656 del codice civile, devono essere specificamente indicati i costi relativi alla sicurezza del lavoro. A tali dati possono accedere, su richiesta, il rappresentante dei lavoratori di cui all'articolo 18 e le organizzazioni sindacali dei lavoratori».

Il risultato di questi interventi in serie è stata la pressoché totale riformulazione dell'art. 7, d.lgs.

---

([981]) Critico, sul punto, P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale ...*, *op.cit.*, pag. 12, secondo cui si tratta di «una scelta criticabile perché produce l'effetto di escludere dall'ambito di applicazione (anche) di questa norma di tutela, i dipendenti di appaltatori e subappaltatori di – nonché i lavoratori autonomi che acquisiscono commesse da – pubbliche amministrazioni e dalle organizzazioni non imprenditoriali». Dello stesso avviso P. Tullini, *Sicurezza e regolarità ...*, *op.cit.*, pag. 895.

([982]) M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro ...*, *op.cit.*, pag. 133.

([983]) G. Burragato, *La disciplina giuslavoristica degli appalti ...*, *op.cit.*, pag. 12.

([984]) Cfr. P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale ...*, *op.cit*., pag. 13, secondo cui va escluso che il committente possa essere chiamato in via solidale con il datore di lavoro appaltatore o subappaltatore a rispondere dell'azione di regresso in ipotesi intentata dall'Inail.

([985])E. Barraco, *Nuova disciplina lavoristica ...*, *op.cit.*, pag. 1508; G. Burragato, *La disciplina giuslavoristica degli appalti ...*, *op.cit.*, pag. 12.

([986]) G. Burragato, *La disciplina giuslavoristica degli appalti ...*, *op.cit.*, pag. 3.

n. 626/1994 nell'arco di meno di un anno. Il nuovo testo risultante da tale opera di vera e propria riscrittura ha imposto un intervento sempre più attivo del committente datore di lavoro nella protezione della salute e sicurezza dei lavoratori impiegati negli appalti ([987]).

E tale processo di sostanziale coinvolgimento dell'appaltatore datore di lavoro nella prevenzione e protezione dei rischi cui sono esposti i lavoratori impiegati nell'attività lavorativa oggetto dell'appalto ha trovato conferma e ulteriori precisazioni nel recente d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, recante «Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro» ([988]), meglio noto come Testo Unico sulla sicurezza e salute nei luoghi di lavoro. La stessa l.n. 123 del 2007, nel fissare i principi e criteri direttivi della delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro ([989]), aveva, tra l'altro, indicato – nell'art. 1, comma 2, lett. s) – la «revisione della normativa in materia di appalti prevedendo misure dirette a: 1) migliorare l'efficacia della responsabilità solidale tra appaltante ed appaltatore e il coordinamento degli interventi di prevenzione dei rischi, con particolare riferimento ai subappalti, anche attraverso l'adozione di meccanismi che consentano di valutare l'idoneità tecnico-professionale delle imprese pubbliche e private, considerando il rispetto delle norme relative alla salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro quale elemento vincolante per la partecipazione alle gare relative agli appalti e subappalti pubblici e per l'accesso ad agevolazioni, finanziamenti e contributi a carico della finanza pubblica».

Nel dare attuazione alla delega legislativa, l'art. 304, d.lgs. n. 81/2008 ha esplicitamente abrogato il d.lgs. n. 626/1994, ma molte delle previgenti disposizioni sono confluite (in alcuni casi con modifiche) nel nuovo dettato legislativo. Con riferimento ai contratti d'appalto, d'opera o di somministrazione, l'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008 ha sostanzialmente confermato, nei commi da 1 a 5, l'impianto normativo già previsto dall'art. 7, d.lgs. n. 626/1994, cui sono state aggiunte ulteriori misure volte a migliorare l'effettività della protezione della salute e sicurezza ([990]).

In particolare, l'art. 26, comma 1 ([991]), d.lgs. n. 81/2008 ha inteso rendere più stringente, in caso di affidamento di lavori a un'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all'interno dell'azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima, la verifica da parte del datore di lavoro appaltante dell'idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi in relazione ai lavori da affidare in appalto.

Il comma 2 ([992]) dell'art. 26 ha, inoltre, imposto anche ai subappaltatori, oltre che agli altri datori di lavoro, di cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto e di coordinare gli interventi di protezione e

---

([987]) V. ampiamente, sul punto, M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro …*, *op.cit.*, pagg. 145-157. Cfr. anche P. Soprani, *Evoluzione del sistema prevenzionistico in materia di appalto*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2007, pag. 2669 e segg.

([988]) V. *supra* nota 2.

([989]) V., in proposito, F. Bacchini, *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche …*, *op.cit.*, pag. 67 e segg.; M. Lepore, *La legge delega sulla sicurezza: prime riflessioni*, in *Lav.Giur.*, 2007, pag. 1079 e segg.

([990]) V. ampiamente, al riguardo, P. Pascucci, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul Titolo I del decreto legislativo n. 81 del 2008 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 73/2008, pagg. 96-106

([991]) Cfr. il previgente art. 7, comma 1, d.lgs. n. 626/1994.

([992]) Cfr. il previgente art. 7, comma 2, d.lgs. n. 626/1994.

prevenzione dai rischi cui sono esposti i lavoratori, informandosi reciprocamente anche al fine di eliminare rischi dovuti alle interferenze tra i lavori delle diverse imprese coinvolte nell'esecuzione dell'opera complessiva.

Con riferimento specifico alle responsabilità solidali in materia di infortuni sul lavoro è, invece, intervenuto il comma 4 dell'art. 26, d.lgs. n. 81/2008 che ha recepito e precisato il contenuto del previgente art. 7, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 626/1994. La nuova disposizione chiarisce esplicitamente che: «Ferme restando le disposizioni di legge vigenti in materia di responsabilità solidale per il mancato pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali e assicurativi, l'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato per opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) o dell'Istituto di previdenza per il settore marittimo (IPSEMA). Le disposizioni del presente comma non si applicano ai danni conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici». La nuova disciplina, da un lato, amplia opportunamente il campo di applicazione soggettivo della norma anche ai lavoratori coperti dall'assicurazione antinfortunistica presso l'Istituto di previdenza per il settore marittimo (IPSEMA), dall'altro lato, limita l'ambito oggettivo di applicazione della responsabilità solidale, escludendo appunto i danni conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici. In altri termini, sembra che i danni oggetto di responsabilità solidale – purché provocati da rischi "non specifici", ovvero estranei all'attività tipica dell'appaltatore o del subappaltatore – siano ora i danni non indennizzati dagli istituti assicurativi obbligatori contro gli infortuni sul lavoro perché legati ad eventi infortunistici non coperti dalle relative tutele; i danni riguardanti soggetti non compresi nella tutela; i danni differenziali (biologico temporaneo e differenziale, morale ed esistenziale) derivanti da eventi comunque di origine professionale, riconosciuti dalle relative assicurazioni obbligatorie. Deve, invece, ritenersi esclusa – alla luce del criterio distintivo posto dalla nuova disciplina – la responsabilità solidale in ordine al risarcimento dei medesimi danni se conseguenti ad infortuni derivanti da rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici. L'azione per far valere la responsabilità solidale continua a non essere soggetta ad alcun termine di decadenza.

Infine, l'art. 26, comma 5, d.lgs. n. 81/2008 ha inasprito la disposizione di cui al previgente art. 7, comma 3-*ter*, d.lgs. n. 626/1994, stabilendo che nei singoli contratti di subappalto, di appalto e di somministrazione, di cui agli articoli 1559, ad esclusione dei contratti di somministrazione di beni e servizi essenziali, 1655, 1656 e 1677 c.c., devono essere specificamente indicati a pena di nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c. i costi relativi alla sicurezza del lavoro con particolare riferimento a quelli propri connessi allo specifico appalto.

## 6. L'attuale stato dell'arte e il rapporto tra le diverse norme vigenti in materia di responsabilità solidale.

Gli interventi in materia di responsabilità solidale negli appalti operati negli ultimi due anni – a partire dal "Decreto Bersani" (nelle diverse fasi della sua contrastata "esistenza") per giungere al Testo Unico sulla sicurezza – hanno indubbiamente rappresentato il tentativo di operare un consistente rafforzamento della tutela patrimoniale dei crediti dei lavoratori subordinati impiegati negli appalti (e degli enti previdenziali e assicurativi e delle agenzie fiscali). Tale strategia è, tutta-

via, stata perseguita in modo non sempre chiaro e lineare dal punto di vista della tecnica legislativa e del coordinamento tra le diverse norme.

È rilevante, in proposito, stabilire quale rapporto sussista, nell'attuale stato dell'arte, tra le norme previste dalla legislazione speciale e aventi un ambito applicativo più o meno ridotto – ovvero l'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003; l'art. 35, comma 28 del d.l. n. 223 del 2006, convertito con modificazioni, dalla l.n. 248 del 2006 ("Decreto Bersani"); l'art. 26, comma 4, d.lgs. n. 81/2008 – e la risalente previsione di carattere generale di cui all'art. 1676 c.c.

Non pare al riguardo che vi sia alcuna incompatibilità logica o giuridica tra la (permanente) vigenza dell'art. 1676 c.c. e l'applicazione dei regimi di responsabilità solidale contemplati nella legislazione speciale. Infatti, considerati i diversi ambiti di applicazione oggettivi e soggettivi delle singole norme, nulla esclude che una buona tutela giudiziale del credito retributivo, risarcitorio, previdenziale, assicurativo o fiscale dei lavoratori (o degli enti previdenziali e delle agenzie fiscali) richieda – laddove possibile e nell'ambito dei relativi presupposti giuridici – di azionare contemporaneamente più disposizioni, mantenendo peraltro l'art. 1676 c.c. la sua funzione di garanzia limitata ma generale a tutela del credito per i lavoratori subordinati impiegati negli appalti ([993]). Anzi, una tale strategia difensiva è chiaramente auspicabile in una serie di casi in cui la norma potenzialmente di maggior tutela (soprattutto l'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003) si presenta di incerta applicabilità.

Oltre a ciò vi sono chiaramente casi in cui una pretesa creditoria può essere fatta valere solo per il tramite della disciplina codicistica a tutela dei diritti degli ausiliari dell'appaltatore. L'art. 1676 c.c. può, per esempio, essere utilizzato per ottenere il pagamento di somme o trattamenti non inclusi tra quelli oggetto della responsabilità solidale di cui all'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 o all'art. 26, comma 4 del d.lgs. n. 81/2008. Inoltre, superato il termine di decadenza di due anni di cui all'art. 29, comma 2, d.lgs. 276/2003 il lavoratore può ricorrere all'azione diretta di cui all'art. 1676 c.c., che non pone alcun termine di decadenza ([994]). Al riguardo, la pretesa «potrà essere azionata prima della decorrenza della prescrizione estintiva del diritto» ([995]) di credito fatto valere.

L'art. 1676 c.c. deve essere, quindi, considerato una vera e propria norma di chiusura del sistema di tutela del credito per i lavoratori subordinati impiegati negli appalti. Con riferimento sia all'art. 1676 c.c., che all'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 e all'art. 35, comma 28 del "Decreto Bersani" permangono, peraltro, alcuni dubbi circa i dipendenti che rientrano nel campo soggettivo di applicazione delle tutele: è il caso, in particolare, degli impiegati tecnici e amministrativi che non sono

---

([993]) Cfr. M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro ...*, *op.cit.*, pag. 131, secondo cui «si deve concludere che l'"azione diretta" prevista dall'art. 1676 c.c. conserva la sua portata generale nell'ambito degli appalti: è invocabile dal lavoratore tutte le volte che ne ricorrano i presupposti e concorre con l'obbligazione solidale prevista dall'art. 29, 2° comma, D.Lgs. 276/2003»; I. Alvino, *Il regime delle responsabilità ...*, *op.cit.*, pag. 522. Di diverso avviso, V. Speziale, *Appalti ...*, *op.cit.*, pag. 18, il quale – sia pure con riferimento alla formulazione dell'art. 29, comma 2 derivante dal d.lgs. n. 251 del 2004 – rileva come «non vi è dubbio che il lavoratore dipendente dell'appaltatore che voglia agire nei confronti del committente (anche non imprenditore) non potrebbe azionare contemporaneamente entrambe le norme che regolano la medesima fattispecie concreta».

([994]) E. Barraco, *Nuova disciplina lavoristica ...*, *op.cit.*, pag. 1508.

([995]) Così V. Speziale, *Appalti ...*, *op. loc. ult. cit.*

quasi mai direttamente impegnati per un solo appalto, ma svolgono attività direttamente o indirettamente funzionali a più appalti ([996]).

Resta, infine, criticamente da osservare come – alla luce delle interpretazioni prevalenti – restino esclusi da qualsiasi tutela dei propri crediti i lavoratori impiegati negli appalti e nei subappalti che siano (legittimamente ([997])) legati all'appaltatore o al subappaltatore da un contratto di lavoro non subordinato. Il riferimento è evidentemente all'ipotesi – particolarmente frequente nella pratica soprattutto nel caso del *merchandising*, della consulenza informatica, ma anche del controllo di qualità – di appalti (o subappalti) realizzati dall'appaltatore (o dal subappaltatore) attraverso l'utilizzo di lavoratori a progetto.

## 7. Conclusioni: la moltiplicazione dei centri di responsabilità patrimoniale, il controllo della filiera degli appalti e gli accordi tra le imprese per definire i limiti economici della responsabilità.

Qualche breve osservazione finale. In altra sede ([998]) si era concluso per una valutazione sostanzialmente positiva della disciplina in materia di responsabilità solidali negli appalti, alla luce del quadro giuridico anteriore ai provvedimenti emanati nel corso del 2008.

Tale valutazione positiva può essere mantenuta anche per la disciplina attualmente vigente: la decisione del legislatore di prevedere la moltiplicazione dei centri di imputazione della responsabilità patrimoniale è certamente funzionale a garantire l'effettività della tutela per i lavoratori, quale che sia il punto nella filiera degli appalti in cui si colloca l'impresa o il datore di lavoro da cui dipende il singolo lavoratore ([999]). Infatti, proprio alla luce di tale responsabilità, il committente potrebbe essere indotto a esercitare un effettivo controllo sulla consistenza imprenditoriale o comunque organizzativa dei singoli appaltatori o subappaltatori, nonché sulla loro solidità economica. In base a tale valutazione di costi e benefici economici, il committente – che, appunto, «diviene il soggetto responsabile per l'intera filiera degli appalti» ([1000]) – dovrebbe, quindi, ricorrere al decentramento produttivo in caso di effettiva necessità e rivolgendosi ad altri soggetti di adeguata capacità economica e organizzativa, non invece in funzione puramente contenitiva del costo del lavoro a discapito delle condizioni dei lavoratori ([1001]). Tale linea di intervento – esemplificata dal testo dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 attualmente vigente – si è, quindi, rifatta al tipico canone giuslavoristico di tutela del lavoratore attraverso una catena di soggetti solidal-

---

([996]) Cfr. P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale ...*, *op.cit.*, pag. 16; G. Burragato, *La disciplina giuslavoristica degli appalti ...*, *op.cit.*, pag. 6.

([997]) Ovviamente diverso è il discorso nel caso in cui il rapporto di lavoro a progetto o autonomo sia simulato. Una volta provata l'effettiva natura subordinata del rapporto, il lavoratore potrà pacificamente valersi delle responsabilità solidali previste per i lavoratori dipendenti.

([998]) V. se vuoi, L. Imberti, *Le responsabilità solidali negli appalti ...*, *op.cit.*, pagg. 543-545.

([999]) Cfr. M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro ...*, *op.cit.*, pagg. 118-119. V. anche P. Tullini, *Sicurezza e regolarità ...*, *op.cit.*, pag. 895: «Ciò che merita di essere sottolineato è la *ratio* complessiva che collega la legge n. 248 del 2006 e la Finanziaria del 2007: cioè l'intento del legislatore di combinare saldamente la sequenza delle disposizioni, delineando un intreccio di responsabilità a maglie strette che riguarda l'intera catena degli appalti e subappalti».

([1000]) L. Galantino, *Nuove prospettive ...*, *op.cit.*, pag. VII.

([1001]) Cfr. L. Montuschi, *Attualità della sanzione civile ...*, *op.cit.*, pag. 1198; G. Burragato, *La disciplina giuslavoristica degli appalti ...*, *op.cit.*, pag. 4.

mente responsabili particolarmente consistente. In questo senso, in effetti, la responsabilità solidale costituisce una regola semplice e di consolidata applicazione per regolare e tutelare la complessa situazione dei rapporti di lavoro negli appalti e nei subappalti.

Certo, anche con questo meccanismo di rigida corresponsabilizzazione tra committente, appaltatore e subappaltatori, il potenziale incremento della responsabilità patrimoniale configura semplicemente un mezzo di coazione indiretta ([1002]) al controllo della filiera dell'appalto da parte del committente (soprattutto per quanto riguarda le condizioni di sicurezza), rimanendo impregiudicata la tradizionale carenza di strumenti preventivi propria del panorama italiano, sostituiti prevalentemente dal solo rimedio risarcitorio. Si può, quindi, affermare che il regime di responsabilità solidali attualmente vigente, se non determina necessariamente e «di per sé comportamenti più responsabili» ([1003]), offre quantomeno garanzie economiche di soddisfacimento dei crediti per i lavoratori impiegati negli appalti e nei subappalti. A questo proposito, la disciplina vigente fa registrare un ulteriore elemento di novità (probabilmente non considerato e voluto dal legislatore, ma realizzatosi a seguito degli ultimi interventi): l'appaltatore – per il combinato disposto dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 e dell'art. 35, comma 28 del "Decreto Bersani" – è il soggetto su cui ricade il più ampio regime di responsabilità solidale (inerente, nello specifico, i crediti retributivi, risarcitori, previdenziali, assicurativi e fiscali dei dipendenti dei suoi subappaltatori). Questo profilo della disciplina – anche se criticabile dal punto di vista della tecnica legislativa perché differenzia la disciplina dell'appalto da quella del subappalto – può essere considerato in modo positivo: è, infatti, un dato di comune esperienza che proprio nella catena dei subappalti si annidano le situazioni di più grave sfruttamento della manodopera e di elusione degli obblighi contributivi e fiscali.

Di fronte all'attuale statuto giuridico protettivo dei lavoratori impiegati negli appalti e nei subappalti (che non consente ai committenti imprenditori o datori di lavoro, agli appaltatori e ai subappaltatori possibilità di esonero o limitazione della responsabilità solidale), la soluzione offerta agli operatori economici (o, meglio, ai loro consulenti) consiste nel ponderato uso della contrattualistica per cercare di definire i limiti economici di tali responsabilità solidali. La solidarietà passiva regolata dagli art. 1292 e segg. c.c. presuppone, infatti, due piani dell'obbligazione: uno "esterno", solidale nei confronti dei creditori; l'altro "interno", che regola le modalità di ripartizione dell'obbligazione in solido tra i condebitori. Al riguardo, ferma restando l'inderogabilità della responsabilità solidale ove prevista dalla legge nei confronti dei lavoratori, nulla impedisce che nei rapporti interni tra committente, appaltatore e subappaltatore l'obbligazione in solido sia ripartita non in parti uguali, ma secondo un diverso regime regolato da un esplicito accordo in proposito, in conformità a quanto previsto dall'art. 1298, comma 2, c.c. A questo proposito, è noto come nei contratti (o nelle c.d. *side letters*, che formalizzano profili degli accordi stessi non divulgabili a terzi diversi dalle parti contrattuali) di appalto (o di subappalto) tra committente e appaltatore, nonché tra appaltatore e subappaltatori compaiano sempre più frequentemente clausole ([1004]) che prevedono sistemi di manleva o garanzia (per lo più tramite il ricorso a fideiussioni bancarie) proprio nel caso in cui il committente (o l'appaltatore) venga chiamato a corrispondere somme, per i più diversi titoli, ai dipendenti dell'appaltatore (o del subappaltatore). In

---

([1002]) G. Burragato, *La disciplina giuslavoristica degli appalti ...*, *op.cit.*, pag. 7.

([1003]) Così, invece, il Comunicato stampa del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali datato 30 maggio 2008.

([1004]) V., al riguardo, G. Spolverato-A. Piovesana, *Guida al contratto di appalto*, in *Dir.Prat.Lav.*, 2007, spec. pagg. 2656-2658.

queste ipotesi, quindi, la ripartizione degli oneri economici tra i singoli soggetti imprenditoriali (o, comunque, datori di lavoro) viene opportunamente demandata all'accordo tra gli stessi e all'autonomia contrattuale. Tuttavia, anche tale prassi, se non ha controindicazioni dal punto di vista del soddisfacimento delle pretese economiche dei lavoratori ed anzi sembra assicurare un ulteriore strumento di protezione dei crediti, conferma ancora una volta la tendenza del nostro sistema produttivo alla monetizzazione e ripartizione del rischio piuttosto che alla sua prevenzione.

A una diversa politica del diritto – più raffinata e moderna, in quanto volta a sperimentare una nuova strategia fondata (almeno parzialmente) sulla promozione di una buona imprenditorialità e di misure di favore per i soggetti in grado di esercitare un controllo effettivo sulla filiera degli appalti ([1005]) – erano, invece, indirizzate le norme del "Decreto Bersani" che, se da un lato stabilivano un nuovo regime di responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore, dall'altro lato consentivano l'esonero da tale responsabilità per l'appaltatore "diligente" nel verificare la corretta esecuzione di una serie di adempimenti fiscali, previdenziali e assicurativi da parte del subappaltatore. Tuttavia, la tardiva emanazione del decreto interministeriale cui era subordinata l'applicazione delle norme del "Decreto Bersani" e il mancato coordinamento con il nuovo testo dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, rischiavano di generare un sistema di responsabilità solidali confuso ed anfibio, soprattutto per quanto concerneva la disciplina applicabile nell'ambito dei contratti di subappalto.

La scelta di privilegiare il regime di responsabilità solidale rigido e "secco" di cui all'art. 29, comma 2 d.lgs. n. 276/2003 rispetto al sistema previsto dal "Decreto Bersani" è stata motivata dal Governo di centrodestra con la necessità di non appesantire gli oneri burocratici delle imprese, senza nulla togliere «alla responsabilità solidale tra committente e appaltatore e tra quest'ultimo e subappaltatore, così come disegnata nella legge Biagi e negli atti normativi successivi» ([1006]). Inoltre, dal punto di vista applicativo, tale decisione appare pragmaticamente motivata dall'ancora piuttosto scarsa tempestività – nonostante la positiva introduzione di certificazioni quali il documento unico di regolarità contributiva (D.U.R.C.) ([1007]) – delle agenzie fiscali e degli istituti previdenziali nell'aggiornare e comunicare i dati utili alla verifica degli adempimenti fiscali, previdenziali e assicurativi. Più in generale, dall'attuale quadro legislativo emerge come anche la definizione degli strumenti di tutela dei lavoratori impiegati negli appalti debba fare problematicamente i conti con la cronica difficoltà italiana di assicurare l'efficienza della Pubblica Amministrazione e l'effettività dei controlli, che raggiunge il suo apice nell'ambito della salute e sicurezza sul lavoro.

---

([1005]) Cfr. F. Scarpelli, *Regolarità del lavoro …*, *op.cit.*, pag. 776; G. Burragato, *La disciplina giuslavoristica degli appalti …*, *op.cit.*, pag. 9.

([1006]) Così il Comunicato stampa del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali datato 30 maggio 2008.

([1007]) Sulla cui disciplina, v. P. Pennesi-D. Papa, *Durc: le nuove regole*, in *Dir.Prat.Lav.*, n. 7/2008, pag. 451 e segg.

# Dopo la Legge n. 123 del 2007

# Prime osservazioni sul Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*

Paolo Pascucci

1. La sicurezza sul lavoro nella "legislatura breve" 282

2. La l. n. 123 del 2007 tra norme di delega e norme di diretta attuazione: chi riforma che cosa? 283

3. Alcune precisazioni metodologiche per l'analisi del d.lgs. n. 81 del 2008 285

4. Il labirinto delle fonti 288

5. Le finalità: testo unico o unico testo? Quale unicità? 296

6.1. Il campo di applicazione oggettivo 299

6.1.1. Il riferimento a tutte le tipologie di rischio: prevenzione o precauzione? 300

6.2. Il campo di applicazione soggettivo 301

6.2.1. Il lavoratore 302

6.2.2. Gli equiparati 304

6.2.3.1. Specifiche figure: somministrazione, distacco (e lavoro ripartito) 305

6.2.3.2. Lavoro parasubordinato e lavoro autonomo, lavoro occasionale e accessorio, lavoro a domicilio 311

6.2.3.3. Telelavoro 317

6.2.3.4. Lavoro stagionale, lavoro domestico 322

6.2.3.5. Il computo dei lavoratori 323

7. Il sistema istituzionale e l'attività di vigilanza 328

7.1. Il nuovo Comitato nazionale 329

7.2. La Commissione consultiva permanente 330

7.3. I Comitati regionali di coordinamento 332

7.4. Il Sistema informativo nazionale per la prevenzione nei luoghi di lavoro 333

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 73/2008

7.5. Gli enti pubblici nazionali 334

7.6. Le attività di supporto e promozionali 337

7.7. L'interpello 338

7.8. La vigilanza 342

7.9. La sospensione dell'attività imprenditoriale 351

8.1. La gestione della prevenzione nei luoghi di lavoro. Le misure di tutela e la delega di funzioni 355

8.2. Gli obblighi dei vari soggetti 358

8.3. Gli obblighi connessi agli appalti 360

8.3.1. La qualificazione delle imprese 368

8.4. La valutazione dei rischi 368

8.5. I modelli di organizzazione e di gestione 372

8.6. Il servizio di prevenzione e protezione 373

8.7. L'informazione e la formazione 375

8.8. La sorveglianza sanitaria 377

8.9. La gestione delle emergenze 380

8.10.1. La partecipazione e la consultazione dei rappresentanti dei lavoratori 381

8.10.2. Gli organismi paritetici e il fondo di sostegno 389

8.10.3. Il ruolo della contrattazione collettiva e la dimensione collettiva della sicurezza sul lavoro 390

8.11. La semplificazione e le regole sulla documentazione tecnico-amministrativa e le statistiche 392

9. Brevi spigolature sull'apparato sanzionatorio 394

10. Conclusione 397

## 1. La sicurezza sul lavoro nella "legislatura breve"

Per quanto l'Italia abbia già conosciuto in passato l'esperienza dello scioglimento anticipato delle Camere, quella registratasi nella XV legislatura pare aver assunto un significato particolare rispetto alle precedenti, non foss'altro perché, da dodici anni, il Paese, nonostante le alterne vicende sul piano governativo, aveva vissuto un periodo di stabilità parlamentare. Sebbene l'estrema esiguità della maggioranza scaturita dalla tornata elettorale del 2006 non garantisse al Governo un futuro sereno, tuttavia non tutti osavano pensare che si potesse tornare a vicende tipiche della cosiddetta "prima repubblica".

Nessuno può dire se l'esito delle elezioni politiche dell'aprile 2008 sarà in grado di spazzar via quello che potrebbe essere definito, *si parva licet*, "il passato che non vuole passare"[1008]. Ma non è improbabile che – per il particolare contesto storico in cui si è collocata e per gli scenari evocati dalla sua fine prematura – la XV legislatura possa essere ricordata più di altre, osando ancora parafrasare, come la "legislatura breve"[1009].

Nonostante il tormentato clima politico dovuto alle estenuanti incertezze sui suoi destini, la "legislatura breve" ha tuttavia mostrato in alcuni campi – come quello della sicurezza sul lavoro – una progettualità ed un dinamismo insospettati, tipici piuttosto di una stagione ricca di ampie prospettive. Contrariamente alle apparenze, non si tratta però di un paradosso, ma della presa d'atto collettiva della improcrastinabile necessità di intervenire a porre rimedio ad una situazione che da tempo ha ampiamente oltrepassato ogni limite di tollerabilità.

La particolare, intensa e concreta attenzione al tema della salute e sicurezza dei lavoratori è culminata, dapprima, nel conferimento al Governo della delega per il riassetto e la riforma della materia (art. 1 della l. 3 agosto 2007, n. 123) e poi nel positivo compimento del processo di attuazione di tale delega con l'approvazione definitiva, il 1° aprile 2008, del relativo decreto legislativo, già approvato in via preliminare il 6 marzo 2008, che, tra il 12 ed il 20 marzo, aveva ottenuto, ancorché con numerose proposte emendative, i pareri favorevoli della Conferenza unificata Stato-Regioni e delle competenti Commissioni parlamentari della Camera e del Senato. Presumibilmente non a caso, il decreto legislativo, che reca la data del 9 aprile 2008 ed il numero 81, è stato poi pubblicato in Gazzetta ufficiale alla vigilia della festa dei lavoratori[1010], quest'anno incentrata in particolare sulla sicurezza del lavoro.

L'attenzione del legislatore per il tema della sicurezza del lavoro è stata fortemente sollecitata dai ripetuti ed accorati richiami del Presidente della Repubblica, il quale, fin dall'inizio del proprio mandato, non ha mancato di stigmatizzare l'inaccettabilità di una situazione che negli ultimi mesi si è ulteriormente deteriorata a causa di vicende la cui eclatante tragicità ha monopolizzato l'interesse dell'opinione pubblica, mantenendo alta la soglia di interesse sulle azioni intraprese dalle

---

[1008] E. NOLTE, *Il passato che non vuole passare*, in G.E. RUSCONI (a cura di), *Germania: un passato che non passa*, Einaudi, Torino, 1987, p. 8.

[1009] Il riferimento è ovviamente a E.J. HOBSBAWM, *Il secolo breve. 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi*, Rizzoli, Milano, 1999 (tit. orig. *Age of Extremes - The Short Twentieth Century 1914-1991*, Pantheon Books - Random House, New York, 1994).

[1010] In *GU* n. 101 del 30 aprile 2008, suppl. ord. n. 108/L.

istituzioni. Una prova tangibile è rappresentata dal fatto che, nonostante lo scioglimento anticipato del Parlamento, l'*iter* di attuazione della delega conferita con l'art. 1 della l. n. 123 del 2007 è proseguito e, anzi, ha subito un'ulteriore accelerazione, al punto di concludersi prima della scadenza del termine di nove mesi fissato dalla legge per l'esercizio della delega (25 maggio 2008).

Per altro verso, il tema della salute e sicurezza dei lavoratori è stato affrontato non soltanto in modo diretto, come è avvenuto in occasione della legge delega in materia, ma anche indirettamente mediante provvedimenti essenzialmente finalizzati a ricondurre il lavoro nell'alveo della regolarità[1011]. Anzi – ed è questione su cui si tornerà nel prosieguo – fra i vari provvedimenti adottati in materia di lavoro costituisce senz'altro una novità il rilievo giuridico attribuito al collegamento esistente tra regolarità ed emersione del lavoro[1012] e la sua sicurezza[1013]. Più in generale, la XV legislatura pare essere stata caratterizzata da una sensibile riaffermazione del ruolo e dei poteri degli organismi pubblici di controllo a fronte di un mercato del lavoro sempre più contraddistinto dalla presenza di fenomeni di evasione o elusione, quando non addirittura di vera e propria criminalità. Se l'equazione "lavoro irregolare-lavoro insicuro" ha favorito l'ampliamento dello spettro degli interventi regolativi e di controllo, occorre tuttavia ammettere che essa ha talora ingenerato alcuni equivoci specialmente sotto il profilo delle competenze ad esercitare i poteri di vigilanza. Non deve infatti trascurarsi che quell'equazione deve misurarsi con un sistema di controlli tutt'altro che unificato e che, proprio sul terreno specifico della sicurezza del lavoro, risulta contraddistinto da una complessità e da una frammentazione tanto evidente quanto discutibile[1014].

## 2. La l. n. 123 del 2007 tra norme di delega e norme di diretta attuazione: chi riforma che cosa?

Al di là di questi ultimi aspetti, è fuor di dubbio che l'intervento realizzato con la l. n. 123 del 2007 abbia rappresentato la principale delle recenti vicende legislative sulla sicurezza del lavoro, soprattutto per due motivi.

---

[1011] Come osservato puntualmente da C. SMURAGLIA, *Quadro normativo ed esperienze attuative in tema di sicurezza e igiene del lavoro: nuove prospettive di coordinamento e di interventi urgenti*, in *RGL*, 2007, supplemento al n. 2, p. 5 ss., qui pp. 15-16. Cfr. altresì A. BELLAVISTA, *Le politiche statali di emersione del lavoro nero: strumenti e tecniche*, in V. PINTO (a cura di), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Cacucci, Bari, 2007, p. 15 ss.; ID., *Al di là del lavoro sommerso*, in *RGL*, 2008, I, p. 9 ss.; F. SCARPELLI, *Il contrasto al lavoro irregolare, tra sanzioni e regole di responsabilità*, ivi, p. 59 ss.; V. PINTO, *Sanzioni promozionali e indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, ivi, p. 25 ss.; L. ZOPPOLI, *Unione europea e lavoro sommerso: nuove attenzioni e vecchie contraddizioni*, ivi, p. 81 ss.

[1012] Cfr. F. CARINCI, *La telenovela del T.U. sulla sicurezza: la nuova delega con qualche succosa anticipazione*, in *ADL*, 2008, I, p. 343 ss., qui p. 344, nonché in F. BACCHINI (a cura di), *Legge 3 agosto 2007, n. 123. Commentario alla sicurezza del lavoro. Misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega al governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia*, Ipsoa-Indicitalia, (senza luogo, ma Milano), 2008, p. XI ss., il quale sottolinea altresì il nesso esistente tra lavoro sommerso e immigrazione clandestina.

[1013] P. TULLINI, *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, Atti del convegno di studi giuridici sul disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2007 (Urbino, 4 maggio 2007), Ministero della salute-Ispesl, Roma, 2007, p. 95 ss., nonché in *ADL*, 2007, p. 890 ss.; P. PASCUCCI, *La sicurezza del lavoro nella XV Legislatura*, in M. CINELLI e G. FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività,* welfare*. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate*, Utet, Torino, 2008. p. 431 ss.

[1014] P. PASCUCCI, *Fondamenti della competenza in materia di vigilanza sulla sicurezza del lavoro in attesa del T.U.*, in *LG*, 2008, p. 249 ss.

Il primo motivo, facilmente intuibile, riguarda il fatto che, per la prima volta da quando il legislatore aveva progettato di unificare le tante norme accumulatesi negli anni in materia di sicurezza del lavoro (art. 24 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, riforma sanitaria), tale unificazione riesce a realizzarsi. Ciò accade mentre nella memoria degli osservatori è ancora vivo il ricordo del fallimento del tentativo compiuto nella XIV legislatura, in attuazione dell'art. 3 della l. 29 luglio 2003, n. 229, e sancito con il ritiro, da parte del Governo dell'epoca, dello schema di decreto legislativo dopo il parere estremamente critico del Consiglio di Stato[1015].

Il secondo motivo della importanza della l. n. 123 del 2007 concerne il metodo quanto mai originale con cui tale legge, nello stesso momento in cui ha conferito al Governo la delega per l'emanazione di un testo di legge a carattere innovativo e non meramente compilativo (art. 1), ha provveduto a modificare direttamente alcuni importanti istituti, in particolare contenuti nel d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, quasi a voler scaramanticamente esorcizzare i danni di un eventuale, quanto storicamente possibile, insuccesso dell'esercizio della delega[1016]. Ne è così scaturito un quadro normativo, per certi versi singolare e per altri discutibile[1017], nel quale l'esecutivo, essendo chiamato dal Parlamento a riordinare ed a riformare le norme vigenti, non ha potuto non tenere conto anche di quelle che quest'ultimo ha modificato con la stessa legge con cui l'ha delegato.

Infatti, in questo sorta di sistema circolare, o a "due anime"[1018], in cui lo stesso identico legislatore

---

[1015] Cons. Stato (parere), 4 aprile 2005, in www.fmb.unimo.it., su cui cfr. M. RICCI, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità sociale d'impresa*, in D. GAROFALO, M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, p. 455 ss., qui p. 468; L. FANTINI, *Il Consiglio di Stato si pronuncia sulla salute e sicurezza nell'attuale assetto costituzionale*, in *DRI*, 2005, p. 880 ss. Fra la previsione dell'art. 24 della l. n. 833 del 1978 e l'art. 3 della l. n. 229 del 2003 si sono registrati ulteriori tentativi di unificazione normativa: ci si riferisce al disegno di legge "Toth, Lama e altri" n. 2154 del 1990, all'art. 8 della l. delega 22 febbraio 1994, n. 146 (con successiva ipotesi di riordino predisposta da una Commissione ministeriale istituita con d.m. 23 luglio 1996 e presieduta da Marco Biagi, sui cui lavori si veda *Per un Testo Unico in tema di sicurezza e salute dei lavoratori sul luogo di lavoro*, in *DRI*, 1998, p. 77 ss.), al disegno di legge "Smuraglia" n. 2389 del 1999. Sulla delega di cui all'art. 3 della l. n. 229 del 2003 cfr. L. MONTUSCHI, *Aspettando la riforma: riflessioni sulla legge n. 229 del 2003 per il riassetto in materia di sicurezza sul lavoro*, in *ADL*, 2004, p. 749 ss.; O. BONARDI, *La sicurezza del lavoro nella Comunità europea, nella Costituzione e nella legge di semplificazione n. 229/03*, in *RGL*, 2004, p. 437 ss.; M. LAI, *Il nuovo «codice» sulla sicurezza del lavoro: spunti di riflessione*, in *DRI*, 2003, p. 200 ss.; ID., *Prospettive di riforma nello schema di Testo unico*, in *DPL*, 2005, p. 137 ss. Per una ricostruzione dei diversi tentativi (e progetti) di testo unico, cfr. M. LAI, *Flessibilità e diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 231 ss.

[1016] Cfr. F. CARINCI, *La telenovela del T.U. sulla sicurezza*, cit., p. 343. Sui principi della delega e sulle norme direttamente applicabili, oltre a F. CARINCI, *op. ult. cit.*, cfr. G. NATULLO, *Presupposti e finalità della l. n. 123/2007 tra riordino (delega) e rimedi immediati*, in M. RUSCIANO e G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*. *Appendice di aggiornamento alla legge 3 agosto 2007, n. 123*, in F. CARINCI (dir.), *Diritto del lavoro – Commentario*, VIII, Utet, Torino, 2008, p. 1 ss.; V. SPEZIALE, *La nuova legge sulla sicurezza del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 60/2007; M. LAI, *T.U. sulla sicurezza: principi e criteri direttivi della delega*, in *DPL*, 2007, p. 768 ss.; F. CORSO, *La delega in materia di sicurezza sul lavoro nella l. 123/07: vecchi problemi e nuove esigenze*, in *DLM*, 2007, n. 2; S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma delle disposizioni vigenti in materia di salute e sicurezza dei lavoratori, Commento all'art. 1*, in F. BACCHINI (a cura di), *Legge 3 agosto 2007, n. 123*, cit., p. 3 ss., qui p. 14 ss.

[1017] Cfr. O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega per l'emanazione di un Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, in *RGL*, 2007, supplemento al n. 2, p. 23 ss., qui p. 33, la quale, con riferimento al disegno di legge da cui è scaturita la l. n. 123 del 2007, avvertiva come una normazione anticipata rispetto alla riforma complessiva esponesse "ai rischi della duplicazione di interventi e dell'emanazione nel giro di breve tempo di norme tra loro contraddittorie o in ogni caso da dover poi nuovamente coordinare tra loro", rischiandosi di riprodurre "prima ancora dell'emanazione del testo unico, lo stesso difetto della stratificazione normativa che pure si vuole eliminare". Cfr. Anche F. BASENGHI, *La legge delega e le norme immediatamente precettive*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008*, n. 81, Giuffrè, Milano, p. 47 ss., qui p. 49.

[1018] G. NATULLO, *Presupposti e finalità della l. n. 123/2007*, cit., p. 3.

risulta nel contempo "riformatore"[1019] e "riformando", le norme di diretta attuazione della l. n. 123 del 2007 hanno talora finito per svolgere una funzione di indiretto supporto ai criteri di delega, giacché il legislatore delegato, nel dare formale attuazione a questi ultimi, nei fatti difficilmente poteva disinteressarsi delle indicazioni insite nelle norme di diretta attuazione della legge, spesso permeate dalle stesse opzioni di politica del diritto che avevano ispirato i criteri di delega.

Ciò è avvenuto nei casi in cui, nella l. n. 123 del 2007, si era chiaramente evidenziata una sovrapposizione di ambiti tra criteri di delega e norme di diretta attuazione[1020]. In tali ipotesi, tuttavia, il legislatore delegato pare aver saputo "gestire il forte condizionamento"[1021] delle disposizioni di immediata attuazione introdotte dalla l. n. 123 del 2007: pur tenendole nel debito conto, non si è limitato a confermarle tutte *sic et simpliciter*, ma in certi casi le ha opportunamente rivisitate anche in modo piuttosto evidente specialmente ove esse appalesavano forti incertezze[1022]. Occorre tuttavia sottolineare che l'intervento del legislatore delegato sulle norme di diretta attuazione della l. n. 123 del 2007 ha riguardato non solo i casi in cui a queste si siano chiaramente sovrapposti criteri di delega[1023], ma anche quelli in cui la coincidenza degli ambiti (tra delega e norme "dirette") non era così limpida, come ad esempio è avvenuto in occasione della più che opportuna riscrittura dell'art. 5 della l. n. 123 del 2007 ad opera dell'art. 14 del d.lgs. n. 81 del 2008 relativo alla sospensione dell'attività imprenditoriale (v. *infra* § 7.9). Sebbene anche simili ipotesi possano ritenersi coperte dall'"ombrello" dei criteri di delega[1024], non si deve peraltro dimenticare come la stessa delega sia stata finalizzata sia al "riassetto" sia alla "riforma" delle disposizioni vigenti (art. 1, comma 1, della l. n. 123 del 2007)[1025], attribuendo così al legislatore delegato un potere "generale" di riformare le norme vigenti, ancorché nel rispetto dei criteri di delega[1026].

A ben guardare, dunque, la strada che il legislatore delegato è stato chiamato a percorrere è di fatto risultata ben più ampia di quella segnata dal pur vasto perimetro della delega, contraddistinto da ben venti criteri, alcuni dei quali ulteriormente articolati e specificati.

## 3. Alcune precisazioni metodologiche per l'analisi del d.lgs. n. 81 del 2008

In un'analisi come questa, essenzialmente finalizzata a delineare il raccordo tra l. n. 123 del 2007 e d.lgs. n. 81 del 2008, sarebbe scarsamente utile soffermarsi dapprima sui principi di delega e

---

1019 Mediante delega e mediante le norme di diretta efficacia.

1020 È quanto è avvenuto, ad esempio, in tema di appalti (art. 1, comma 2, lett. *s*, e art. 3, comma 1, lett. *a* e *b*), di rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (art. 1, comma 2, lett. *g*, e art. 3, comma 1, lett. *c, d, e, f*), di organismi paritetici (art. 1, comma 2, lett. *h*, e art. 7).

1021 S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 16.

1022 È il caso della previsione (su cui si tornerà) di cui all'art. 7 della l. n. 123 del 2007 che aveva discutibilmente attribuito agli organismi paritetici un potere di effettuare sopralluoghi che, per certi versi, avvicinava tali organismi a quelli istituzionalmente preposti alla vigilanza: tale previsione è stata opportunamente modificata dall'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2008.

1023 S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 16.

1024 Nel caso appena citato, possono richiamarsi i criteri di cui all'art. 1, comma 2, lett. *q*, e lett. *f*, n. 6.

1025 Cfr. P. SOPRANI, *Il "TU sicurezza": novità, obblighi, responsabilità, sanzioni*, in F. BACCHINI (a cura di), *Speciale Testo Unico sicurezza del lavoro*, in *ISL*, 2008, p. 237 ss., qui p. 238.

1026 Secondo O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., p. 27, nella delega si coglie "l'intento di voler lasciare al legislatore delegato discreti margini di manovra".

sulle norme di diretta attuazione della legge del 2007 per poi esaminare la decretazione delegata del 2008. Proprio perché quest'ultima si è misurata con tutta la l. n. 123 del 2007, appare metodologicamente più opportuno verificare i legami tra i due provvedimenti attraverso l'esame dei principali aspetti del decreto legislativo.

Sempre dal punto di vista metodologico, va precisato che l'economia di questo intervento non consente di estendere l'analisi a tutti i 306 articoli contenuti nei 13 Titoli del d.lgs. n. 81 del 2008 ed ai 51 allegati tecnici. Peraltro, non si deve trascurare che, al di là di un nuovo apparato sanzionatorio, i Titoli successivi al I (dal II all'XI) ripropongono, talora pedissequamente, talaltra con alcune modifiche, quanto già previsto nel d.lgs. n. 626 del 1994, nonché in altri provvedimenti, tra cui in particolare alcuni celebri decreti presidenziali degli anni Cinquanta. Vero è che, in alcuni casi, si è proceduto ad un'integrazione tra le varie discipline vigenti in materia (come nel caso del Titolo IV sui cantieri temporanei o mobili), risultandone così un quadro unificato delle relative norme che costituisce, ancorché non formalmente, una sorta di "mini testo unico" della specifica materia[1027].

---

[1027] Questi, in estrema sintesi, sulla scorta delle indicazioni contenute nella relazione illustrativa del provvedimento, sono i contenuti dei Titoli II-XI (che, come anticipato nel testo, prevedono nuovi apparati sanzionatori):
- Titolo II (luoghi di lavoro: artt. 62-68): in attuazione della direttiva 89/654/CEE, sulla scorta delle disposizioni contenute nell'omologo Titolo del d.lgs. n. 626 del 1994 e di alcune disposizioni contenute nel d.P.R. 19 marzo 1956, n. 303, si ridefiniscono i "luoghi di lavoro", prevedendosi i relativi requisiti di salute e sicurezza ed i connessi obblighi del datore di lavoro.
- Titolo III (uso delle attrezzature di lavoro e dei dispositivi di protezione individuale: artt. 69-87): si ripropongono le disposizioni del Titolo III del d.lgs. n. 626 del 1994 (che ha recepito la direttiva 89/655/CEE), nonché alcune disposizioni di cui al d.P.R. 27 aprile 1955, n. 547; si ribadiscono le norme del Titolo IV del d.lgs. n. 626 del 1994 (attuativo della direttiva 89/656/CEE); infine, mediante previsioni derivanti da disposizioni scaturenti dal d.P.R. n. 547 del 1955, nonché dalle normative di buona tecnica esistenti, si stabiliscono le misure necessarie affinché i materiali, le apparecchiature e gli impianti elettrici messi a disposizione dei lavoratori siano progettati, costruiti, installati, utilizzati e mantenuti in modo da salvaguardare i lavoratori da tutti i rischi di natura elettrica.
- Titolo IV (cantieri temporanei o mobili: artt. 88-160): si prevedono le misure per la salute e sicurezza nei cantieri temporanei o mobili mediante disposizioni derivanti dal d.lgs. 14 agosto 1996, n. 494 (con cui è stata recepita la direttiva 92/57/CEE) e da una serie di allegati al citato decreto legislativo e dal d.P.R. 3 luglio 2003, n. 222 (regolamento sui contenuti minimi dei piani di sicurezza nei cantieri temporanei o mobili, in attuazione dell'art. 31, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109); si stabiliscono le norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro nelle costruzioni e nei lavori in quota tramite un articolato parzialmente derivante dal d.P.R. n. 547 del 1955, dal d.P.R. 7 gennaio 1956, n. 164, dal d.lgs. n. 494 del 1996, dal d.lgs. n. 626 del 1994 e dal d.lgs. 8 luglio 2003, n. 235 ed una serie di allegati derivanti dai decreti del Ministero del lavoro del 2 settembre 1968, 23 marzo 1990, n. 115, 27 marzo 1998, 23 marzo 2000, 6 agosto 2004, oltre che dagli accordi Stato-Regioni del 26 gennaio 2006 e 16 marzo 2006 e dalle circolari del Ministero del lavoro n. 46 del 2000 e n. 25 del 2006.
- Titolo V (segnaletica di salute e sicurezza sul lavoro: artt. 161-166): si stabiliscono le prescrizioni per la segnaletica di salute e sicurezza sul luogo di lavoro confermando le disposizioni del d.lgs. 14 agosto 1996, n. 493 (attuativo della direttiva 92/58/CEE).
- Titolo VI (movimentazione manuale dei carichi: artt. 167-171): si confermano le norme del Titolo V del d.lgs. n. 626 del 1994 (che ha recepito la direttiva 90/269/CEE).
- Titolo VII (attrezzature munite di videoterminali: artt. 172-179): le previsioni corrispondono a quelle contenute nel Titolo VI del d.lgs. n. 626 del 1994 (che ha recepito la direttiva 90/270/CEE).
- Titolo VIII (agenti fisici: artt. 180-220): nel Capo I sono previste disposizioni di carattere generale che trovano applicazione nei confronti di tutti gli agenti fisici, con riferimento anche alla valutazione dei rischi, all'eliminazione o riduzione dei rischi, all'informazione e formazione dei lavoratori e alla sorveglianza sanitaria; il Capo II ripropone il Titolo V-*bis* del d.lgs. n. 626 del 1994 (attuativo della direttiva 2003/10/CE) e determina i requisiti minimi per la protezione dei lavoratori contro i rischi per la salute e la sicurezza derivanti dall'esposizione al rumore durante il lavoro e, in particolare, per l'udito; il Capo III introduce le disposizioni relative al d.lgs. 19 agosto 2005, n. 187 (attuativo della direttiva 2002/44/CE contenente prescrizioni minime di sicurezza e salute relative all'esposizione dei lavoratori ai rischi derivanti da vibrazioni meccaniche); il Capo IV mutua le disposizioni del d.lgs. 19 novembre 2007, n. 257 (attuativo della direttiva 2004/40/CE contenente prescrizioni minime di sicurezza e salute relative all'esposizione dei lavoratori dai rischi derivanti dai campi elettromagnetici); il Capo V prevede l'attuazione delle prescrizioni minime di sicurezza e salute relative all'esposizione dei lavoratori ai rischi derivanti dalle radiazioni ottiche artificiali di cui alla direttiva 2006/25/CE. In tale Capo sono state trasfuse le

Scopo di questo scritto è quello di svolgere alcune prime (e, pertanto, necessariamente incomplete) riflessioni su quelle che possono essere definite le colonne portanti del sistema, quali risultano essenzialmente dal Titolo I del nuovo decreto, nonché da alcune norme contenute nel suo Titolo XIII[1028], rinviandosi peraltro alle ben più competenti analisi dei penalisti (fatte salve alcune brevissime osservazioni nel penultimo paragrafo) l'esame sia delle norme sanzionatorie contenute nel Titolo I sia delle norme speciali penalistiche e processualpenalistiche di cui al Titolo XII[1029].

La scelta di circoscrivere l'indagine è dettata non solo da evidenti limiti di spazio e di competenza scientifica, ma anche da una considerazione che attiene al condizionamento esercitato sul compimento dell'*iter* del decreto delegato dai tumultuosi eventi politici registratisi nei primi mesi del 2008. Come già ricordato, l'anticipato scioglimento delle Camere ha accelerato l'attuazione della delega, con particolare riferimento sia alla parte sanzionatoria sia alle parti speciali (Titoli tecnici successivi al I). Invece di concentrare le energie su di un ponderato completamento sanzionatorio del prodotto fin lì elaborato (il Titolo I), nonché sul suo complessivo perfezionamento, il legislatore delegato ha approntato frettolosamente le sanzioni per tale Titolo avventurandosi nel contempo oltre le sue colonne d'Ercole (Titoli speciali). Non sembra dubbio che una simile strategia sia stata ispirata anche dalla "astuta" considerazione che, confezionando un decreto "completo di tutto", su "tutto" sarebbe stato poi possibile intervenire (entro 12 mesi) mediante la decretazione delegata correttiva ed integrativa di cui all'art. 1, comma 6, della l. n. 123 del 2007. Sta di fatto che, come quella proverbiale, anche la gatta frettolosa della primavera del 2008 ha partorito qualche gattino cieco e che, in ogni caso, dato l'esito elettorale del 14 aprile, i tempi supplementari della delega saranno giocati da un legislatore delegato diverso da quello autore del d.lgs. n. 81 del 2008[1030]!

---

disposizioni approvate dal Consiglio dei Ministri, in via preliminare, nella seduta del 27 febbraio scorso, in sede di attuazione della direttiva in argomento, inserita all'Allegato B della legge 6 febbraio 2007, n. 13 (legge comunitaria 2006).
- Titolo IX (sostanze pericolose: artt. 221-265): le norme del Capo I corrispondono a quelle del Titolo VII-*bis* del d.lgs. n. 626 del 1994, introdotte dal d.lgs. n. 2 febbraio 2002, n. 25 (attuativo della direttiva 98/24/CE sulla protezione della salute e la sicurezza dei lavoratori contro i rischi derivanti da agenti chimici durante il lavoro); il Capo II corrisponde al Titolo VII del d.lgs. n. 626 del 1994, così sostituito dal d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 66 (attuativo delle direttive 97/42/CE e 99/38/CE che modificano la direttiva 90/394/CEE in materia di protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da esposizioni ad agenti cancerogeni o mutageni durante il lavoro); il Capo III corrisponde alle disposizioni di cui al d.lgs. 25 luglio 2006, n. 257 (attuativo della direttiva 2003/18/CE relativa alla protezione dei lavoratori dai rischi di esposizione all'amianto durante il lavoro); il Capo IV mutua le disposizioni del d.lgs. n. 257 del 2007, attuativo della direttiva 2004/40/CE contenente prescrizioni minime di sicurezza e salute relative all'esposizione dei lavoratori ai rischi derivanti dai campi elettromagnetici.
- Titolo X (esposizione ad agenti biologici: artt. 266-286): vengono riproposte le disposizioni del Titolo VIII del d.lgs. n. 626 del 1994 (attuativo della direttiva 90/679/CEE relativa alla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti dall'esposizione agli agenti biologici durante il lavoro).
- Titolo XI (protezione da atmosfere esplosive: artt. 287-297): le norme di questo Titolo corrispondono a quelle del Titolo VIII-*bis* del d.lgs. n. 626 del 1994, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. 12 giugno 2003, n. 233 (che ha recepito la direttiva 99/92/CE relativa alle prescrizioni minime per il miglioramento della tutela della salute e sicurezza dei lavoratori esposti a rischio di atmosfere esplosive).

[1028] Il Titolo XIII (norme transitorie e finali: artt. 304-306) è dedicato alle abrogazioni, alle norme di coordinamento ed alla decorrenza dell'efficacia di alcune disposizioni del decreto.

[1029] Il Titolo XII (disposizioni in materia penale e di procedura penale: artt. 298-303) contiene disposizioni relative all'esercizio di fatto di poteri direttivi, talune modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, nonché norme in materia di prescrizione e definizione delle contravvenzioni punite con la pena dell'arresto ed in materia di circostanze attenuanti.

[1030] Che peraltro dovrà confrontarsi con gli stessi protagonisti regionali che hanno collaborato alla predisposizione del d.lgs. n. 81 del 2008.

Di qui, pertanto, la scelta di concentrarsi per ora sulla parte più meditata, il che – come si vedrà – non significa che anch'essa non richieda qualche manutenzione.

## 4. Il labirinto delle fonti

Da quando il Titolo V della Costituzione è stato profondamente riformato in base alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 ed il nuovo art. 117, comma 3, Cost. ha ricompreso "la tutela e la sicurezza del lavoro" fra le materie di legislazione concorrente, la già complessa disciplina della salute e sicurezza dei lavoratori si è arricchita di un ulteriore problema[1031].

Per la verità, la questione della pluralità delle fonti era già presente prima della riforma costituzionale, sol che si pensi alla importanza in materia non solo delle convenzioni internazionali, ma soprattutto delle direttive comunitarie, le quali, fin dagli anni Ottanta, stanno sensibilmente influenzando l'ordinamento nazionale sia qualitativamente sia quantitativamente[1032]. Se a ciò si aggiunge che la disciplina italiana era già caratterizzata dalla presenza di una miriade di norme sparse e spesso di remota provenienza, non è difficile comprendere l'esigenza di riordino e di razionalizzazione che da molti anni aleggiava nell'ordinamento.

L'ingresso sulla scena della competenza legislativa regionale, ancorché sotto forma di competenza concorrente, ha tuttavia complicato non poco il quadro d'insieme, non foss'altro per una difficoltà per così dire concettuale, qual è quella relativa alla previsione di discipline a dimensione territoriale a fronte dell'esigenza di proteggere beni la cui rilevanza pare postulare una regolamentazione omogenea ed uniforme su tutto il territorio nazionale.

---

[1031] Come è noto, il nuovo testo dell'art. 117 Cost. è stato interpretato restrittivamente, nel senso che la competenza legislativa concorrente delle Regioni in materia di tutela e sicurezza del lavoro non riguarda la disciplina dei rapporti di lavoro, rientrante invece nell'ordinamento civile e, quindi, nella competenza esclusiva del legislatore statale: tra i tanti cfr. F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, p. 17 ss., qui p. 57; ID., *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, in *ADL*, 2006, p. 1496 ss.; F. LISO, *Collocamento e agenzie private*, in *DLRI*, 2002, p. 591 ss., qui p. 609; M.G. GAROFALO, *Pluralismo, federalismo e diritto del lavoro*, in *RGL*, 2002, I, p. 401 ss. V. peraltro B. CARUSO, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella* governance *multilivello)*, in *ADL*, 2004, p. 801 ss. Sull'incidenza della riforma costituzionale in merito alle competenze legislative in materia di lavoro si vedano, tra gli altri, anche M. PERSIANI, Devolution *e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2002, p. 19 ss.; M. LUCIANI, *Regioni e diritto del lavoro. Note preliminari*, ivi, p. 57 ss.; R. PESSI, *Il diritto del lavoro tra Stato e Regioni*, ivi, p. 75 ss.; M. DELL'OLIO, *Mercato del lavoro, decentramento, devoluzione*, ivi, p. 171 ss.; M. PALLINI, *La modifica del Titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, in *RGL*, 2002, I, p. 21 ss. Si veda altresì *Federalismo e diritti del lavoro*, numero monografico di *LD*, 2001, n. 3, con contributi di L. MARIUCCI, M.V. BALLESTRERO, R. DEL PUNTA, B. CARUSO, A. PERULLI, M.G. GAROFALO, L. ZOPPOLI, G.G. BALANDI, M. RUSCIANO, M. ROCCELLA, T. BLANKE.

[1032] A partire dalla cosiddetta direttiva "madre" n. 89/391/CEE. Per una ricostruzione delle direttive europee in materia v. G. PROIA-M. LEPORE, *Sicurezza e salute dei lavoratori*, in *EGT*, XXVIII, 1996, p. 1 ss.

La questione è stata analizzata dalla dottrina sia nella fase immediatamente successiva alla approvazione del disegno di legge delega da parte del Governo (13 aprile 2007)[1033], sia immediatamente dopo l'emanazione della l. n. 123 del 2007[1034], non potendosi inoltre trascurare l'esame svolto dal Consiglio di Stato in occasione del richiamato parere reso nel 2005, anche per i costanti riferimenti alla giurisprudenza costituzionale[1035].

In questa sede non è certo possibile diffondersi su tutti gli aspetti della questione. Tuttavia, vale la pena di ricordare l'autorevole avvertimento lanciato subito dopo l'approvazione del disegno di legge in sede di Consiglio dei Ministri, secondo cui la prima e pregiudiziale questione che il legislatore delegato avrebbe dovuto affrontare sarebbe consistita nel "come aggirare l'insidioso trabocchetto teso dall'art. 117 Cost." su cui si era "infranto il precedente disegno di legge delegata": occorre – si disse – "non ripetere l'errore, evitando di attrarre la materia della sicurezza nella competenza esclusiva della legislazione statale… in quanto da ricomprendere nel concetto di ordinamento 'civile' (cfr. art. 117, comma 2, lett. *l*, Cost.), attraverso la mediazione dell'art. 2087 c.c. e la contrattualizzazione dell'obbligo di protezione"[1036].

In effetti, come è stato puntualmente messo in luce dopo l'emanazione della legge delega, è vero che "se ci si fonda sull'art. 2087 c.c., e dunque sull'obbligo contrattuale di sicurezza del datore di lavoro come principio (obbligo) generale da cui derivano tutti gli obblighi specifici di prevenzione, si potrebbe per questa via ricondurre in linea teorica sostanzialmente tutta la materia della sicurezza del lavoro (esclusa la parte amministrativa della vigilanza) all'ordinamento civile, e dunque alla legislazione esclusiva dello Stato". Senonché non può escludersi una diversa lettura, "atta a conciliare natura contrattuale dell'obbligo di sicurezza e competenza concorrente regionale sulla sicurezza del lavoro". Quella "normazione dei rapporti intersoggettivi tra datore di lavoro e lavoratore", che la giurisprudenza costituzionale ricomprende nell'ordinamento civile[1037], "pare dover intendersi, quanto all'obbligo di sicurezza, nel senso che "tutti gli obblighi di prevenzione, come individuati dalla legislazione tecnica, come tali entrano nel contenuto dell'obbligo contrattuale di tutela delle condizioni di lavoro, il cui assetto regolativo è appunto riservato alla legge statale; ma la formulazione (individuazione) normativa degli standard (che diventano obbligatori ai fini del contratto) esula dall'*ordinamento civile*, potendo rientrare nella competenza legislativa regionale

---

1033 L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 27 ss., ora (con qualche modifica e integrazione) anche in *DLRI*, 2007, p. 799 ss.; G. NATULLO, *La disciplina della sicurezza sui luoghi di lavoro nel labirinto delle competenze legislative di Stato e Regioni*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 35 ss.; ID., *Competenze regionali e tecniche giuridiche su standard di prevenzione ed effettività delle tutele normative*, in *RGL*, 2007, supplemento al n. 2, p. 61 ss.; O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., p. 23 ss. Cfr. anche, prima dell'approvazione del disegno di legge delega, C. SMURAGLIA, *Il sistema normativo italiano in tema di sicurezza e igiene del lavoro: tentativi di coordinamento e prospettive*, in L. GUAGLIANONE e F. MALZANI (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 333 ss.; O. BONARDI, *Il Testo Unico in materia di sicurezza del lavoro nel sistema delle fonti*, ivi, p. 347 ss.

1034 F. CARINCI, *La telenovela del T.U. sulla sicurezza*, cit., p. 344 ss.; G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, relazione presentata al Convegno di Benevento del 9 novembre 2007 su "Ambiente e sicurezza sul lavoro. Quali tutele in vista del Testo Unico", organizzato dal Dipartimento di analisi dei sistemi economici e sociali dell'Università degli Studi del Sannio (in corso di pubblicazione nei relativi Atti); S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 6 ss.

1035 Critiche all'interpretazione della Costituzione e delle sentenze della Corte costituzionale proposta dal Consiglio di Stato si rinvengono in V. SPEZIALE, *La nuova legge sulla sicurezza del lavoro*, cit., pp. 9-10.

1036 Così L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 27.

1037 Corte cost., 11 ottobre 2005, n. 384, in *GU* del 19 ottobre 2005; 13 gennaio 2005, n. 50, in *GU* del 2 febbraio 2005.

(concorrente: fermo restando dunque che allo Stato resta comunque la competenza alla formulazione dei principi generali sui quali può innestarsi la legislazione regionale)"[1038].

Per la verità, chi ha messo in guardia contro la tentazione di ricondurre il tutto alla competenza esclusiva dello Stato (sulla scorta della "tesi" dell'ordinamento civile) si è mostrato perfettamente consapevole delle tante difficoltà ed incertezze che circondano l'ambito di operatività della legislazione concorrente regionale. In tal senso si è osservato che "l'area della *tutela e (della) sicurezza del lavoro* quale materia di competenza legislativa concorrente delle Regioni" è quanto mai compressa, risultando "complicata l'individuazione degli spazi effettivamente lasciati al possibile intervento normativo regionale"[1039]. Del resto, in quanto ambito contraddistinto da finalità di tutela, la sicurezza del lavoro, più che come una materia in senso tecnico, può essere considerata come un "valore costituzionalmente protetto", configurandosi quindi come una materia "trasversale" esposta a diverse competenze[1040]. E, in effetti, sul terreno della sicurezza del lavoro, la competenza legislativa concorrente regionale che, come tale, deve attenersi ai principi fondamentali individuati dalla legislazione statale, si incrocia con le competenze legislative esclusive dello Stato connesse all'ordinamento civile, all'ordinamento penale, alla tutela della concorrenza ed alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.

Pur ipotizzando che "il limite della *determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*[1041] sia un limite solo… *in peius*, tale cioè da consentire la possibilità di discipline territoriali di maggior tutela, questa possibilità pare in gran parte vanificata dalla necessità di rispettare altre aree di riserva esclusiva statale, come l'*ordinamento penale* e *la tutela della concorrenza*, che sembrano ostare a discipline differenziate a livello regionale"[1042]. Infatti, la tesi della derogabilità *in melius* degli standard di tutela da parte della legislazione regionale[1043] potrebbe prestare il fianco a serie obiezioni, giacché la presenza di standard di tutela più o meno onerosi a seconda del territorio finirebbe, da un lato, per alterare indirettamente la concorrenzialità tra le imprese (la cui tutela spetta alla competenza legislativa esclusiva dello Stato *ex* art. 117, comma 2, lett. *e*, Cost.) e, dall'altro, per diversificare ingiustificatamente l'ampiezza di precetti presidiati per lo più da sanzioni penali (su cui vige l'esclusiva competenza statale *ex* art. 117, comma 2, lett. *l*, Cost.)[1044]. Sebbene la possibilità per le Regioni di introdurre *limiti e prescrizioni ulteriori rispetto a quelli fissati dallo Stato* sia stata prevista dal legislatore (con l'art. 8, comma 1, lett. *b*, della l. 6 febbraio

---

1038 G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., pp. 4 e 5 del dattiloscritto; V. SPEZIALE, *La nuova legge sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 7.

1039 G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., pp. 7 e 8 del dattiloscritto.

1040 Cfr. Corte cost., 26 luglio 2002, n. 407, in *DML*, 2003, p. 18, con nota di A. TROJSI, *Prime indicazioni su "tutela e sicurezza del lavoro nella recente giurisprudenza costituzionale"*. Cfr. anche S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 8.

1041 Sull'importanza di questo principio insiste V. SPEZIALE, *La nuova legge sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 8.

1042 G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., pp. 7 e 8 del dattiloscritto.

1043 Criticata da F. CARINCI, *La telenovela del T.U. sulla sicurezza*, cit., p. 348, sulla scorta dell'inquadramento dell'obbligo di sicurezza nell'ambito dell'ordinamento civile: "se il dovere di sicurezza rientra in quel diritto privato riservato alla competenza esclusiva dello Stato… vi rientra *in toto*, senza alcuna possibile eccezione, foss'anche per una deroga *in melius*".

1044 Sul punto cfr. S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 9; O. BONARDI, *Il Testo Unico in materia di sicurezza del lavoro*, cit., p. 357.

2007, n. 13: legge comunitaria per il 2007)[1045], sembra tuttavia ragionevole ritenere che, affinché non si appalesino conflitti con i principi costituzionali (in tema di tutela della concorrenza o di ordinamento penale), i limiti e le prescrizioni ulteriori rispetto a quelli fissati dallo Stato determinabili in senso incrementale dalla legislazione regionale riguardino gli aspetti (solo apparentemente) "collaterali" da cui può trarre sostegno il sistema di prevenzione[1046] o, al più, "i livelli di effettiva applicazione delle (ampie) tutele in astratto previste"[1047], e non anche nuovi o più pesanti obblighi. In sostanza, una funzione incrementale della legislazione regionale più nel senso del "completamento" della normativa statale[1048] che in quello del suo appesantimento[1049].

Per altro verso, l'eventuale e residua area della possibile competenza concorrente deve comunque rispettare i "principi fondamentali" stabiliti con legge dello Stato che, "considerando natura e rilevanza dei beni ed interessi sottesi (e tutelati) alla materia in questione", si può presupporre che "possano essere piuttosto 'invadenti' "[1050]. A tale proposito, non deve trascurarsi che l'art. 8, comma 1, lett. *a*, della citata l. n. 13 del 2007 configura come principio fondamentale in materia la salvaguardia delle disposizioni volte a tutelare in modo uniforme a livello nazionale il bene tutelato "tutela e sicurezza del lavoro", con particolare riguardo all'esercizio dei poteri sanzionatori.

---

[1045] Tale norma ricomprende tra i "principi fondamentali, nel rispetto dei quali le Regioni e le Province autonome esercitano la propria competenza normativa per dare attuazione o assicurare l'applicazione degli atti comunitari… in materia di 'tutela e sicurezza del lavoro' ", la "possibilità per le Regioni e le Province autonome di introdurre, laddove la situazione lo renda necessario, nell'ambito degli atti di recepimento di norme comunitarie incidenti sulla materia 'tutela e sicurezza del lavoro' e per i singoli settori di intervento interessati, limiti e prescrizioni ulteriori rispetto a quelli fissati dallo Stato, con contestuale salvaguardia degli obiettivi di protezione perseguiti nella medesima tutela dalla legislazione statale".

[1046] Come osserva G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., pp. 13-14 del dattiloscritto, se la legislazione regionale non può occuparsi della "definizione degli standard di prevenzione in senso stretto (individuazione dei 'rischi' e definizione di misure e strumenti 'tecnici' di prevenzione), su cui indubbiamente una differenziazione sul territorio (considerando anche la loro origine tecnico-scientifica, oltre che normativa, europea quando non internazionale) non pare plausibile", essa potrebbe invece trovare spazi, soprattutto a fini incrementali, nei seguenti campi: "a) integrazione della normativa generale (statale) tecnica, laddove quest'ultima non sia del tutto puntuale e specifica (norme "elastiche"), e/o laddove gli standard di prevenzione debbano essere in concreto individuati sulla base della fattibilità tecnologica; b) previsione di strumenti e azioni per la promozione e la diffusione sul territorio della "cultura" della prevenzione; c) supporto alla presenza ed all'attività delle rappresentanze dei lavoratori e degli organismi bilaterali/paritetici; d) rafforzamento delle attività di vigilanza, come noto affidata in primo luogo alle ASL, ma anche implementazione di altre funzioni rilevanti degli organismi pubblici regionali (monitoraggio, informazione, supporto consulenziale) e soprattutto miglior coordinamento con gli altri organismi pubblici competenti; e) previsione e realizzazione di strumenti ed azioni volti a sostenere ed incentivare, anche economicamente, la corretta applicazione degli standard ed in generale il miglioramento degli ambienti di lavoro". Sul ruolo della legislazione regionale v. F. CARINCI, *La telenovela del T.U. sulla sicurezza*, cit., p. 349, e S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 11.

[1047] G. NATULLO, *Competenze regionali e tecniche giuridiche*, cit., pp. 71-72.

[1048] Cfr. in tal senso M. MAGNANI, *Il lavoro nel Titolo V della Costituzione*, in *ADL*, 2002, p. 645 ss., qui p. 657; S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., pp. 10-11, il quale tuttavia non sembra escludere la possibilità di più elevati livelli di tutela del lavoro.

[1049] Non si deve peraltro trascurare che il tenore letterale del citato art. 8, comma 1, lett. *b*, della l. n. 13 del 2007 non chiarisce se la funzione incrementale delle disposizioni e delle tutele previste dalla normativa statale – fermo restando il ruolo di quest'ultima di garanzia generale ed uniforme per tutto il territorio: cfr. A. TROJSI, *Competenze legislative e funzioni amministrative sulla "sicurezza del lavoro"*, in M. RUSCIANO e G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in F. CARINCI (dir.), *Diritto del lavoro – Commentario*, VIII, Utet, Torino, 2007, p. 25 ss., qui p. 57 – sia limitata ai soli atti (legislativi) regionali che recepiscono "direttamente" norme comunitarie in materia di sicurezza del lavoro o riguardi invece tutte le leggi regionali che si occupino di tale materia sulla scorta dei principi fondamentali contenuti nella legge statale.

[1050] G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., pp. 7 e 8 del dattiloscritto.

Come è stato osservato, la *ratio* della norma pare rintracciarsi negli orientamenti della giurisprudenza costituzionale in materia di tutela della salute[1051] secondo la quale, nelle materie espressive di finalità (o valori) di tutela, i principi fondamentali paiono poter assumere carattere più puntuale e pervasivo che nelle "altre" materie di competenza concorrente, e, nella sostanza, vengono pressoché a coincidere con l'area dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, di cui all'art. 117, comma 2, lett. *m*, Cost., la cui determinazione è assegnata alla competenza esclusiva dello Stato e giustifica una disciplina nazionale non solo, appunto, di principio[1052]. La stessa Corte costituzionale ha peraltro rilevato che la nozione di "principio fondamentale" – che, nelle materie di legislazione concorrente, segna il discrimine tra competenze statali e competenze regionali – "non ha e non può avere caratteri di rigidità e di universalità, perché le 'materie' hanno diversi livelli di definizione che possono mutare nel tempo. È il legislatore che opera le scelte che ritiene opportune, regolando ciascuna materia sulla base di criteri normativi essenziali che l'interprete deve valutare nella loro obiettività, senza essere condizionato in modo decisivo da eventuali autoqualificazioni"[1053].

Se non è possibile definire una volta per tutte la nozione di "principio fondamentale", altrettanto vale nel caso, come quello in esame, di un procedimento legislativo di delega che verte su materia di competenza concorrente, a proposito del "rapporto tra la nozione di principi e criteri direttivi", che concerne appunto tale procedimento legislativo di delega, "e quella di principi fondamentali della materia, che costituisce il limite oggettivo della potestà statuale nelle materie di competenza concorrente"[1054]. Secondo la Corte costituzionale, con la legge delegata possono essere stabiliti i principi fondamentali di una materia, "stante la diversa natura ed il diverso grado di generalità che detti principi possono assumere rispetto ai 'principi e criteri direttivi' previsti" dall'art. 76 Cost.[1055]. Ne consegue che "la lesione delle competenze legislative regionali non deriva dall'uso, di per sé, della delega, ma può conseguire sia dall'avere il legislatore delegante formulato principi e criteri direttivi che tali non sono, per concretizzarsi invece in norme di dettaglio, sia dall'aver il legislatore delegato esorbitato dall'oggetto della delega, non limitandosi a determinare i principi fondamentali"[1056]. Dunque, i principi fondamentali possono essere contenuti sia nella legge delega sia nel decreto delegato[1057].

Scendendo ad esaminare la l. n. 123 del 2007, può condividersi l'osservazione secondo cui tale legge delega – ribadendo, con la consueta "formula di rito"[1058], oltre alla generale "conformità"

---

[1051] Anch'essa rientrante nella legislazione concorrente: v. *funditus* A. TROJSI, *Competenze legislative e funzioni amministrative*, cit., p. 48 ss.

[1052] G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., p. 10 del dattiloscritto.

[1053] Corte cost., n. 50 del 2005, cit.

[1054] Corte cost., n. 50 del 2005, cit.

[1055] Corte cost., 26-30 luglio 1993, n. 359, in *GU* del 4 agosto 1993. Cfr. anche Corte cost., 25 settembre-1° ottobre 2003, n. 303, in *GU* dell'8 ottobre 2003; Corte cost., 13-28 luglio 2004, n. 280, in *GU* del 4 agosto 2004.

[1056] Corte cost., n. 50 del 2005, cit.

[1057] Come osservato puntualmente da V. SPEZIALE, *La nuova legge sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 11. V. altresì O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., p. 28.

[1058] Così F. CARINCI, *La telenovela del T.U. sulla sicurezza*, cit., p. 346.

della decretazione delegata all'art. 117 Cost., "l'ormai 'classico' rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" – non ha fornito indicazioni di particolare utilità, lasciando "sostanzialmente aperti ed invariati tutti i termini della questione" relativa al riparto delle competenze tra Stato e Regioni[1059] ed alla identificazione dei principi fondamentali. Peraltro, come è stato giustamente osservato, il vincolo di conformità all'art. 117 Cost. "non implica alcun restringimento dei poteri legislativi esclusivi dello Stato in materia, né può condurre a ritenere che la potestà legislativa in materia di sicurezza sul lavoro possa articolarsi, per ogni profilo, secondo uno schema strutturato su poteri statali e regionali concorrenti"[1060].

Analizzando il percorso tramite cui il d.lgs. n. 81 del 2008 è stato progressivamente costruito, è interessante notare come il legislatore delegato abbia "risposto" alla laconicità della delega in merito al vincolo di conformità all'art. 117 Cost. dando corpo ad alcune ipotesi formulate dalla dottrina. Si era infatti auspicato che il legislatore nazionale cooperasse e condividesse "obiettivi e strumenti normativi con le Regioni (attraverso l'organismo rappresentativo della Conferenza Stato-Regioni), secondo quel principio-metodo della *leale collaborazione* incentivato dalla stessa Corte costituzionale"[1061]. E si era aggiunto che le Regioni avrebbero potuto "contribuire sostanzialmente, anche se indirettamente, alla disciplina della materia ed all'assetto del sistema di prevenzione" mediante "un loro forte coinvolgimento istituzionale "nel percorso di elaborazione legislativa", potendo ciò "costituire un presupposto decisivo per attenuare fortemente i rischi di successive censure di 'invasioni di campo'. In particolare" – si era detto – "sarebbe auspicabile che il prodotto legislativo fosse il portato di un 'intesa' con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato e le Regioni, laddove la delega… si limita a prevedere come passaggio procedurale l'acquisizione del mero 'parere' della Conferenza stessa"[1062].

Ebbene, l'esperienza del lavoro tecnico di predisposizione dello schema di decreto conferma che quest'ultimo costituisce indubbiamente il frutto di "un serrato e costante confronto" tra Ministeri e Regioni", come d'altronde testualmente afferma la relazione tecnico-normativa del decreto legislativo, la quale proprio su questo dato pare fondare la piena compatibilità del decreto con l'assetto delle competenze legislative Stato-Regioni di cui all'art. 117 Cost.[1063]. Una simile esperienza sembra confermare l'ipotesi ricostruttiva secondo cui "il modello sotteso all'art. 117 Cost." è più "quello dell'integrazione e dell'intreccio tra competenze" che non quello "della separazione e di una netta distinzione tra queste"[1064].

---

1059 G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., p. 12, nota 15, del dattiloscritto; L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 27.

1060 S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 10.

1061 In tal senso cfr. ancora A. TROJSI, *Competenze legislative e funzioni amministrative*, cit., p. 61 ss., nonché P. PASCUCCI, *Fondamenti della competenza in materia di vigilanza*, cit., *passim*.

1062 G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., p. 12 del dattiloscritto.

1063 Come è stato lucidamente evidenziato, "il legislatore affida la 'tenuta' della nuova normativa, più che ad articolate (e solide) soluzioni tecniche, alla 'proceduralizzazione' del percorso di elaborazione del testo normativo stesso, con la piena partecipazione e condivisione dei rappresentanti delle Regioni": così G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., p. 11 del dattiloscritto.

1064 A. TROJSI, *Competenze legislative e funzioni amministrative*, cit., p. 40.

La concreta sperimentazione del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni, attuata mediante una formazione della disciplina "compartecipata" o "condivisa"[1065], non ha tuttavia "esautorato" l'*iter* formale delineato dall'art. 1, comma 4, della legge delega[1066]. Basta infatti ricordare che il parere favorevole reso il 12 marzo 2008 dalla Conferenza Stato-Regioni conteneva in realtà numerose proposte emendative, molte delle quali (ma non tutte) sono state poi accolte in sede di approvazione definitiva del decreto. Per altro verso, l'*iter* formale di cui all'art. 1, comma 4, della legge delega è stato rispettato anche per quanto concerne la consultazione delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro, più volte convocate in sede ministeriale per esprimere le proprie valutazioni sul lavoro che si stava svolgendo[1067].

Sebbene la leale collaborazione tra Stato e Regioni sembra aver consentito, nella fase *de iure condendo*, di superare l'intricata selva di ostacoli posti dall'incerta previsione costituzionale, *de iure condito* i problemi non sono del tutto esauriti. Basti pensare, da un lato, all'individuazione degli ambiti in cui potrebbe ora dispiegarsi la legislazione concorrente regionale e, dall'altro lato, ai non pochi rinvii che il decreto opera ad altre fonti.

Quanto al primo aspetto, non è detto che l'atteggiamento di *self restraint* che finora le Regioni hanno assunto in materia si protragga all'infinito, né che su di esso si possa fare affidamento[1068], quasi che si trattasse di una consuetudine con valenza normativa. In altre parole, anche ammettendo che tutti i contenuti del d.lgs. n. 81 del 2008 siano di competenza della legislazione dello Stato[1069] e che le prerogative delle Regioni siano state comunque rispettate valorizzando il loro coinvolgimento nell'*iter* formativo del decreto delegato, non sembra possibile comprimere il dispiegarsi della legislazione concorrente spettante alle Regioni[1070]. Non si deve d'altronde trascurare che l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 81 del 2008 contiene un'espressa clausola di "cedevolezza" secondo la quale, in relazione all'art. 117, comma 5, Cost. ed all'art. 16, comma 3, della l. 4 febbraio 2005, n. 11, le disposizioni del decreto riguardanti ambiti di competenza legislativa delle Regioni e delle Province autonome si applicano, nell'esercizio del potere sostitutivo dello Stato e con carattere di cedevolezza, nelle Regioni e nelle Province autonome nelle quali ancora non sia stata adottata la normativa regionale e provinciale e perdono comunque efficacia dalla data di

---

1065 Cfr. in tal senso O. BONARDI, *Il Testo Unico in materia di sicurezza del lavoro*, cit., pp. 357, 360 e 361, secondo la quale in materia di salute e sicurezza dei lavoratori, più che una competenza concorrente, si evidenzia una concorrenza di competenze che deve essere risolta in base al principio di leale collaborazione, ma non in base a quello di prevalenza (cfr. Corte cost., n. 50 del 2005, cit.): infatti, applicandosi tale ultimo principio si rinuncerebbe al "riconoscimento del principio della globalità dell'intervento pubblico in materia di tutela della salute… che impone di tenere conto di tutti i fattori che incidono sulle condizioni di salute delle persone e… dell'inscindibilità della tutela della salute dentro e fuori dai luoghi di lavoro", privando così "il sistema di strumenti conoscitivi e di intervento fondamentali al fine della tutela della salute dell'intera collettività".

1066 Definito anch'esso "di rito" da F. CARINCI, *La telenovela del T.U. sulla sicurezza*, cit., p. 346.

1067 Per la verità, non si è mancato di rilevare criticamente come la consultazione delle parti sociali abbia riguardato solo la parte generale (Titolo I): cfr. M. TIRABOSCHI, *Restyling necessario ma con le parti sociali*, in *Il Sole 24 ORE* del 10 maggio 2008, p. 23.

1068 Come giustamente ammonisce L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 28.

1069 O perché afferenti all'ordinamento civile e penale (art. 117, comma 2, lett. *l*, Cost.), o alla tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lett. *e*, Cost.), o in quanto riconducibili alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale (art. 117, comma 2, lett. *m*, Cost.), o perché comunque ascrivibili ai principi fondamentali della legislazione concorrente (art. 117, comma 3, secondo periodo, Cost.).

1070 Cfr. G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., pp. 13-14 del dattiloscritto.

entrata in vigore di quest'ultima, fermi restando i principi fondamentali ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost. Qui, pertanto, si tratta di individuare la quota della normativa comunitaria che può e deve essere recepita dal legislatore regionale, con il conseguente ritrarsi della legge nazionale[1071]. Al di là dei possibili dubbi sulla tenuta e credibilità "di un sistema normativo che potrebbe essere eroso e stravolto in qualsiasi momento dalla concorrente legislazione regionale", c'è da chiedersi se la previsione della clausola di "cedevolezza" ponga "al riparo la legislazione dello Stato da eccezioni d'incostituzionalità nel caso di indebite scorrerie nelle zone riservate alla competenza regionale"[1072]. Né deve trascurarsi, proprio in relazione al recepimento delle norme comunitarie da parte delle Regioni, quanto prevede il menzionato art. 8, comma 1, lett. *b*, della l. n. 13 del 2007 in ordine alla possibilità per le Regioni di introdurre limiti e prescrizioni ulteriori rispetto a quelli fissati dallo Stato.

Per quanto attiene al secondo aspetto, non è sempre chiaro se i decreti ministeriali o interministeriali a cui il decreto legislativo opera frequenti rinvii abbiano carattere regolamentare, non dovendosi dimenticare che l'art. 117, comma 6, Cost. prevede che la potestà regolamentare spetta allo Stato solo nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni, mentre a queste ultime spetta *iure proprio* in ogni altra materia (compresa quindi anche quella concorrente). Infatti, soltanto in due ipotesi (art. 3, comma 2) il d.lgs. n. 81 del 2008 evoca il carattere regolamentare dei decreti, richiamando espressamente l'art. 17, comma 2, della l. 23 agosto 1988, n. 400[1073]. Peraltro, dato che, nella maggior parte dei casi, la soluzione accolta nel d.lgs. n. 81 del 2008 si sostanzia in rinvii a decreti da adottare previo parere della Conferenza Stato-Regioni (o previa intesa con la stessa), sembrerebbe doversene inferire che le materie oggetto di rinvio siano state ritenute comunque rientranti nella competenza esclusiva dello Stato. Non potrebbe tuttavia escludersi che il frequente coinvolgimento della Conferenza Stato-Regioni, oltre che un doveroso omaggio all'opinione delle istituzioni nel cui ambito si muovono pur sempre i principali protagonisti della vigilanza in materia (le ASL), possa anche essere un sintomo rivelatore di quell'incertezza sul reale assetto delle competenze, fermo restando tuttavia che, ove mai si trattasse di materie di legislazione concorrente, tale coinvolgimento non sarebbe comunque sufficiente ad escludere l'illegittimità (o, meglio, l'incompetenza) dei decreti ministeriali.

A dire il vero, analizzando l'*iter* formativo e le prospettive evolutive del d.lgs. n. 81 del 2008, si ha la sensazione che l'assetto costituzionale "formale" delle fonti, almeno come sembra delineato nell'art. 117 Cost., sia stato soppiantato da un assetto "materiale": così come hanno lealmente collaborato nella fase di costruzione delle regole, Stato e Regioni sembrano intenzionati a fare altrettanto anche nella fase di implementazione delle stesse regole. Una riprova sembra cogliersi anche nella previsione della presenza dei rappresentanti delle Regioni in tutti gli organismi istituzionali delineati dal decreto, nonché nella nuova Commissione preposta a fornire risposte agli

---

1071 G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., p. 15 del dattiloscritto.

1072 L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 28. Sul carattere "cedevole" di molte norme in materia di sicurezza del lavoro cfr. il citato parere del 2005 del Consiglio di Stato.

1073 Nel parere reso nel 2005, il Consiglio di Stato aveva sottolineato la necessità di richiamare tale norma del 1988 al fine di chiarire il carattere regolamentare del decreto e l'*iter* da seguire per la sua adozione, ribadendo che "non è consentito escludere con norma primaria la natura regolamentare di atti che presentino quell'attitudine innovativa dell'ordinamento e i requisiti di generalità ed astrattezza", essendo "evidente la necessità di rispettare il disposto di cui all'art. 117, comma 6, Cost., altrimenti eluso".

interpelli: come si vedrà, trattandosi di un'attività sostanzialmente finalizzata ad interpretare la normativa in materia, non è certo irrilevante che sia svolta insieme dai rappresentanti dei Ministeri (e quindi dello Stato) e delle Regioni, vale a dire dagli stessi soggetti che quelle regole hanno scritto[1074].

Detto in altri termini, dal d.lgs. n. 81 del 2008 pare uscire l'immagine di una legislazione della sicurezza del lavoro il cui carattere "concorrente", più che incentrarsi sulla distinzione logica e temporale tra il momento della definizione dei principi fondamentali (di spettanza statale) e quello della disciplina di dettaglio (di spettanza regionale), sembra atteggiarsi nel senso della "cooperazione simultanea"[1075]. È tuttavia evidente come ciò risulti condizionabile, in positivo e in negativo, dall'assetto delle simmetrie politiche tra governo centrale e governi regionali[1076].

Un'ultima osservazione va fatta sul ruolo delle amministrazioni ministeriali. Come tempestivamente colto dai primi osservatori[1077], per la prima volta il Ministero della salute ha finalmente ricoperto il ruolo di coprotagonista principale, accanto a quello del lavoro, nell'*iter* formativo sia della delega sia del decreto delegato. Quest'ultimo ha giustamente valorizzato le competenze del Ministero della salute non solo attribuendogli preminenza nel nuovo Comitato istituito dall'art. 5 (su cui v. *infra* § 7.1), ma coinvolgendolo in pressoché tutte le attività regolamentari previste dal decreto. Presumibilmente, tra questa inusitata e straordinaria sinergia fra i due Ministeri ed il loro recente accorpamento non esiste alcuna relazione. Certo è che così si semplificheranno i tanti adempimenti regolamentari previsti!

## 5. Le finalità: testo unico o unico testo? Quale unicità?

L'art. 1 della l. n. 123 del 2007 ha conferito la delega al Governo per predisporre il riassetto e la riforma delle disposizioni vigenti in materia di salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, rispettando il criterio del riordino e del coordinamento di tali disposizioni[1078].

Secondo i più attenti osservatori[1079], il legislatore delegato disponeva di due alternative per attuare la delega: *a*) un testo "pesante", vale a dire una sorta di d.lgs. n. 626 del 1994 modificato ed integrato, che ricomprendesse la regolazione legislativa statale (purché non in contrasto con quella regionale) di tutti i rischi e di tutti i settori; *b*) un testo "leggero", fondato su di un *corpus* centrale contenente le norme di carattere generale (per intendersi: il titolo I del d.lgs. n. 626 del 1994 modificato ed integrato), a cui si aggiungessero norme sublegislative (regolamenti), relativamente ai rischi e settori specifici[1080].

---

1074 Il che corrisponde a quanto correttamente auspicato da S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 45.

1075 Secondo M. MASI, *Intervento* al Convegno di Urbino del 10 maggio 2008 su "Le nuove regole sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori. Un confronto a più voci", cit., la concorrenza delle competenze va intesa non in senso competitivo, bensì collaborativo.

1076 L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 28.

1077 B. DEIDDA, *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 89 ss., qui p. 93.

1078 Va ricordato che l'art. 1, comma 3, della legge delega ha previsto che i decreti legislativi attuativi non possono comunque disporre un abbassamento dei livelli di protezione.

1079 G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., pp. 15 e 16 del dattiloscritto.

1080 In questo senso v. L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 29, secondo cui tale soluzione offre evidentemente il vantaggio di rendere assai più agevole il costante aggiornamento delle norme tecniche anche in sede di trasposizione delle

Il d.lgs. n. 81 del 2008 pare aver seguito prevalentemente la prima opzione aggregando in un *corpus* assai ponderoso (306 articoli suddivisi in 13 Titoli) la maggior parte delle norme generali e speciali in materia e predisponendo poi una nutrita serie di allegati tecnici che ricomprendono le specifiche degli obblighi di sicurezza.

Non si tratta però di un "testo unico", come convenzionalmente si usa dire. Infatti, diversamente dal suo più immediato antecedente (l'art. 3 della l. n. 229 del 2003), l'art. 1 della l. n. 123 del 2007 si è limitato a conferire la delega al Governo senza evocare l'art. 20 della l. 15 marzo 1997, n. 59[1081] e, quindi, senza collocarsi nel percorso delineato dall'art. 7 della l. 8 marzo 1999, n. 50[1082] dedicato proprio ai testi unici. D'altro canto, nell'epigrafe dell'art. 1 della l. n. 123 del 2007[1083] è scomparso l'esplicito riferimento all'"emanazione di un testo unico" che invece campeggiava nella rubrica dell'art. 1 del disegno di legge approvato dal Consiglio del Ministri il 13 aprile 2007[1084].

Se non si tratta di "testo unico", potrebbe essere anche discutibile che si tratti di un "unico testo"[1085], come pure, con un bisticcio di parole, si va dicendo essenzialmente sulla scorta di quanto previsto dall'art. 1, comma 1, primo periodo, del d.lgs. n. 81 del 2008[1086]. In realtà, sebbene abbia riassorbito la maggior parte delle disposizioni vigenti in materia, il nuovo decreto non le contiene tutte: basti pensare alle disposizioni di cui al d.lgs. 27 luglio 1999, n. 271 (sulle attività a bordo delle navi), al d.lgs. 27 luglio 1999, n. 272 (sull'ambito portuale), o di cui al d.lgs. 17 agosto 1999, n. 298 (sulle navi da pesca), alla l. 26 aprile 1974, n. 191 ed ai relativi decreti di attuazione (sul trasporto ferroviario): tutte norme che l'art. 3, comma 2, secondo periodo, del d.lgs. n. 81 del

---

direttive europee, anche se – come osserva G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., p 16 del dattiloscritto – può scontrarsi con i limiti derivanti dall'art. 117, comma 6, Cost. in merito al divieto di regolamenti su materia non di competenza esclusiva dello Stato.

[1081] Come sostituito dall'art. 1 della stessa l. n. 229 del 2003, che dispone in materia di semplificazione e riassetto normativo.

[1082] Modificata dalla l. 24 novembre 2000, n. 340.

[1083] "Delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro".

[1084] Stante l'estraneità del decreto legislativo alla categoria dei testi unici, è quindi ozioso interrogarsi sulla sua natura alla luce del dibattito sulla natura dei testi unici. Come si ricorderà, già con la sentenza 10 aprile 1957, n. 54, (in *GU* n. 104 del 20 aprile 1957) la Corte costituzionale ebbe modo di precisare che i testi unici si distinguono in due categorie: quelli che per la loro formazione non richiedono esercizio di potestà legislativa delegata e quelli che sono vere e proprie leggi delegate. Per stabilire a quale delle due categorie appartenga un determinato testo unico occorre esaminare la norma in base alla quale il testo unico è stato emanato, verificando se tale norma contiene una delega legislativa, nel qual caso il Governo riceve facoltà di modificare, integrare, coordinare le norme vigenti, o se quella norma conferisce una autorizzazione alla formazione del testo unico. La differenza fondamentale tra i due tipi di testi unici è che, mentre nel testo unico emanato nell'esercizio di poteri legislativi delegati, il testo unico è una vera e propria legge delegata, nel testo unico di mera compilazione la forza di legge delle singole norme, raccolte nel testo unico, resta sempre ancorata alle leggi dalle quali le norme stesse sono tratte, cosicché questo genere di testi unici non costituisce una manifestazione di volontà legislativa, bensì di potestà amministrativa. Sulle questioni metodologiche e di tecnica legislativa relative ad un testo unico in materia di sicurezza sul lavoro cfr. *Note metodologiche per la predisposizione di un Testo Unico in materia di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori*, in *DRI*, 1998, p. 79 ss.
Peraltro, al di là delle parole usate nella sua epigrafe, anche il disegno di legge governativo non mostrava di credere più di tanto nella possibilità di un testo unico, visto che, anche in tale disegno, la delega riguardava uno o più decreti legislativi: cfr. in tal senso anche G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., p. 17 del dattiloscritto.

[1085] Cfr. P. SOPRANI, *Il "TU sicurezza"*, cit., p. 238.

[1086] Il quale appunto prevede che "Le disposizioni contenute nel presente decreto legislativo costituiscono attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, per il riassetto e la riforma delle norme vigenti in materia di salute e sicurezza delle lavoratrici e dei lavoratori nei luoghi di lavoro, mediante il riordino e il coordinamento delle medesime in un unico testo normativo".

2008 prevede che debbano essere coordinate con quelle del decreto medesimo mediante successivi decreti, da emanare entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto, ai sensi dell'art. 17 della l. 23 agosto 1988, n. 400, su proposta dei Ministri competenti, di concerto con i Ministri del lavoro e della salute, acquisito il parere della Conferenza Stato-Regioni[1087]. Né dall'eventuale mancata emanazione entro i termini previsti dei predetti decreti di coordinamento o di armonizzazione può derivare un'automatica ed assoluta caducazione delle menzionate norme speciali: è vero, infatti, che, in base a quanto previsto dall'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 81 del 2008, in caso di mancata emanazione dei decreti trovano applicazione le disposizioni del decreto medesimo, ma è altresì vero che queste disposizioni integreranno quelle speciali, le quali, per tutta una serie di aspetti, non potranno certamente venir meno (data la peculiare specificità della materia che regolano). Ciò, del resto, pare trovare conferma nell'art. 304, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2008 che, individuando le norme abrogate dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto, mantiene fermo quanto previsto dall'articolo 3, comma 3.

Tuttavia, riguardando l'intera questione in termini non rigidamente formalistici, pare ragionevolmente sostenibile che anche l'eventuale sopravvivenza di alcune norme speciali (come quelle appena ricordate) non scalfisca nella sostanza quella che si potrebbe definire l'"unicità sostanziale" della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 81 del 2008, dato che è proprio in tale disciplina che ora si rinvengono i principi generali del sistema prevenzionistico sia per quanto concerne l'assetto istituzionale sia per quanto attiene alla gestione della prevenzione nei luoghi di lavoro. Si tratta di una affermazione d'altronde confermata con forza dallo stesso art. 304, comma 1, del decreto: tale disposizione, da un lato, abroga esplicitamente (nella lett. *a*) le principali normative generali preesistenti in materia[1088], fermo restando che, come l'Araba Fenice, molti dei contenuti di tali normative rivivono (talora tali e quali erano, talaltra modificati) nelle nuove norme, specialmente dei Titoli successivi al I; dall'altro lato (nella lett. *d*), abroga qualsiasi altra disposizione legislativa e regolamentare esistente nella materia disciplinata dal decreto legislativo la quale risulti incompatibile con lo stesso decreto.

Il percorso di unificazione sostanziale è peraltro destinato a compiersi ulteriormente, visto che il comma 2 del menzionato art. 304 prevede che, con uno o più decreti legislativi integrativi, attuativi della delega prevista dall'art. 1, comma 6, della l. n. 123 del 2007, da emanarsi entro dodici mesi dall'entrata in vigore del decreto legislativo, si provvederà all'armonizzazione delle disposizioni dello stesso decreto con quelle contenute in leggi o regolamenti che dispongono rinvii a norme del d.lgs. n. 626 del 1994, ovvero ad altre disposizioni abrogate dal comma 1[1089]. Nell'attesa della realizzazione di questa specifica armonizzazione (vale a dire fino all'emanazione dei

---

[1087] Nel caso della disciplina del trasporto ferroviario *ex* l. n. 191 del 1974, l'art. 3, comma 2, del decreto legislativo prevede che, mediante i predetti decreti, essa sia armonizzata con le disposizioni tecniche di cui ai Titoli dal II al XII del decreto legislativo.

[1088] Vale a dire: il d.P.R. 27 aprile 1955, n. 547; il d.P.R. 7 gennaio 1956, n. 164; il d.P.R. 19 marzo 1956, n. 303 (fatta eccezione per l'art. 64); il d.lgs. 15 agosto 1991, n. 277; il d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626; il d.lgs. 14 agosto 1996, n. 493; il d.lgs. 14 agosto 1996, n. 494; il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 187. L'art. 304, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2008 abroga inoltre (nella lett. *b*) l'art. 36-*bis*, commi 1 e 2, del d.l. 4 luglio 2006 n. 223, convertito con modificazioni dalla l. 5 agosto 2006, n. 248 e (nella lett. *c*) gli artt. 2, 3, 5, 6 e 7 della l. n. 123 del 2007. Si noti che, fra le norme abrogate, non è compreso il d.P.R. 19 marzo 1956, n. 302, le cui norme, costituendo integrazione di quelle contenute nel d.P.R. n. 547 del 1955, ora introiettate nel d.lgs. n. 81 del 2008, avrebbero dovuto anch'esse essere "recuperate" nel nuovo decreto: ciò non è invece accaduto, presumibilmente per una dimenticanza, a cui pare aver posto un qualche rimedio l'art. 306, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2008 il quale prevede che le disposizioni del d.P.R. n. 302 del 1956 costituiscono integrazione di quelle contenute nello stesso d.lgs. n. 81 del 2008.

[1089] Come già anticipato nella nota precedente, il d.lgs. n. 626 del 1994 è stato espressamente abrogato dall'art. 304, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 81 del 2008.

predetti decreti legislativi integrativi), l'art. 304, comma 3, prevede comunque un'armonizzazione di carattere generale in forza della quale ove disposizioni di legge o regolamentari dispongano un rinvio a norme del d.lgs. n. 626 del 1994 o ad altre norme abrogate dal comma 1, tali rinvii si intendono riferiti alle corrispondenti norme del decreto legislativo.

È questo, ad esempio, il caso di quelle disposizioni (su cui si tornerà: v. *infra* § 9) che inibiscono ai datori di lavoro che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi *ex* art. 4 del d.lgs. n. 626 del 1994 di utilizzare forme di lavoro flessibili: il richiamo ivi contenuto alla valutazione dei rischi di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 626 del 1994 deve quindi intendersi riferito, *ex* art. 304, comma 3, del d.lgs. n. 81 del 2008, alla valutazione dei rischi di cui agli artt. 17, lett. *a*, 28 e 29 di tale decreto.

### 6.1. Il campo di applicazione oggettivo

Fra i tanti criteri di delega previsti, il decreto delegato doveva dare attuazione anche a quello consistente nella ricomprensione dell'applicazione della normativa "a tutti i settori di attività… anche tenendo conto delle peculiarità o della particolare pericolosità degli stessi e della specificità di settori ed ambiti lavorativi, quali quelli presenti nella pubblica amministrazione" (art. 1, comma 2, della l. n. 123 del 2007)[1090].

A tale proposito va osservato che quanto poc'anzi rilevato in ordine a determinate ipotesi di adeguamento della disciplina del d.lgs. n. 81 del 2008 vale anche nel caso, preso in considerazione dall'art. 3, comma 2, primo periodo, il quale, ricalcando quanto prevedeva l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 626 del 1994, preconizza una normativa di adeguamento della disciplina per una serie eccessivamente lunga di pubbliche amministrazioni e non solo[1091]. In tali ipotesi, le disposizioni del decreto legislativo sono applicate tenendo conto delle effettive particolari esigenze connesse al servizio espletato o alle peculiarità organizzative, individuate – ed ecco la novità rispetto alla disciplina previgente – entro e non oltre il termine perentorio di 12 mesi dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2008 mediante decreti emanati, ai sensi dell'art. 17, comma 2, della l. n. 400 del 1988[1092]. Fino alla scadenza del predetto termine di 12 mesi, sono fatte salve le disposizioni attuative dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 626 del 1994; decorso inutilmente tale termine,

---

[1090] Occorre rilevare che la scelta di inserire nell'art. 2 una specifica definizione di "azienda", intesa come il complesso della struttura organizzata dal datore di lavoro pubblico o privato, consente di evitare quelle confusioni che nel d.lgs. n. 626 del 1994 si ingeneravano per il ricorrente uso della parola azienda, la quale, non essendo appunto definita ai fini del decreto, si prestava ad essere considerata nella sua tradizionale accezione privatistica *ex* art. 2555 c.c. come complesso organizzato dall'"imprenditore", così rischiando di escludersi le pubbliche amministrazioni.

[1091] Vale a dire: le Forze armate e di Polizia; il Dipartimento dei vigili del fuoco; il soccorso pubblico e della difesa civile; i servizi di protezione civile; le strutture giudiziarie e penitenziarie destinate per finalità istituzionali alle attività degli organi con compiti in materia di ordine e sicurezza pubblica; le università; gli istituti di istruzione universitaria; le istituzioni dell'alta formazione artistica e coreutica; gli istituti di istruzione ed educazione di ogni ordine e grado; le organizzazioni di volontariato *ex* l. n. 266 del 1991; i mezzi di trasporto aerei e marittimi. Occorre ricordare che è la stessa Direttiva n. 89/391/CEE a prevedere una disciplina speciale per le pubbliche amministrazioni in presenza di determinate esigenze, senonché – come osserva O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., p. 39 – si dovrebbe trattare di limitate eccezioni.

[1092] Dai Ministri competenti di concerto con i Ministri del lavoro, della salute e delle riforme e innovazioni nella pubblica amministrazione, acquisito il parere della Conferenza Stato-Regioni e sentite le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Relativamente agli schemi di decreti di interesse delle Forze armate, compresa l'Arma dei carabinieri ed il Corpo della Guardia di Finanza, dovranno essere sentiti gli organismi a livello nazionale rappresentativi del personale militare. Analogamente

trovano applicazione le disposizioni del d.lgs. n. 81 del 2008. La previsione del termine e della conseguenza del suo vano decorso paiono in grado di scongiurare ingiustificate ed eccessive dilazioni[1093] nell'adeguamento normativo.

A differenza delle attività lavorative a bordo delle navi, in ambito portuale, sulle navi da pesca e nel trasporto ferroviario (v. paragrafo precedente) che dispongono già di una propria disciplina (la quale, in caso di mancata emanazione dei decreti, dovrebbe comunque essere "coordinata" con il d.lgs. n. 81 del 2008 grazie alle norme di quest'ultimo), nelle ipotesi precedentemente descritte l'omissione dei decreti farebbe scattare la piena applicabilità delle disposizioni del decreto del 2008 con la caducazione delle discipline speciali emanate sotto l'egida del d.lgs. n. 626 del 1994, senza peraltro alcun rischio di *vacatio legis*.

### 6.1.1. Il riferimento a tutte le tipologie di rischio: prevenzione o precauzione?

Come risulta dal criterio di delega poc'anzi richiamato (art. 1, comma 2, della l. n. 123 del 2007), l'applicazione della normativa non riguarda solo "tutti i settori di attività", ma anche "tutte le tipologie di rischio".

Il riferimento a tutte le tipologie di rischio ha indotto un'autorevole dottrina a chiedersi se ciò possa aprire "uno spiraglio all'ingresso nel sistema italiano del 'principio di precauzione' di origine comunitaria (cfr. art. 174, comma 2, del Trattato UE[1094]), ove non si ritenga… che lo stesso sia stato già recepito dall'art. 2087 c.c. in ragione della sua storica *vis* espansiva e della capacità di auto-adattamento quanto ai contenuti": "in forza di tale principio l'assenza di 'certezza scientifica', a fronte di un rischio potenziale e di ragionevoli dubbi circa la possibilità che si producano effetti gravi e negativi per la salute del lavoratore, non deve impedire che si adottino da parte del datore di lavoro misure e cautele appropriate in via preventiva"[1095].

A tale interessante sollecitazione si è risposto che l'inclusione di questo tipo di protezione richiederebbe di "essere espressamente contemplata nella legge attuativa, anche in considerazione del fatto che, allo stato attuale, il principio di precauzione 'non è suscettibile di tradursi, per difetto di concretezza, in un tassativo comando giuridico' (Tar Lazio, sez. I, 31 maggio 2004, n. 5118)"[1096].

---

si provvede per quanto riguarda gli archivi, le biblioteche e i musei solo nel caso siano sottoposti a particolari vincoli di tutela dei beni artistici storici e culturali.

[1093] Giustamente paventate da O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., p. 39.

[1094] Ai sensi del quale "La politica della Comunità in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio 'chi inquina paga'. In tale contesto, le misure di armonizzazione rispondenti ad esigenze di protezione dell'ambiente comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri a prendere, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura comunitaria di controllo".

[1095] Così L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 29, il quale puntualizza che "non si tratta di imporre al datore di assumere iniziative autonome e straordinarie per far fronte al cosiddetto 'ignoto tecnologico', ma di ribadire che il debitore di sicurezza non può esimersi dal misurarsi anche con i rischi potenziali, pur se le conseguenze negative in termini di lesioni del diritto alla salute del lavoratore non sono state ancora accertate in maniera univoca né condivise dalla comunità scientifica della medicina del lavoro".

[1096] V. SPEZIALE, *La nuova legge sulla sicurezza del lavoro*, cit., pp. 13-14. Cfr. anche S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., pp. 22-23.

Emanato il decreto delegato, non si è poi mancato di segnalare come, sebbene il principio di precauzione sia stato già recepito nell'ordinamento italiano in materia ambientale[1097] e in materia di protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici[1098], le disposizioni del d.lgs. n. 81 del 2008 escludono ogni richiamo a tale principio[1099], come del resto confermerebbe la stessa definizione di "prevenzione" accolta nell'art. 2, comma 1, lett. *n*, la quale, riferendosi al "complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno", indica che "la serie delle incombenze datoriali rientra nell'ambito dell'apprestamento di un adeguato sistema prevenzionistico", come tale da non confondere "con un sistema cautelare improntato al principio di precauzione", giacché "prevenzione e precauzione… attengono a campi applicativi distinti"[1100].

### 6.2. Il campo di applicazione soggettivo

Per misurare l'esatta ampiezza della nuova disciplina dal punto di vista soggettivo, occorre prendere in considerazione l'art. 3 del decreto, combinandone peraltro la lettura con parte dell'art. 2 e con l'art. 4[1101].

L'individuazione del campo di applicazione del decreto costituisce un aspetto non certo secondario sol che si pensi all'insistenza del legislatore delegante sui destinatari della disciplina. Ciò è avvertibile fin dall'art. 1, comma 1, della l. n. 123 del 2007, là dove si evocano le "differenze di genere" e la "condizione delle lavoratrici e dei lavoratori immigrati"[1102], e si percepisce chiaramente subito dopo, quando, fra i criteri della delega (art. 1, comma 2), si ricomprende l'applicazione della normativa "a tutti i lavoratori e lavoratrici, autonomi e subordinati, nonché ai soggetti ad essi equiparati, prevedendo: 1) misure di particolare tutela per determinate categorie di lavoratori e lavoratrici e per specifiche tipologie di lavoro o settori di attività; 2) adeguate e specifiche

---

[1097] Cfr. l'art. 3-*ter* del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, in forza del quale "La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio 'chi inquina paga' che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale".

[1098] Cfr. l'art. 1, comma 1, lett. *b*, della l. 22 febbraio 2001, n. 36, che parla di promozione della ricerca scientifica per la valutazione degli effetti a lungo termine e dell'attivazione di misure di cautela da adottare in applicazione del principio di precauzione di cui all'art. 174, par. 2, del Trattato istitutivo dell'Unione europea.

[1099] Per la verità, nel Titolo I, l'unico riferimento testuale alla parola "precauzione" si rintraccia nell'art. 46, comma 3, lett. *a*, n. 2 (in materia di prevenzione incendi), in cui si parla di "misure precauzionali di esercizio" come oggetto di definizione da parte di un decreto interministeriale.

[1100] G. NICOLINI, *Disposizioni generali: nuove definizioni e allargamento del campo di applicazione*, in F. BACCHINI (a cura di), *Speciale Testo Unico sicurezza del lavoro*, cit., p. 242 ss., qui pp. 245-246.

[1101] Sul campo di applicazione del d.lgs. n. 626 del 1994 cfr. R. ROMEI, *Il campo di applicazione del d. leg. n. 626 del 1994 e i soggetti (artt. 1, 2, 3)*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 59 ss.

[1102] Per una prima analisi dei criteri di delega risultanti dall'originario disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2007, cfr. L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 27 ss.; B. DEIDDA, *Il testo unico sulla sicurezza sul lavoro*, cit., p. 89 ss.; C. SMURAGLIA, *Quadro normativo ed esperienze attuative*, cit., p. 16 ss.; G. NATULLO, *Presupposti e finalità della l. n. 123/2007*, cit., p. 1 ss.; O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., p. 23 ss.; M. LAI, *T.U. sulla sicurezza: principi e criteri direttivi della delega*, in *DPL*, 2007, p. 768 ss.

misure di tutela per i lavoratori autonomi, in relazione ai rischi propri delle attività svolte e secondo i principi della raccomandazione 2003/134/CE del Consiglio, del 18 febbraio 2003".

Questi principi direttivi sembrano essere stati correttamente recepiti dal legislatore delegante non solo nell'art. 1, comma 1 (dove, oltre alle "differenze di genere" ed alla "condizione delle lavoratrici e dei lavoratori immigrati", si richiama l'"età"[1103]) e nell'art. 3, espressamente dedicato al campo di applicazione del decreto, ma anche in alcune disposizioni specifiche nelle quali la eco dei criteri di delega risuona con chiarezza: è il caso, ad esempio, dell'art. 21 dedicato alla protezione dei componenti dell'impresa familiare e dei lavoratori autonomi; dell'art. 28 là dove prevede che la valutazione dei rischi deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato e quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, nonché quelli connessi alle differenze di genere, all'età, alla provenienza da altri paesi; degli artt. 36, comma 4, e 37, comma 13, i quali, per quanto concerne l'informazione e la formazione dei lavoratori immigrati, sottolineano l'esigenza della previa verifica della comprensione e conoscenza della lingua utilizzata[1104].

### 6.2.1. Il lavoratore

A dire il vero, la vocazione universalistica della delega si coglie fin dalla prima lettera del lungo elenco di definizioni contenuto nell'art. 2, la cui lett. *a* definisce, ai fini del decreto, il lavoratore come la persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico[1105] o privato (sono esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari). Un concetto, quindi, ben più ampio di quello di cui all'art. 2, lett. *a*, del d.lgs. n. 626 del 1994, che si riferiva alla "persona che presta il proprio lavoro alle dipendenze di un datore di lavoro… con rapporto di lavoro subordinato anche speciale"[1106]. Forse anche più ampio di quello contenuto nell'art. 3 della Direttiva n. 89/391/CEE che, riferen-

---

[1103] Nonostante la sua assoluta genericità (v. L. CAIAZZA, *Lavoro, stress sotto esame*, in *Il Sole 24 ORE* del 7 maggio 2008, p. 33), il termine "età" sembrerebbe tendenzialmente da interpretare con riferimento ai minori, sebbene non possa escludersi che possa anche riferirsi a lavoratori in età avanzata qualora questa possa in qualche modo creare problemi in ordine allo svolgimento di determinate mansioni. Sull'esigenza di una particolare attenzione per la sicurezza dei minori v. O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., p. 42.

[1104] Nonostante alcune prime perplessità (L. CAIAZZA, *Lavoro, stress sotto esame*, cit.), la previsione della verifica della lingua pare perfettamente funzionale all'effettivo scopo per cui è posta, nè sembra che sia in sé d'ostacolo, come pure paventato, alla stessa costituzione del rapporto di lavoro.

[1105] Senza potersi qui addentrare nell'esame minuzioso di tutte le definizioni contenute nell'art. 2, merita sottolineare la puntualizzazione operata a proposito del datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come nel d.lgs. n. 626 del 1994, si intende per tale "il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale", ma poi si specifica "individuato dall'organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa. In caso di omessa individuazione, o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo". Quest'ultima precisazione di chiusura è apprezzata da P. SOPRANI, *Il "TU sicurezza"*, cit., p. 238. Sulla precedente definizione cfr. L. ZOPPOLI, *La sicurezza del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., p. 83 ss., qui p. 96 ss.

[1106] R. ROMEI, *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 626 del 1994*, cit., p. 74.

dosi a "qualsiasi persona impiegata da un datore di lavoro…" sembrerebbe limitarsi al lavoro subordinato. Va tuttavia rilevato che la normativa comunitaria conserva valore di limite minimale, non consentendo quindi regressi da parte della legislazione nazionale che la attui, che ben potrebbe quindi migliorarla.

Per addivenire ad una definizione di "lavoratore" compatibile con il criterio della legge delega e al tempo stesso coerente con il diritto comunitario, non si poteva non considerare che, in materia di sicurezza del lavoro, il "lavoratore" non rappresenta soltanto il soggetto destinatario della tutela, ma è nel contempo anche un soggetto sul quale gravano responsabilità presidiate da sanzioni, anche penali[1107]. Questa dimensione complessa del lavoratore (ai fini della disciplina della sicurezza sul lavoro) fa sì che nella nozione di "lavoratore" debbano necessariamente ricondursi tutti i soggetti che il datore di lavoro[1108] coinvolge funzionalmente nel proprio ambito organizzativo utilizzandone le prestazioni lavorative per il perseguimento dei propri scopi, quali che siano (economici, istituzionali, non lucrativi ecc.). Pertanto, fatta eccezione per il lavoro domestico (come prevede la direttiva comunitaria), vengono in considerazione non solo i lavoratori subordinati (al di là delle varie tipologie di contratto di lavoro subordinato stipulato), ma anche i lavoratori che, pur non essendo dipendenti del datore di lavoro, siano tuttavia assoggettati al suo potere direttivo (lavoratori somministrati), nonché i lavoratori che abbiano stipulato con il datore di lavoro un contratto di lavoro autonomo purché, ovviamente, la prestazione lavorativa dedotta in tale contratto, in quanto inserita nell'organizzazione datoriale, li esponga potenzialmente ai rischi per la loro salute e sicurezza derivanti dall'attività svolta dal datore di lavoro.

Quest'ultima precisazione – di fondamentale importanza – ha una duplice finalità: da un lato, vale ad escludere che nella nozione di "lavoratore" rientrino quei lavoratori autonomi (es. liberi professionisti, artigiani ecc.) che, pur prestando un'attività lavorativa a favore del datore di lavoro (in sé anche indirettamente funzionale al perseguimento degli scopi dello stesso datore), tuttavia non si inseriscono minimamente nell'organizzazione di quest'ultimo (si pensi ad un'opera di consulenza *una tantum*, o ad una prestazione del tutto occasionale di manutenzione[1109]); da un altro lato, vale invece a ricomprendere nell'ambito della nozione (e, quindi della tutela, ancorché nei limiti eventualmente individuati nella successiva disciplina del decreto legislativo) quelle prestazioni lavorative che, pur non essendo materialmente o fisicamente svolte nel luogo (di lavoro) in cui si realizza l'attività del datore di lavoro, sono nondimeno inserite (a diverso titolo e più o meno stabilmente) nell'organizzazione dello stesso datore di lavoro consentendo a quest'ultimo il perseguimento degli scopi per i quali svolge la propria attività (es. telelavoro).

---

[1107] Si pensi all'obbligo (già previsto dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 626 del 1994, la cui formulazione è oggi quasi testualmente riproposta nell'art. 20, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2008) gravante in capo al lavoratore di prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro.

[1108] Anch'esso inteso secondo la definizione proposta ai fini della disciplina della sicurezza del lavoro, vale a dire "il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa". Rimarca l'accento posto sulla responsabilità dell'organizzazione e non più dell'impresa P. SOPRANI, *Il "TU sicurezza"*, cit., p. 238.

[1109] Fermo restando, in quest'ultimo caso, quanto previsto in relazione alla tutela dagli eventuali rischi interferenziali: v. *infra* § 8.3.

Ad ogni buon conto, la nozione di lavoratore ora accolta nel decreto, oltre ad ampliare la gamma dei suoi destinatari, può valere, come criterio ermeneutico generale, a risolvere eventuali antinomie tra le varie previsioni del decreto, come si vedrà in seguito. Per altro verso, essendo contenuta in una disciplina organica che ha di fatto riassorbito la maggior parte delle norme previgenti, pare in grado di superare le asimmetrie che sussistevano a tale proposito tra il d.lgs. n. 626 del 1994 ed i vecchi decreti degli anni Cinquanta.

### 6.2.2. Gli equiparati

Per quanto concerne i soggetti equiparati al lavoratore, emergono innanzitutto il socio lavoratore di cooperativa o di società, anche di fatto, che presta la sua attività per conto delle società e dell'ente stesso[1110], nonché l'associato in partecipazione di cui all'art. 2549 c.c.[1111]. Per quanto concerne i soci lavoratori di cooperative, occorre rilevare che la l. 3 aprile 2001, n. 142 già prevede, all'art. 2, l'applicazione di tutte le vigenti disposizioni in materia di sicurezza e igiene del lavoro ai soci lavoratori di cooperativa con rapporto di lavoro subordinato. Inoltre, la stessa norma (secondo periodo) prevede l'applicabilità delle disposizioni del d.lgs. n. 626 del 1994 nonché del d.lgs. n. 494 del 1996, in quanto compatibili con le modalità della prestazione lavorativa, agli altri soci lavoratori (che, come si inferisce in base all'art. 1, comma 3, della stessa legge, sono inquadrati come lavoratori autonomi in senso lato). Sulla scorta di queste previsioni, l'esplicita equiparazione di tali soggetti al "lavoratore" potrebbe risultare superflua giacché il già ricordato art. 304, comma 3, del d.lgs. n. 81 del 2008 prevede che ove disposizioni di legge operino un rinvio al d.lgs. n. 626 del 1994 o ad altre norme abrogate dall'art. 304, comma 1 (tra cui rientra il d.lgs. n. 494 del 1996), tale rinvio si intende riferito alle norme del d.lgs. n. 81 del 2008. Per quanto concerne invece i soci delle altre società (non cooperative), la previsione dell'equiparazione è più che giustificata, così come per quanto riguarda gli associati in partecipazione.

L'equiparazione al lavoratore che il d.lgs. n. 626 del 1994 riferiva agli "utenti dei servizi di orientamento o di formazione scolastica, universitaria e professionale avviati presso datori di lavoro per agevolare o per perfezionare le loro scelte professionali" è stata opportunamente ricondotta nella più specifica nozione di tirocinante: "soggetto beneficiario delle iniziative di tirocini formativi e di orientamento di cui all'art. 18 della legge 24 giugno 1997, n. 196 e di cui a specifiche disposizioni delle leggi regionali promosse al fine di realizzare momenti di alternanza tra studio e lavoro o di agevolare le scelte professionali mediante la conoscenza diretta del mondo del lavoro". La nuova formulazione risulta più aderente alle previsioni delle norme appena menzionate[1112] e, in particolare, alle finalità ivi indicate, non dovendosi dimenticare che l'espressione del d.lgs. n. 626 del 1994, pur nella sua generalità ed astrattezza, era più circoscritta di quella delle norme speciali in materia di tirocini formativi e di orientamento le quali affidano la promozione degli stessi ad

---

1110 Questa equiparazione figurava anche nel d.lgs. n. 626 del 1994.

1111 Equiparazione non contemplata nel d.lgs. n. 626 del 1994. Secondo G. NICOLINI, *Disposizioni generali*, cit., p. 243, nonostante il generico rinvio all'art. 2549 c.c., tale equiparazione "concerne esclusivamente l'associato il cui apporto consista nella prestazione d'opera nell'ambito dell'organizzazione datoriale".

1112 Che ancora non erano state emanate all'epoca dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 626 del 1994. Sui tirocini di cui al testo e sull'evoluzione della relativa disciplina, cfr. P. PASCUCCI, Stage *e lavoro. La disciplina dei tirocini formativi e di orientamento*, di prossima pubblicazione per i tipi di Giappichelli, Torino, 2008.

una gamma di soggetti assai più ampia di quelli dei servizi di orientamento o di formazione scolastica, universitaria e professionale. Non si deve altresì trascurare che, specialmente dopo la riforma del Titolo V Cost., la materia dei tirocini qui in oggetto è sempre più frequentemente disciplinata, in virtù della competenza legislativa esclusiva delle Regioni in materia di formazione, nelle leggi regionali (non a caso evocate nella nuova equiparazione), alcune delle quali ampliano vieppiù la platea dei soggetti promotori[1113].

Viene riconfermata l'equiparazione dell'"allievo degli istituti di istruzione ed universitari e il partecipante ai corsi di formazione professionale nei quali si faccia uso di laboratori, attrezzature di lavoro in genere, agenti chimici, fisici e biologici", aggiungendosi alle predette attrezzature "le apparecchiature fornite di videoterminali" e precisandosi che l'equiparazione vale "limitatamente ai periodi in cui l'allievo sia effettivamente applicato alla strumentazioni o ai laboratori in questione". Del tutto nuove ed opportune sono le equiparazioni del "volontario", *ex* l. 1 agosto 1991, n. 266[1114], dei "volontari del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e della Protezione civile", del "volontario che effettua il servizio civile" e dei lavoratori socialmente utili di cui al d.lgs. 1° dicembre 1997, n. 468 e successive modifiche.

#### 6.2.3.1. Specifiche figure: somministrazione, distacco (e lavoro ripartito)

In buona sostanza, mediante l'ampia nozione di lavoratore e tramite la tecnica delle equiparazioni, si ricomprendono nell'ambito di applicazione del decreto, come già suggerito sia dalle organizzazioni sindacali nelle note elaborate in data 21 dicembre 2006 sia dalla dottrina[1115], tutte le tipologie contrattuali autonome o subordinate, anche flessibili, nonché del lavoro "fuori mercato" (cosiddetto "non lavoro"), ivi compreso il "volontariato". L'applicazione a tali soggetti, senza distinzione di genere[1116], risulta poi confermata nell'art. 3, comma 4, peraltro nel rispetto di quanto previsto nei suoi successivi commi.

Purtroppo, per quanto concerne le tipologie contrattuali flessibili[1117], il decreto delegato pare

---

[1113] Cfr. ancora P. PASCUCCI, Stage *e lavoro*, cit., *passim*.

[1114] Occorre ricordare che tale legge (legge-quadro sul volontariato), da un lato, all'art. 2, comma 3, prevede l'incompatibilità tra la qualità di volontario e qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato e autonomo, mentre, da un altro lato, all'art. 4, comma 1, impone alle organizzazioni di volontariato di assicurare i propri aderenti contro gli infortuni e le malattie connesse allo svolgimento delle attività di volontariato (fornendo quindi una chiara indicazione circa gli obblighi di protezione).

[1115] L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 29; C. SMURAGLIA, *Il sistema normativo italiano*, cit., p. 343; S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 22.

[1116] Oltre all'art. 1, comma 1, dedicato alle finalità, nel decreto delegato la tutela della sicurezza in relazione al genere emerge nelle seguenti norme: l'art. 6, comma 8, lett. *l*, che affida alla Commissione consultiva permanente il compito di promuovere la considerazione della differenza di genere in relazione alla valutazione dei rischi e alla predisposizione delle misure di prevenzione; l'art. 8, comma 2, secondo periodo, il quale prevede che allo sviluppo del SINP concorrano gli istituti di settore a carattere scientifico, ivi compresi quelli che si occupano della salute delle donne; l'art. 11, comma 6, che, nell'ambito dei rispettivi compiti istituzionali, affida alle amministrazioni pubbliche la promozione di attività specificamente destinate anche alle lavoratrici, finalizzate a migliorare i livelli di tutela delle medesime negli ambienti di lavoro; l'art. 27, comma 1, secondo il quale la valutazione dei rischi deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, nonché quelli connessi alle differenze di genere; l'art. 40, comma 1, là dove obbliga il medico competente a trasmettere ai servizi competenti per territorio le informazioni, elaborate evidenziando le differenze di genere, relative ai dati collettivi aggregati sanitari e di rischio dei lavoratori, sottoposti a sorveglianza sanitaria.

[1117] Fra le più recenti analisi delle questioni giuridiche legate alla flessibilità del lavoro, si vedano: E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2006; M. RUSCIANO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro*

aver seguito una strada "tradizionalista", essenzialmente estendendo (e non sempre *in toto)* le tutele previste per il prototipo del lavoro subordinato a tempo indeterminato e *full time*, laddove sarebbe stato più opportuno prevedere specifiche misure di protezione in ragione della discontinuità e frammentazione dei cosiddetti nuovi lavori[1118]. D'altro canto, per questi ultimi, le norme comunitarie[1119] "richiedono la garanzia non delle stesse misure di sicurezza" previste per gli altri lavoratori, "bensì del raggiungimento dello stesso livello di protezione"[1120].

La delusione per il fatto che il legislatore delegato non abbia saputo cogliere appieno l'occasione offertagli dal "promettente e bilanciato" programma delineato dal delegante[1121] – non riuscendo a rendere pienamente comunicante "il 'canale' regolativo della sicurezza del lavoro e quello del mercato di lavoro"[1122] – è solo in parte compensata da qualche indicazione più puntuale per la protezione di tali fattispecie, ricavabile, ad una più attenta analisi, dalla complessiva trama normativa. Ciò che maggiormente colpisce è che, come si vedrà fra breve, il legislatore delegato non abbia coerentemente sviluppato le giuste premesse poste con la definizione di "lavoratore".

Iniziando dalla somministrazione di lavoro, è facile osservare come il d.lgs. n. 81 del 2008 tenda in gran parte ad adagiarsi piuttosto passivamente sulla disciplina già dettata dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, senza tentare, da un lato, un forse difficile recupero di alcune delle più pregnanti tutele previste per l'ora soppresso lavoro temporaneo di cui alla l. n. 196 del 1997 e, dall'altro lato, di riformare la disciplina in modo più radicale.

Infatti, per i lavoratori con contratto di somministrazione di lavoro, il comma 5 dell'art. 3, da un lato, riconferma quanto specificamente previsto dall'art. 23, comma 5, del d.lgs. n. 276 del 2003[1123], e, dall'altro, stabilisce che tutti gli obblighi di prevenzione e protezione previsti dal d.lgs. n. 81 del 2008 siano a carico dell'utilizzatore. In realtà, la norma del 2003 già accollava all'utilizzatore tutti gli obblighi di protezione (ma non di prevenzione[1124]) previsti per i propri dipendenti (art. 23, comma 5, quarto periodo)[1125], pur addossando al somministratore quello di informazione

---

*flessibile*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006; L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2006.

[1118] È quanto rilevava puntualmente, ancor prima dell'approvazione del disegno di legge delega governativo, C. SMURAGLIA, *Il sistema normativo italiano*, cit., p. 343, sottolineando in particolare l'esigenza del potenziamento dell'informazione e della individuazione di nuovi criteri per la formazione. Su ciò v. anche M. LAI, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, in *DLM*, 2005, p. 99 ss., *passim*; M. TIRABOSCHI, *Campo di applicazione e tipologie contrattuali*, in ID. (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 65 ss.

[1119] V. la direttiva n. 91/383/CEE.

[1120] Così, condivisibilmente, O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., p. 40, la quale rileva che, poiché i lavoratori atipici sono maggiormente esposti al rischio, occorrono "misure ulteriori volte a neutralizzare tale maggiore pericolo".

[1121] S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 20.

[1122] L. ANGELINI, *Lavori flessibili e sicurezza nei luoghi di lavoro: una criticità da governare*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 103 ss., qui p. 104.

[1123] Su cui cfr. per tutti M. LAI, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 101 ss. Tale norma recupera le disposizioni relative al lavoro temporaneo di cui agli artt. 3, comma 5, e 6, comma 1, della l. n. 196 del 1997.

[1124] C. BIZZARRO, *Somministrazione di lavoro e distacco*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 195 ss., qui p. 199.

[1125] Che, essendo riferiti al d.lgs. n. 626 del 1996, sono ora da ricondurre – *ex* art. 304, comma 3, del d.lgs. n. 81 del 2008 – a quelli di cui a tale ultimo decreto.

sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive in generale (art. 23, comma 5, prima parte del primo periodo), nonché quello di formazione e addestramento all'uso delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa per la quale sono assunti (art. 23, comma 5, seconda parte del primo periodo), e prevedendo che quest'ultimo obbligo possa essere adempiuto dall'utilizzatore ove lo preveda il contratto (art. 23, comma 5, secondo periodo). Dato che l'art. 23, comma 5, del d.lgs. n. 276 del 2003 è fatto salvo dalla nuova disposizione, quest'ultima rischia di essere superflua nella sostanza, mentre avrebbe potuto aver altro significato ove avesse lasciato sopravvivere in capo al somministratore soltanto l'obbligo di informazione generale (di cui all'art. 23, comma 5, prima parte del primo periodo), riconducendo *ex lege*, e non solo *ex contractu*, più propriamente in capo all'utilizzatore gli obblighi di formazione e addestramento[1126].

Per la verità, nonostante il silenzio della legge ed anche qualora il contratto di somministrazione non disponga la traslazione dell'obbligo di formazione e addestramento a carico dell'utilizzatore, non è credibile che l'attività del somministratore possa espandersi al di là di una informazione di carattere generale, mentre, per quanto concerne la formazione e l'addestramento relativi all'uso delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa dedotta in contratto, è difficile pensare che il somministratore possa garantire una formazione ed un addestramento non *generico*[1127]. Al di là del fatto che, come è intuibile, quella formazione e quell'addestramento risulteranno più effettivi se impartiti dall'utilizzatore, la loro effettuazione da parte del somministratore non esonera comunque l'utilizzatore da quanto previsto negli artt. 36 e 37 del d.lgs. n. 81 del 2008. In effetti può osservarsi che, sebbene l'art. 23, comma 5, primo periodo, del d.lgs. n. 276 del 2003 testualmente parli di informazione, formazione e addestramento "in conformità alle disposizioni recate" dal d.lgs. n. 626 del 1994 (ora d.lgs. n. 81 del 2008), il suo presumibile riferimento a quanto previsto negli artt. 36 e 37 del nuovo decreto (che parlano di informazione e formazione *adeguate*, e quindi specifiche) concerne ovviamente soltanto i limitati oggetti dell'informazione e della formazione richiamati dallo stesso art. 23, comma 5, primo periodo, del d.lgs. n. 276 del 2003, senza minimamente estendersi agli altri oggetti dell'informazione e della formazione che risultano dalle due norme citate. Non si deve poi trascurare che l'art. 37, comma 5, del d.lgs. n. 81 del 2008 impone ora che l'addestramento venga effettuato da persona esperta (che certamente non sarà il somministratore) e sul luogo di lavoro (dell'utilizzatore), mentre il comma 4, lett. *a*, seconda parte, della stessa norma prevede che, in caso di somministrazione di lavoro, la formazione e l'addestramento specifico (ove previsto) devono avvenire in occasione dell'inizio dell'utilizzazione. Raccordando tutte queste norme, è evidente non solo che in capo all'utilizzatore continueranno a gravare gli obblighi di informazione e formazione per tutto quanto non espressamente richiamato dall'art. 23, comma 5, primo periodo, del d.lgs. n. 276 del 2003, ma anche che soltanto a lui potrà competere l'effettuazione dell'addestramento all'uso delle attrezzature di lavoro.

La salvezza del comma 5 dell'art. 23 (almeno per quanto riguarda il primo e il secondo periodo) risulta quindi piuttosto ridimensionata e pare dimostrare come il legislatore delegato non abbia

---

[1126] Come già osservava puntualmente M. LAI, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 106, a proposito della norma del 2003.

[1127] In generale, sulla formazione nella somministrazione, v. B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, p. 1 ss., qui p. 74 ss.

attentamente soppesato la portata della nuova definizione di "lavoratore" da lui stesso proposta. Come si è anticipato, a differenza della omologa previsione contenuta nel d.lgs. n. 626 del 1994, la nuova definizione di "lavoratore" accolta nell'art. 2, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 81 del 2008 non si riferisce più esclusivamente alla "persona che presta il proprio lavoro alle dipendenze di un datore di lavoro", ma ricomprende qualsiasi "persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro" (inteso, quest'ultimo, ovviamente, secondo la definizione di cui alla successiva lett. *b*). Nella nuova definizione di "lavoratore", la *relazione di sicurezza* tra questi e il datore di lavoro, così come può prescindere dalla sussistenza tra di essi di un contratto di lavoro subordinato, può anche prescindere dalla sussistenza tra di essi di un contratto di lavoro, come accade nel caso del lavoratore somministrato di cui l'imprenditore utilizzatore non è il datore di lavoro *ex* art. 2094 c.c., ma è invece il datore di lavoro *ex* d.lgs. n. 81 del 2008.

Per il lavoro somministrato (e prima per il lavoro temporaneo) tale *relazione di sicurezza* è emersa, con connotati di specialità, contestualmente alla nascita della fattispecie. Configurando in capo all'utilizzatore del lavoratore somministrato tutti gli obblighi di protezione *previsti nei confronti dei propri dipendenti*, le specifiche norme sulla sicurezza del lavoro contenute nel d.lgs. n. 276 del 2003 hanno riconosciuto al somministrato gli stessi diritti propri dei *lavoratori dipendenti dall'imprenditore utilizzatore*, facendo sì, quindi, che lo stesso somministrato divenisse *lavoratore ex* d.lgs. n. 626 del 1994 dell'utilizzatore e quest'ultimo *datore di lavoro ex* d.lgs. n. 626 del 1994 anche nei confronti dei somministrati e non più solo dei propri dipendenti (di cui è anche *datore di lavoro ex* art. 2094 c.c.). È peraltro evidente che, senza le norme speciali del d.lgs. n. 276 del 2003 (e prima della l. n. 196 del 1997), la definizione di "lavoratore" accolta dal d.lgs. n. 626 del 1994 non avrebbe consentito di configurare l'utilizzatore quale obbligato in termini di sicurezza nei confronti dei somministrati, rischiando di addossare esclusivamente in capo al somministratore il relativo carico debitorio.

Con l'entrata in scena della nuova e più ampia nozione di "lavoratore" del d.lgs. n. 81 del 2008, è invece venuta meno la necessità di norme speciali per i lavoratori somministrati, almeno di quelle finalizzate ad evidenziare la *relazione di sicurezza* tra di essi e l'utilizzatore della loro prestazione. Ciò di cui c'era e c'è semmai bisogno – ferma restando la plausibilità di una norma "manifesto" che ribadisca in capo all'utilizzatore tutto il carico debitorio di sicurezza (come facilmente si evince dalla nozione di "lavoratore") – sono disposizioni specifiche che declinino il contenuto degli obblighi di protezione in relazione alle specificità della somministrazione.

Tornando alla questione della ripartizione degli obblighi tra somministratore e utilizzatore si può agevolmente osservare che gli obblighi che l'art. 23, comma 5, primo periodo, del d.lgs. n. 276 del 2003 configura in capo al somministratore costituiscono *obblighi di sicurezza* che si aggiungono a quelli propri della naturale *relazione di sicurezza* esistente tra somministrato ed utilizzatore. Infatti, stando alla nuova definizione di "lavoratore", quegli obblighi gravano sul somministratore non già in quanto "*datore di lavoro ex* d.lgs. n. 81 del 2008", ma essenzialmente in quanto "*datore di lavoro ex* art. 2094 c.c.", vale a dire in quanto soggetto che non necessariamente coincide con il "*datore di lavoro ex* d.lgs. n. 81 del 2008". Se quest'ultimo non può non essere che l'utilizzatore, data la peculiarità della fattispecie ben si comprende il fondamento del parziale coinvolgimento di chi ha la responsabilità "negoziale" del lavoratore somministrato. Un coinvolgimento che non può tuttavia scardinare la posizione debitoria del "*datore di lavoro ex* d.lgs. n. 81 del 2008", ma semmai supportarla in ragione delle specificità della fattispecie. Ed allora,

quando l'art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 81 del 2008 fa salvo "quanto specificamente previsto" dall'art. 23, comma 5, del d.lgs. n. 276 del 2003, non si può non osservare che quanto *specificamente* previsto, pur riferendosi testualmente a tutto il comma 5, sembra meglio riferibile a ciò che nel comma 5 si aggiunge a quanto normalmente è connesso alla *relazione di sicurezza* tra il "lavoratore" ed il "datore di lavoro" di cui al d.lgs. n. 81 del 2008, vale a dire ciò che è previsto nel primo e nel secondo periodo[1128]. In altri termini, la salvezza del comma 5 pare inquadrabile in termini di *aggiunta* e non di sottrazione rispetto alla disciplina generale.

A ben guardare, la previsione del coinvolgimento del somministratore avrebbe potuto rivelarsi più opportuna in relazione alla verifica dell'idoneità dei lavoratori prima dell'invio presso gli utilizzatori[1129]. Al silenzio del legislatore in materia potrebbe forse ovviarsi considerando il somministratore come "*datore di lavoro ex* d.lgs. n. 81 del 2008" prima dell'invio in missione del lavoratore, il che tuttavia accadrebbe soltanto nei rari casi in cui quest'ultimo sia assunto a tempo indeterminato dal somministratore. Al di là degli obblighi, è comunque indubbio l'interesse del somministratore ad inviare in missione lavoratori idonei, pena l'inadempimento del contratto di somministrazione con l'obbligo di sostituzione del lavoratore inidoneo[1130]. A tale proposito, si è prospettato che l'obbligo gravante sul datore di lavoro *ex* art. 18, comma 1, lett. *c*, del d.lgs. n. 81 del 2008 – consistente nel tenere conto, nell'affidare i compiti ai lavoratori, delle capacità e delle condizioni degli stessi in rapporto alla loro salute e alla sicurezza – sia riconducibile in capo al somministratore, in ragione della sua responsabilità in ordine alle informazioni relative al contenuto del contratto scritto di somministrazione: da ciò discenderebbe anche l'obbligo del somministratore di sottoporre il lavoratore a sorveglianza sanitaria preventiva, ove sia prevista[1131]. Si tratta di una prospettiva di responsabilizzazione del somministratore che appare di indubbio interesse e particolarmente apprezzabile e che, di per sé, non preclude che il predetto obbligo di cui all'art. 18, comma 1, lett. *c*, del d.lgs. n. 81 del 2008 gravi, ancorché in parte, anche in capo all'utilizzatore, come nel caso in cui, in seguito all'addestramento iniziale *in loco* (che come si è detto, non può non coinvolgere l'utilizzatore), quest'ultimo riscontri specifici problemi per la salute e sicurezza del lavoratore preventivamente ed astrattamente non verificabili.

Per altro verso, occorre rilevare che la conferma della disciplina dell'art. 23, comma 5, del d.lgs. n. 276 del 2003 mantiene vivo l'obbligo – di cui al terzo periodo di tale disposizione – in capo all'utilizzatore di informare il lavoratore in caso di mansioni comportanti rischi specifici o che esigano una sorveglianza medica speciale[1132]. Al di là del fatto che, alla luce delle innovazioni apportate dall'art. 25 del nuovo decreto, il predetto obbligo di informazione sembrerebbe ora da ascrivere al medico competente (o, perlomeno, all'utilizzatore in collaborazione con lo stesso medico),

---

1128 Perché gli altri periodi non creano problemi di coordinamento con la disciplina generale, riferendosi esclusivamente all'utilizzatore.

1129 Cfr. M. LAI, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 108.

1130 M. LAI, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 109. Sulla ripartizione degli obblighi di sicurezza tra somministratore ed utilizzatore v. G. NATULLO, *Lavori temporanei e sicurezza del lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Editoriale scientifica, Napoli, 2004, p. 151 ss., qui p. 154.

1131 C. BIZZARRO, *Somministrazione di lavoro e distacco*, cit., pp. 203-204.

1132 "Conformemente a quanto previsto dal d.lgs. n. 626 del 1994" e, quindi, ora "a quanto previsto dal d.lgs. n. 81 del 2008".

il legislatore delegato non ha ritenuto opportuno cogliere l'occasione per reintrodurre esplicitamente il divieto che l'ora abrogato art. 1, comma 4, lett. *f*, della l. n. 196 del 1997 prevedeva a proposito della fornitura del lavoro temporaneo per le lavorazioni richiedenti sorveglianza medica speciale e per lavori particolarmente pericolosi[1133], ferma restando la possibilità dell'eventuale introduzione di divieti in materia da parte della contrattazione collettiva[1134].

Nel silenzio dell'art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 81 del 2008, resta in vigore la previsione di cui all'art. 21, comma 1, lett. *d*, del d.lgs. n. 276 del 2003 che, fra gli elementi essenziali del contenuto del contratto di somministrazione, annovera "l'indicazione della presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate", che deve recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi (art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003), dovendo poi detti rischi (ove presenti) e dette misure (ove adottate) essere comunicate per iscritto al lavoratore da parte del somministratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore (art. 21, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003)[1135]. Come è stato rilevato, quest'ultimo obbligo di comunicazione a carico del somministratore non può non raccordarsi con quello, poc'anzi menzionato, di informazione che grava sull'utilizzatore *ex* art. 23, comma 5, del d.lgs. n. 276 del 2003[1136].

Il comma 6 dell'art. 3 fa riferimento ad un'altra fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 276 del 2003, il distacco, legificando quanto poteva già sostenersi in via interpretativa, nonostante qualche contrasto[1137]. In effetti, poiché l'art. 30 del decreto del 2003 nulla prevede a proposito della sicurezza del lavoratore distaccato, la nuova disposizione riconduce tutti gli obblighi di prevenzione e protezione in capo al distaccatario, fatto salvo l'obbligo a carico del distaccante di informare e formare il lavoratore sui rischi tipici generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per le quali egli viene distaccato[1138]. Vale anche qui quanto già sostenuto a proposito della somministrazione circa l'obbligo del distaccatario di informazione sui rischi specifici e le misure adottate nonché di un'adeguata formazione ed un adeguato addestramento all'utilizzo delle attrezzature di lavoro[1139]. Per il personale delle pubbliche amministrazioni che presta servizio con rapporto di

---

1133 Che, in base alla norma del 1997, erano state individuate mediante il d.m. 31 maggio 1999. Per alcune indicazioni sul dibattito relativo alla presunta sopravvivenza di tale decreto nonostante l'abrogazione della norma di riferimento, cfr. P. ALBI, *Decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626. Art. 1*, in M. GRANDI, G. PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, 3° ed., Cedam, Padova, 2005, p. 1236; M. LAI, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, cit., pp. 102-103.

1134 R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 185, nota 28; M. LAI, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 102.

1135 Occorre ricordare che, dopo la modifica dell'art. 21, comma 4, del d.lgs. n. 276 del 2003 da parte dell'art. 5 del d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, la nullità del contratto di somministrazione, con la conseguente riconduzione dei rapporti di lavoro in capo all'utilizzatore, si verifica soltanto per la mancanza di forma scritta del contratto medesimo e non più per la carenza anche di alcuni dei suoi elementi, tra cui quello di cui all'art. 21, comma 1, lett. *d*.

1136 C. BIZZARRO, *Somministrazione di lavoro e distacco*, cit., p. 201.

1137 Cfr. Pret. Milano, 26 novembre 1996, in *LG*, 1997, p. 333, secondo cui la responsabilità della tutela grava sul fruitore della prestazione; *contra* Pret. Brescia, 12 maggio 1998, in *RCDL*, 1998, p. 969.

1138 Per il personale delle pubbliche amministrazioni che presta servizio con rapporto di dipendenza funzionale presso altre amministrazioni pubbliche, organi o autorità nazionali, gli obblighi di cui al d.lgs. n. 81 del 2008 sono a carico del datore di lavoro designato dall'amministrazione, organo o autorità ospitante.

1139 C. BIZZARRO, *Somministrazione di lavoro e distacco*, cit., p. 205.

dipendenza funzionale presso altre amministrazioni pubbliche, organi o autorità nazionali, gli obblighi di cui al d.lgs. n. 81 del 2008 sono a carico del datore di lavoro designato dall'amministrazione, organo o autorità ospitante.

Nulla dispone il d.lgs. n. 81 del 2008 in merito al lavoro ripartito di cui all'art. 41 ss. del d.lgs. n. 276 del 2003. Il silenzio del legislatore deve intendersi come la conferma dell'applicabilità della disciplina generale del d.lgs. n. 81 del 2008 a questa fattispecie, fermo restando quanto previsto dalla disposizione speciale di cui all'art. 42, comma 1, lett. *c*, del d.lgs. n. 276 del 2003, ai sensi della quale le eventuali misure di sicurezza specifiche necessarie in relazione al tipo di attività dedotta in contratto debbono essere riportate in forma scritta nel contratto di lavoro a fini probatori[1140]: disposizione che riguarda solo il *quantum* di ulteriore tutela necessitata dalla peculiarità del rapporto e non certo l'*an* della tutela della salute e della sicurezza dei *job sharers*. Restano nondimeno valide le considerazioni già svolte in dottrina in ordine, da un lato, alla necessità di predisporre in via interpretativa soluzioni di adattamento della normativa generale a tale fattispecie e, dall'altro lato, all'opportunità di un intervento di supporto della contrattazione collettiva, peraltro evocata dallo stesso legislatore nell'art. 43, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003[1141].

### 6.2.3.2. Lavoro parasubordinato e lavoro autonomo, lavoro occasionale e accessorio, lavoro a domicilio

Il successivo comma 7 dell'art. 3 si occupa dei lavoratori parasubordinati[1142] – intesi sia come lavoratori a progetto *ex* art. 61 ss. del d.lgs. n. 276 del 2003, sia come collaboratori coordinati e continuativi *ex* art. 409, n. 3, c.p.c. – nei confronti dei quali dispone l'applicabilità (integrale) delle norme del d.lgs. n. 81 del 2008 ove la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente. Si tratta di una previsione che equipara, agli effetti della sicurezza, il lavoro subordinato a quello parasubordinato e che, in linea generale, va apprezzata sia perché offre indirettamente una protezione in materia nei frequenti casi di simulazione del contratto, sia perché, anche nei casi di genuina parasubordinazione, riconosce un diritto fondamentale del lavoratore il cui godimento non può essere condizionato dalla qualificazione del rapporto.

Non si tratta, tuttavia, di una disposizione particolarmente nuova, poiché ripropone quanto previsto dall'art. 66, comma 4, del d.lgs. n. 276 del 2003, il quale, fra l'altro, disponeva l'applicazione al lavoro a progetto delle norme sulla sicurezza e igiene del lavoro di cui al d.lgs. n. 626 del 1994 quando la prestazione lavorativa si svolgesse "nei luoghi di lavoro del committente", nonché le norme di tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali[1143]. Poiché, diversamente

---

[1140] Detta previsione è stata ritenuta insufficiente ove non conduca a prendere in considerazione, oltre ai rischi connessi all'attività da svolgere, la variabile soggettiva del lavoro in coppia (ancorché ripartito): cfr. SOPRANI, *Nuove tipologie contrattuali e sicurezza del lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, cit., p. 443 ss., qui p. 462.

[1141] V. per tutti M. LAI, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, cit., pp. 117-119, anche per riferimenti bibliografici.

[1142] Sul tema v. già M. LAI, *Sicurezza del lavoro e rapporto di collaborazione coordinata e continuativa*, in *RGL*, 2003, p. 320 ss.; ID., *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 119 ss.

[1143] Cfr. C. LAZZARI, *Nuovi lavori e rappresentanza sindacale*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 258 ss. Formalmente, l'applicabilità al lavoro a progetto delle norme di tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali non è subordinata alla condizione che la prestazione si svolga nei luoghi di lavoro del committente. La previsione di cui all'art. 66, comma 4, del d.lgs. n. 276 del 2003 (ora "recuperata" ed estesa nel nuovo decreto del 2008) aveva risolto anche la questione relativa all'applicabilità al lavoro parasubordinato delle sole tutele previste dall'art. 7 del d.lgs. n. 626 del 1994 (che peraltro era stata prevista nello schema di decreto legislativo per

dal precedente comma 5, il comma 7 dell'art. 3 non fa salve disposizioni precedenti, pare doversi ritenere che esso si sostituisca integralmente, *in parte qua*, al predetto art. 66, comma 4[1144]. Tale effetto sostituivo riguarda anche la parte dell'art. 62, comma 1, lett. *e*, del d.lgs. n. 276 del 2003 là dove tiene fermo quanto disposto dall'art. 66, comma 4.

Non può tuttavia non rilevarsi che l'art. 3, comma 7, del d.lgs. n. 81 del 2008 contiene una sicura novità, là dove, superando tutte le perplessità legate alla disparità di trattamento evocate dalla disciplina del 2003[1145], estende la tutela alle collaborazioni parasubordinate non a progetto[1146] (presenti nelle pubbliche amministrazioni), dovendosi tra esse ricomprendere anche le collaborazioni coordinate e continuative a carattere occasionale di cui all'art. 61, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003[1147]. Né si deve trascurare che la combinazione tra l'art. 3, comma 7, e la definizione di "lavoratore" di cui all'art. 2, comma 1, lett. *a*, fa sì che ora possano senz'altro superarsi i dubbi non risolti dalla precedente disciplina del 2003 per quanto riguarda l'assoggettabilità del collaboratore parasubordinato che operi nel luogo di lavoro del committente agli obblighi dei lavoratori di cui all'art. 20: dubbi che dovevano misurarsi con il divieto di ricorso all'analogia in materia penale relativamente alla irrogazione delle sanzioni penali che l'art. 93 del d.lgs. n. 626 del 1994 prevedeva a carico dei lavoratori subordinati.

Per altro verso, va osservato come, riproponendo di fatto il contenuto dell'art. 66, comma 4, del d.lgs. n. 276 del 2003, l'art. 3, comma 7, del d.lgs. n. 81 del 2008 rischi di esporsi agli stessi rilievi critici avanzati sulla norma del 2003, con particolare riferimento alla superficialità con cui il legislatore ha richiamato "una normativa tarata sul lavoro subordinato piuttosto che enucleare dalla stessa le disposizioni compatibili, attorno alle quali elaborare uno statuto protettivo *ad hoc* per il collaboratore a progetto"[1148]. Allo stato e limitatamente al lavoro a progetto, la ricerca di specifi-

---

l'emanazione di un Testo unico approvato e poi ritirato nella XIV legislatura anche nei confronti dei collaboratori parasubordinati a progetto e non), così come consente di superare l'irrilevanza per il committente dei rischi specifici dei lavoratori autonomi che (già l'art. 7 del d.lgs. n. 626 del 1994 ed ora) l'art. 26 del d.lgs. n. 81 del 2008 prevede nel caso di appalti interni: cfr. C. LAZZARI, *Brevi riflessioni in tema di tutela della salute e della sicurezza nel lavoro autonomo*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 43 ss.

1144 L'art. 66, comma 4, del d.lgs. n. 276 del 2003 resta invece in vigore per quanto concerne l'applicabilità delle disposizioni processuali di cui alla l. 11 agosto 1973, n. 533, dell'art. 64 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (in materia di tutela della maternità), delle norme di cui all'art. 51, comma 1, della l. 23 dicembre 1999, n. 488 (in materia previdenziale) e del decreto del Ministro del lavoro del 12 gennaio 2001 (in materia di corresponsione dell'indennità di malattia).

1145 C. LAZZARI, *Brevi riflessioni in tema di tutela della salute*, cit., p. 49.

1146 Come già auspicato da O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., p. 40.

1147 Alquanto incerta era, infatti, l'applicabilità dell'art. 66, comma 4, del d.lgs. n. 276 del 2003 a quest'ultima fattispecie, salvo nel caso in cui il compenso percepito nell'anno solare superasse i 5.000 euro. Solo in questa ipotesi, infatti, le norme del Capo relativo al lavoro a progetto (comprese quelle sulla sicurezza) potevano senz'altro applicarsi alle collaborazioni coordinate e continuative a carattere occasionale, a meno di non pensare che l'esclusione di queste ultime dalla disposizione di cui al comma 1 (vale a dire la necessità della riconduzione ad un progetto) prevista dall'art. 61, comma 2, del predetto decreto non corrispondesse alla esclusione dalle norme del Capo relativo al lavoro a progetto: ipotesi peraltro smentita dalla stessa lettera del medesimo art. 61, comma 2, là dove parla di applicabilità del predetto Capo alle collaborazioni occasionali con compenso superiore ai 5.000 euro. Sul punto v. M. LAI, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 128.

1148 C. LAZZARI, *Nuovi lavori*, cit., p. 259, la quale richiama le critiche già avanzate da P. SOPRANI, *Collaborazioni a progetto: quale modello di sicurezza?*, in *ISL*, 2004, n. 2, p. 142, e da P. SCIORTINO, *La riforma del mercato del lavoro e le collaborazioni "a progetto" nella disciplina prevenzionistica*, in *MGL*, 2004, p. 244 ss., rilevando in particolare che poiché il progetto – *ex* art. 61, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003 – deve essere autonomamente gestito dal collaboratore, non risulta agevole individuare come responsabile della tutela un soggetto (come il committente) "estraneo alla determinazione delle modalità, anche organizzative, osservate per l'esecuzione"

che e più adeguate tutele che meglio si attaglino alla fattispecie potrebbe essere effettuata valorizzando quanto previsto dal già ricordato art. 62, comma 1, lett. *e*, del d.lgs. n. 276 del 2003, il quale, in tema di forma del contratto, prescrive che quest'ultimo, ai fini della prova, contenga (fermo restando quanto disposto dall'art. 66, comma 4) "le eventuali misure per la tutela della salute e sicurezza del collaboratore a progetto". La indubbia sopravvivenza di tale previsione[1149] potrebbe forse consentire – peraltro mediante un previo, opportuno e robusto (ancorché non evocato) intervento di supporto della contrattazione collettiva[1150] – di individuare una disciplina *ad hoc* che potrebbe valere come *unica disciplina*[1151] nel caso in cui la prestazione del collaboratore a progetto non si svolga nei luoghi di lavoro del committente[1152], e come *disciplina integrativa* di quella "generale" del d.lgs. n. 81 del 2008 nel caso in cui la prestazione sia "interna"[1153]. È comunque evidente che l'eventuale disciplina negoziale (collettiva ed individuale), unica o integrativa che fosse, potrebbe produrre un effetto meramente obbligatorio sul piano del contratto con conseguente rilevanza risarcitoria, non potendo essere assistita dall'apparato sanzionatorio penale e amministrativo predisposto sul piano pubblicistico dal legislatore.

Resta sullo sfondo l'insoddisfazione per l'eccessiva timidezza del legislatore delegato nell'oltrepassare i confini dell'art. 66, comma 4, del d.lgs. n. 276 del 2003 al fine di ricomprendere nella sfera della tutela anche i lavoratori parasubordinati, a progetto e non, che svolgano la prestazione in tutto o in parte al di fuori del luogo di lavoro del committente[1154]. È chiaro che, in astratto, la considerazione anche delle collaborazioni "esterne" sarebbe stata perfettamente coerente con la definizione di "lavoratore" di cui all'art. 2, comma 1, lett. *a*, pur richiedendo in concreto alcune precisazioni, giacché la tutela della sicurezza del lavoratore parasubordinato non può prescindere dalla verifica del livello di integrazione della prestazione nell'organizzazione del committente[1155]

---

(così S. PICCININNO, *I "nuovi lavori" e l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in *ADL*, 2004, p. 158). Per altro verso, l'assimilazione del collaboratore agli altri lavoratori per quanto attiene alla sicurezza sul lavoro fa sì che, relativamente a questo ambito, in capo al committente si configuri un potere direttivo a cui si contrappone un obbligo di obbedienza del collaboratore che, in caso di violazione, al di là della eventuale specifica sanzionabilità prevista dal d.lgs. n. 81 del 2008, potrebbe legittimare l'esperimento dei rimedi contrattuali (G. BUBOLA, *I collaboratori coordinati e continuativi, i lavoratori a progetto, gli occasionali, gli associati in partecipazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 271 ss., qui p. 275). Più in generale, una tutela specifica e non semplicemente "estesa" era stata da tempo auspicata ravvisandosi l'occasione più propizia nella predisposizione di un testo unico in materia: cfr. la circolare del Ministero del lavoro dell'8 gennaio 2004, n. 1 che peraltro si riferiva al testo unico di cui all'art. 3 della l. n. 229 del 2003. Cfr. anche S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., pp. 19-20.

1149 Salvo, come si è detto, il suo riferimento indiretto – tramite il richiamo all'art. 66, comma 4 – al d.lgs. n. 626 del 1996, che ora va inteso al d.lgs. n. 81 del 2008.

1150 C. LAZZARI, *Nuovi lavori*, cit., p. 261; EAD., *Brevi riflessioni in tema di tutela della salute*, cit., p. 52.

1151 Salvo quanto disposto dall'art. 2087 c.c. ove lo si ritenga applicabile al di là dei confini del lavoro subordinato: per richiami al dibattito in materia cfr. C. LAZZARI, *Nuovi lavori*, cit., p. 261.

1152 Come si è prevalentemente ritenuto: cfr. A. VISCOMI, *Lavoro a progetto e occasionale: osservazioni critiche*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione: commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, p. 316 ss., qui p. 326; L. CASTELVETRI, *Il lavoro a progetto: finalità e disciplina*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 137 ss., qui p. 163; M. LAI, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 123; C. LAZZARI, *Nuovi lavori*, cit., p. 261. In senso critico v. P. SOPRANI, *Nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 466.

1153 Cfr. la circolare del Ministero del lavoro n. 1 del 2004, cit.

1154 Fermo restando che, ove la prestazione sia svolta in parte *in loco*, dovranno *in parte qua* applicarsi le tutele: cfr. G. BUBOLA, *I collaboratori coordinati e continuativi*, cit., p. 276.

1155 M. LAI, *Sicurezza del lavoro*, cit. p. 324.

e, quindi, dall'"intensità della relazione che lega il soggetto all'ambiente di lavoro"[1156]. Un'utile indicatore in tal senso avrebbe potuto rinvenirsi, ad esempio, nell'utilizzazione di attrezzature fornite dal committente, apparendo riduttivo limitare la tutela esclusivamente sulla scorta dell'elemento del luogo di lavoro[1157]. A ben guardare, per i lavoratori parasubordinati "esterni" a cui il committente fornisca proprie attrezzature di lavoro, la tutela "minimale" relativa alla conformità di tali attrezzature alle prescrizioni del Titolo III dovrebbe già valere fin da ora, nonostante l'imbarazzante silenzio del legislatore delegato: diversamente, si rischierebbe di discriminare i lavoratori – in relazione ad una tutela tanto minimale quanto fondamentale – essenzialmente in ragione del tipo di contratto di lavoro[1158], dato che, come si vedrà, la tutela relativa alle attrezzature è riconosciuta esplicitamente ad altri lavoratori che svolgono la propria prestazione al di fuori dei confini aziendali, come i lavoratori subordinati a domicilio (art. 3, comma 9) ed i telelavoratori subordinati (art. 3, comma 10)[1159].

Nella speranza che la decretazione delegata correttiva di cui all'art. 1, comma 6, possa riconsiderare opportunamente la questione, si potrebbe far leva sulla valorizzazione dell'art. 2087 c.c., sebbene la sua applicazione al di là dei confini del lavoro subordinato sia tutt'altro che certa, nonostante alcune aperture[1160]. Per la verità, sembra difficile che l'estensione della *relazione di sicurezza* oltre il lavoro subordinato operata dal d.lgs. n. 81 del 2008 non riverberi alcun effetto sull'interpretazione dell'ambito di applicazione dell'obbligo contrattuale di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c.[1161]. Anche prescindendo da elementi come la collocazione di tale norma (inserita nella parte dedicata non già al lavoro subordinato, ma all'imprenditore[1162]) o la sua lettera (vi si parla genericamente di prestatori di lavoro[1163]), l'intensità e l'ampiezza del valore costituzionale che essa mira a presidiare postula una sua continua attualizzazione che non sembrerebbe corretto limitare al pur fondamentale piano contenutistico della massima sicurezza tecnologicamente possibile[1164]. Proprio la dimensione costituzionale del valore tutelato dall'art. 2087 c.c. potrebbe giustificare una sua lettura estensiva sia per quanto riguarda i soggetti tutelati (risultando inammissibile, anche sul piano dell'uguaglianza, negare tutela alla salute e sicurezza dei lavoratori in ragione del tipo negoziale), sia per quanto attiene al soggetto obbligato (non potendosi sostenere,

---

1156 C. LAZZARI, *Brevi riflessioni in tema di tutela della salute*, cit., p. 51.

1157 P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano, 1996, p. 68; M. LAI, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 127; C. LAZZARI, *Brevi riflessioni in tema di tutela della salute*, cit., p. 52.

1158 Il che contrasterebbe con la definizione di "lavoratore" accolta dal decreto che prescinde dalla tipologia del contratto di lavoro.

1159 Né deve dimenticarsi che l'art. 15, comma 1, lett. *d*, del decreto ricomprende tra le misure generali di tutela il rispetto dei principi ergonomici nell'organizzazione del lavoro, nella concezione dei posti di lavoro, nella scelta delle attrezzature e nella definizione dei metodi di lavoro e produzione, in particolare al fine di ridurre gli effetti sulla salute del lavoro monotono e di quello ripetitivo.

1160 G. NATULLO, *Principi generali della prevenzione e "confini" dell'obbligo di sicurezza*, in M. RUSCIANO e G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, cit., p. 79 ss., qui p. 83, il quale rileva come l'estensione dell'ambito oggettivo della tutela di cui all'art. 2087 c.c. all'intero ambiente di lavoro abbia consentito di ricomprendervi chiunque si trovi esposto ai relativi rischi quand'anche estraneo all'azienda. Cfr. altresì V. PASQUARELLA, *L'art. 2087 cod. civ. e i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa: un connubio impossibile o difficile?*, in *RGL*, 2002, p. 489 ss.; C. LAZZARI, *Brevi riflessioni in tema di tutela della salute*, cit., p. 51.

1161 Sull'art. 2087 c.c., v. per tutti L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, F. Angeli, Milano, 1989, p. 75 ss. Tra i contributi più recenti cfr. G. PINO, *Una rilettura degli obblighi di sicurezza sul lavoro. L'art. 2087 del codice civile tra potere direttivo del datore di lavoro e responsabilità sociale d'impresa*, in *DML*, 2006, n. 1 e 2, p. 77 ss.

1162 Sezione I del Capo I del Titolo II del Libro V del codice civile.

1163 Laddove l'espressione "prestatore di lavoro" trova la qualificazione di "subordinato" solo a partire dalla successiva Sezione II con l'art. 2094 c.c. Né decisivo appare in senso contrario il fatto che nella Sezione III si parli solo di prestatore di lavoro, trattandosi di una semplificazione relativamente a norme che si occupano solo del rapporto di lavoro subordinato.

1164 Cfr. G.G. BALANDI, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in *QDLRI*, 1993, n. 14, Utet, Torino, p. 79 ss.

ad esempio, che una pubblica amministrazione, in quanto non imprenditore, non sia soggetta all'obbligo contrattuale di sicurezza).

D'altro canto, visto che il precetto di cui all'art. 2087 c.c. si colloca sul piano civilistico del contratto di lavoro (ma di quale contratto, appunto?), presidiato dalle sanzioni risarcitorie del diritto privato, mentre gli obblighi di cui al d.lgs. n. 81 del 2008 hanno valenza pubblicistica e sono assistiti da sanzioni "pubbliche" penali ed amministrative, vale la pena chiedersi quale senso possa avere la permanenza di un'asimmetria soggettiva tra i due sistemi prevenzionistici. Quanto meno, una più ampia considerazione del lavoro non subordinato da parte dell'art. 2087 c.c. potrebbe compensare, ancorché solo in parte, quelle lacune che il sistema pubblicistico di prevenzione continua ad appalesare. Per altro verso, però, non si deve sottovalutare come, anche estendendo soggettivamente l'art. 2087 c.c., la pregnanza dell'ambiente di lavoro sottesa a questa norma potrebbe rendere irrealizzabile quella compensazione nei confronti dei soggetti che svolgono la propria prestazione al di fuori di tale ambiente. Cosicché, a prescindere dalla sorte dell'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 2087 c.c., non è inopportuno insistere per una rivisitazione del campo di applicazione soggettivo della disciplina pubblicistica di cui al d.lgs. n. 81 del 2008.

L'estensione del decreto al di fuori dei confini del lavoro subordinato non riguarda soltanto le varie forme di parasubordinazione, ma anche il lavoro autonomo *tout court*[1165]. L'art. 3, comma 11, specifica che nei confronti dei lavoratori di cui all'art. 2222 c.c.[1166] si applicano le disposizioni di cui agli artt. 21 e 26. Nella prima di tali norme la tutela prevista è di carattere generale ed ha una fonte bidirezionale, derivando sia dalla previsione di obblighi gravanti sui lavoratori autonomi, sia dalla previsione di facoltà che essi possono esercitare, ancorché con oneri a proprio carico, relativamente ai rischi propri delle attività svolte. Per quanto concerne gli obblighi, i lavoratori autonomi debbono: *a*) utilizzare attrezzature di lavoro in conformità alle disposizioni di cui al Titolo III; *b*) munirsi di dispositivi di protezione individuale ed utilizzarli conformemente alle disposizioni di cui al Titolo III; *c*) munirsi di apposita tessera di riconoscimento corredata di fotografia, contenente le proprie generalità qualora effettuino la loro prestazione in un luogo di lavoro nel quale si svolgano attività in regime di appalto o subappalto. Quanto alle facoltà, esse consistono nel: *a*) beneficiare della sorveglianza sanitaria secondo le previsioni di cui all'art. 41, fermi restando gli obblighi previsti da norme speciali; *b*) partecipare a corsi di formazione specifici in materia di salute e sicurezza sul lavoro, incentrati sui rischi propri delle attività svolte, secondo le previsioni di cui all'art. 37, fermi restando gli obblighi previsti da norme speciali[1167]. In base all'art. 3, comma 12, tutto ciò riguarda anche i componenti dell'impresa familiare di cui all'art. 230-*bis*

---

[1165] Cfr. L. FANTINI, *I componenti l'impresa familiare, i piccoli imprenditori, i lavoratori autonomi*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 263 ss. In generale cfr. C. LAZZARI, *Brevi riflessioni in tema di tutela della salute*, cit., p. 43 ss.

[1166] Per la verità, se l'art. 3, richiamando l'art. 2222 c.c., sembra riferirsi solo al contratto d'opera, il richiamo del lavoro autonomo deve essere inteso in senso più ampio visto che poi l'art. 21, evocato dall'art. 3, si riferisce espressamente non solo ai lavoratori autonomi *ex* art. 2222 c.c., ma anche ai piccoli imprenditori di cui all'art. 2083 c.c. ed ai soci delle società semplici operanti nel settore agricolo.

[1167] Risultano quindi solo parzialmente realizzate le aspettative di chi preconizzava la garanzia per i lavoratori autonomi di una informazione, una formazione e una sorveglianza adeguate (cfr. O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., p. 41). Peraltro, sebbene si tratti di facoltà (con oneri a carico dei lavoratori), ove questi intendano avvalersene, il datore di lavoro non potrà rifiutarsi di cooperare per il loro soddisfacimento.

c.c.[1168], i piccoli imprenditori di cui all'art. 2083 c.c. ed i soci delle società semplici operanti nel settore agricolo.

Nella seconda norma (l'art. 26) la tutela dei lavoratori autonomi ha carattere speciale in quanto si riferisce alle attività (oggetto di contratti d'appalto o d'opera o di somministrazione) che vengono affidate ai lavoratori autonomi dal datore di lavoro all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa[1169].

L'art. 3, comma 8, si occupa della tutela – precedentemente non contemplata – dei lavoratori che effettuano prestazioni occasionali di tipo accessorio, *ex* art. 70 ss. del d.lgs. n. 276 del 2003, nei confronti dei quali viene prevista l'applicazione delle norme del d.lgs. n. 81 del 2008 e di tutte le altre norme speciali vigenti in materia di sicurezza e tutela della salute. Da tale applicazione sono tuttavia esclusi i piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compresi l'insegnamento privato supplementare, l'assistenza domiciliare ai bambini, agli anziani, agli ammalati e ai disabili (art. 70, comma 1, lett. *a* e *b*, del d.lgs. n. 276 del 2003)[1170].

Coerentemente con l'impostazione accolta nella definizione di lavoratore – che ricomprende chiunque sia funzionalmente inserito nell'organizzazione datoriale, a prescindere dalla localizzazione della prestazione – il legislatore delegato ha dedicato una previsione anche ai lavoratori a domicilio di cui alla l. 18 dicembre 1973, n. 877 (nonché ai lavoratori che rientrano nel campo di applicazione del contratto collettivo dei proprietari di fabbricati), per i quali l'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 626 del 1994 prevedeva l'applicabilità delle proprie norme solo nei casi espressamente previsti.

L'art. 3, comma 9, del d.lgs. n. 81 del 2008, da un lato, ricalca quanto già previsto dagli artt. 21 e 22 del d.lgs. n. 626 del 1994[1171], configurando in capo al datore di tali lavoratori gli obblighi di informazione e formazione di cui agli artt. 36 e 37: peraltro, l'art. 36, comma 3, specifica che ai

---

[1168] Per la verità, la tutela (se così la si può chiamare) che risulta complessivamente prevista per i membri dell'impresa familiare lascia un po' perplessi, anche a non voler considerare le frequenti ipotesi di vero e proprio sfruttamento che si celano dietro lo schermo di cui all'art. 230-*bis* c.c. Per cercare un *quid pluris* nelle pieghe del decreto occorrerebbe forse far leva sul fatto che la facoltà di beneficiare della sorveglianza sanitaria e della formazione di cui all'art. 21, comma 2, riguarda i "rischi propri delle attività svolte", potendocisi chiedere se nell'impresa familiare esistano anche rischi dell'impresa in quanto tale che potrebbero giustificare una ben diversa protezione.

[1169] Trattandosi di una normativa con tratti di elevata specificità, se ne tratterà nel prosieguo (*infra* § 8.3).

[1170] Per la verità, diversamente dall'art. 3, comma 8, del d.lgs. n. 81 del 2008, l'art. 70, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003 non annovera tra i piccoli lavori domestici a carattere straordinario (lett. *a*) anche l'insegnamento privato supplementare (contemplato nella lett. *b*), dovendosi quindi ritenere che la tutela apprestata dalla nuova norma non riguardi quest'ultima fattispecie nel caso in cui l'insegnamento privato abbia carattere "domestico", vale a dire sia svolto presso l'abitazione dello studente (il che appare comunque in linea con l'esclusione in generale del lavoro domestico). La tutela riguarda quindi le prestazioni di lavoro di natura meramente occasionale rese da soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero in procinto di uscirne, nell'ambito: dei piccoli lavori di giardinaggio, nonché di pulizia e manutenzione di edifici e monumenti; della realizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritatevoli; della collaborazione con enti pubblici e associazioni di volontariato per lo svolgimento di lavori di emergenza, come quelli dovuti a calamità o eventi naturali improvvisi, o di solidarietà; dell'impresa familiare di cui all'art. 230-*bis* c.c. (per i quali sono previste apposite tutele nell'art. 21), limitatamente al commercio, al turismo e ai servizi; dell'esecuzione di vendemmia di breve durata e a carattere saltuario, effettuata da studenti e pensionati.

[1171] Su tali obblighi v. P. SOPRANI, *Tutela della sicurezza nel lavoro a domicilio*, in *DPL*, 2008, p. 87 ss., anche per un commento ad una sentenza di legittimità (Cass. pen., sez. III, 13 dicembre 1999) che ha escluso la possibilità di estendere ai lavoratori a domicilio le altre tutele della disciplina prevenzionistica in ragione dello svolgimento della prestazione in un luogo di cui il datore non ha disponibilità e, quindi, al di fuori della sfera di vigilanza datoriale.

lavoratori a domicilio il datore di lavoro fornisce le informazioni di cui al comma 1, lett. *a*, e al comma 2, lett. *a*, *b* e *c*. Da un altro lato, l'art. 3, comma 9, grava il datore dell'ulteriore obbligo di fornire ai lavoratori a domicilio i necessari dispositivi di protezione individuali in relazione alle effettive mansioni assegnate, prevedendo altresì che, qualora fornisca attrezzature proprie, o per il tramite di terzi, tali attrezzature devono essere conformi alle disposizioni di cui al Titolo III. Quest'ultima previsione va salutata con favore, non risultando espressamente nella disciplina precedente, sebbene potesse ricavarsi indirettamente dall'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 626 del 1994.

Scendendo più in dettaglio, si è osservato criticamente[1172] che le informazioni di cui all'art. 36, comma 1, lett. *a* (relative ai rischi per la salute e sicurezza sul lavoro connessi alla attività della impresa in generale) mal si attaglierebbero al lavoratore a domicilio al quale, data la sua delocalizzazione, esse non interesserebbero, così come le informazioni di cui all'art. 36, comma 2, lett *a*, sui rischi specifici cui il lavoratore è esposto in relazione all'attività svolta, le normative di sicurezza e le disposizioni aziendali in materia. Tuttavia, questo presunto mancato interesse del lavoratore a domicilio è tutto da dimostrare, sia perché l'ampio concetto di "attività della impresa in generale" è tale da ricomprendere anche i rischi relativi alla prestazione di quel lavoratore che di quell'impresa è pur sempre dipendente e nel cui ciclo produttivo è inserito, sia perché lo stesso lavoratore non può non essere interessato ai rischi specifici a cui è esposto in relazione all'attività svolta ed alle normative di sicurezza che ben potrebbero essere relative anche agli strumenti che utilizza. Né convince l'ulteriore obiezione in merito alle informazioni di cui all'art. 36, comma 2, lett. *c*, sulle misure e le attività di protezione e prevenzione adottate, giacché tali informazioni ben possono attenere anche al corretto uso dei dispostivi di protezione che ora debbono essere forniti al lavoratore a domicilio. La critica alle norme sulla informazione ai lavoratori a domicilio dovrebbe semmai riguardare la previsione dell'art. 36, comma 2, lett. *b*, relativa alla informazione sui pericoli connessi all'uso delle sostanze e dei preparati pericolosi sulla base delle schede dei dati di sicurezza previste dalla normativa vigente e dalle norme di buona tecnica: previsione che mal si coordina con il perdurante divieto di ricorso al lavoro a domicilio nelle ipotesi di attività che comportino l'impiego di sostanze o materiali nocivi o pericolosi per la salute e l'incolumità dei lavoratori e dei loro familiari (art. 2, comma 1, della l. n. 877 del 1973).

Quanto alla formazione, sebbene l'art. 37 sia essenzialmente ritagliato sulla dimensione del lavoro nei luoghi dell'azienda, non sembra tuttavia non adattabile ai lavoratori a domicilio. Piuttosto, visto che, diversamente dall'art. 36, tale norma riguarda *in toto* i lavoratori a domicilio, c'è da chiedersi come possano applicarsi in tal caso le previsioni di cui ai commi 4 e 5 sull'addestramento.

#### 6.2.3.3. Telelavoro

Forse consapevole che le non ricchissime previsioni sul lavoro a domicilio avrebbero potuto creare problemi nel caso di una delle sue versioni più evolute, il legislatore delegato, nell'art. 3, comma 10, ha inserito un'apposita previsione per i lavoratori subordinati, pubblici e privati, che effettuano una prestazione continuativa di lavoro a distanza, mediante collegamento informatico

---

[1172] A. ANTONUCCI, *Lavoro a domicilio e telelavoro*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 285 ss., qui p. 288.

e telematico, compresi quelli di cui al d.P.R. 8 marzo 1999, n. 70 (telelavoratori dipendenti da pubbliche amministrazioni) e di cui all'accordo-quadro europeo sul telelavoro concluso il 16 luglio 2002 tra UNICE/UEAPME, CEEP e CES[1173].

L'uso dell'espressione "lavoratori a distanza", in luogo del termine "telelavoratori", potrebbe indurre a ritenere che la fattispecie di cui all'art. 3, comma 10, sia più ampia di quella convenzionalmente riconducibile al telelavoro, anche perché i lavoratori a distanza che sono espressamente "compresi" nel primo periodo della norma, vale a dire sia i telelavoratori pubblici sia quelli privati, esauriscono la schiera dei telelavoratori subordinati contemplati nell'ordinamento italiano. Tuttavia, proprio l'esplicito richiamo di tali lavoratori a distanza – definibili a tutti gli effetti "telelavoratori" secondo l'accezione accolta nelle fonti esplicitamente evocate[1174] – potrebbe risolvere l'ambiguità della disposizione, focalizzando l'attenzione esclusivamente su quelle prestazioni lavorative connotate sia dal ricorso (almeno prevalente) alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT), sia dal fatto che la prestazione si svolga in un luogo diverso dalla normale sede di lavoro il quale non costituisca però un'unità produttiva del datore di lavoro. In questi termini, la più ampia area che emerge dalla lettera dell'art. 3, comma 10, non si riferirebbe a tipologie di telelavoro ulteriori rispetto a quelle evocate nel primo periodo con il richiamo delle fonti regolamentari e contrattuali (tipologie ulteriori appunto inesistenti[1175]), bensì solamente a quei contratti individuali di lavoro subordinato del settore privato in cui sia dedotta una prestazione di telelavoro ai quali, in ragione della mancata affiliazione sindacale del datore di lavoro, non fossero applicabili le regole stabilite dalla contrattazione collettiva (di diritto comune)[1176], che in detto settore privato costituisce l'unica disciplina di riferimento.

Ci si potrebbe tuttavia chiedere se l'ampia gamma di lavoratori subordinati a distanza di cui all'art. 3, comma 10, si riferisca invece proprio ad una categoria concettuale più vasta dei telelavoratori in senso stretto, ricomprendendo, oltre a questi ultimi, anche tutti quei lavoratori la cui prestazione si avvalga prevalentemente di ICT e si svolga normalmente in un luogo non coincidente con la sede principale (di lavoro) del datore di lavoro, che sia tuttavia identificabile come autonoma unità produttiva (secondo l'accezione accolta dall'art. 2, comma 1, lett. *t*, del d.lgs. n. 81 del 2008[1177]). Si pensi ai lavoratori subordinati che operano in uno dei tanti *call center* (remoti) di

---

1173 Su tali disposizioni cfr. da ultimo P. PASCUCCI, *Il telelavoro*, in N. IRTI (dir.), *Dizionario di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2008 (in corso di pubblicazione).

1174 Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *a*, del d.P.R. n. 70 del 1999 (valido per le pubbliche amministrazioni), per "telelavoro" si intende la prestazione di lavoro eseguita dal dipendente di una delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, "in qualsiasi luogo ritenuto idoneo, collocato al di fuori della sede di lavoro, dove la prestazione sia tecnicamente possibile, con il prevalente supporto di tecnologie della informazione e della comunicazione, che consentano il collegamento con l'amministrazione cui la prestazione stessa inerisce". Nell'art. 1, comma 1, dell'accordo interconfederale del 9 giugno 2004 (con il quale – ai sensi dell'art. 139, par. 2, del Trattato istitutivo della Comunità europea – è stato recepito l'accordo-quadro europeo sul telelavoro concluso il 16 luglio 2002) il telelavoro è definito "una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa".

1175 Si noti che la norma si riferisce esclusivamente al lavoro subordinato, restandone escluse tutte le fattispecie di telelavoro inquadrabili in diversi schemi negoziali.

1176 Appunto il citato accordo interconfederale del 9 giugno 2004.

1177 Vale a dire: stabilimento o struttura finalizzati alla produzione di beni o all'erogazione di servizi, dotati di autonomia finanziaria e tecnico funzionale.

un'impresa che svolge come attività principale quella di "*call center*" per conto di altre imprese, ove quel dato *call center*, per la presenza dei requisiti di legge, sia identificabile come unità produttiva di quella impresa; o si pensi, ancora, ai lavoratori subordinati di un'impresa alimentare (che quindi non svolge come attività principale quella di "*call center*") che effettuano indagini di mercato sull'attività dell'impresa collocati in un *call center* (remoto) di tale impresa anch'esso identificabile come unità produttiva: lavoratori, in entrambi i casi, non qualificabili tecnicamente come telelavoratori in senso proprio[1178]. Se si tiene conto del modestissimo sviluppo in Italia del telelavoro in senso stretto e, invece, della ampia diffusione di queste particolari forme di lavoro a distanza (spesso purtroppo ricondotte impropriamente al di fuori dell'alveo della subordinazione), potrebbe essere opportuno ipotizzare che le finalità protettive dell'art. 3, comma 10, si estendano anche a queste fattispecie. Tuttavia, a ben guardare, il contenuto della norma sembra invece ritagliato essenzialmente sulle peculiarità del telelavoro *stricto sensu* (nelle sue svariate versioni logistiche, compresa quella domiciliare), laddove per i lavoratori a distanza "non telelavoratori" dovranno valere tutte le regole di tutela generali.

Per altro verso, il riferimento dell'art. 3, comma 10, ad una "prestazione continuativa" di lavoro a distanza potrebbe invece indurre ad escludere dall'ambito della disciplina le ipotesi di lavoro a distanza (*rectius*, di telelavoro) svolte "in alternanza". In ragione della *ratio* della disposizione – finalizzata a "portare" tutela là dove normalmente non c'è – sembra tuttavia corretto interpretare la previsione della continuità in senso elastico, facendo rientrare nell'art. 3, comma 10, tutte le ipotesi di telelavoro non meramente occasionale, a prescindere dal fatto che esso sia svolto, come è del resto consentito espressamente[1179], anche in forma alternata.

In conclusione, può dunque sostenersi che l'ampiezza dell'art. 3, comma 10, pur non riguardando forme di lavoro a distanza non costituenti "telelavoro", sia da intendere in senso dinamico, tale cioè da consentire di "ospitare" in futuro ulteriori tipologie di telelavoro attualmente non ancora contemplate nell'ordinamento. In realtà, data la vocazione unificante del decreto e la sua tendenziale prospettiva di medio-lungo periodo, questo metodo dinamico di regolazione avrebbe potuto essere utilizzato anche per altre fattispecie, evitando di limitare la tutela soltanto al "contingente" dell'oggi.

Un'ultimissima notazione sul campo di applicazione dell'art. 3, comma 10, va fatta a proposito dei telelavoratori "a domicilio", potendocisi chiedere se la norma – che riguarda senz'altro i telelavoratori a domicilio inquadrabili come lavoratori subordinati *ex* art. 2094 c.c.[1180] – sia applicabile anche ai telelavoratori a domicilio inquadrabili (non sembri un bisticcio di parole) come lavoratori "a domicilio" *ex* l. n. 877 del 1973[1181]. Sebbene il lavoro a domicilio *ex* l. n. 877 del 1973 costituisca

---

1178 Sulla ricomprensione dei lavoratori dei *call center* nell'art. 3, comma 10, cfr. P. SOPRANI, *Il "TU sicurezza"*, cit., p. 238.

1179 V. l'art. 5, comma 1, dell'accordo collettivo quadro del 23 marzo 2000 che, nel settore delle pubbliche amministrazioni, prevede che la fattispecie e la disciplina del telelavoro si estenda ad "altre forme flessibili anche miste, ivi comprese quelle in alternanza", contemplando quindi una modalità di telelavoro "parziale". Tale modalità è, fra l'altro, l'unica prevista per i dirigenti (art. 3, comma 6, del d.P.R. n. 70 del 1999; art. 4, comma 4, dell'accordo collettivo quadro del 23 marzo 2000), poiché la natura delle loro funzioni richiede la presenza fisica in sede per determinati periodi di tempo.

1180 L. GAETA, *La qualificazione del rapporto*, in L. GAETA - P. PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 1. ss., qui p. 17.

1181 L. GAETA, *La qualificazione del rapporto*, cit., p. 11 ss.

pur sempre lavoro subordinato (ancorché speciale), si tratta di una fattispecie che il d.lgs. n. 81 del 2008 disciplina in un'apposita disposizione (art. 3, comma 9) rispetto alla quale l'art. 3, comma 10, non sembra però rivestire carattere speciale.

Occorre precisare che, in quanto riconducibile nello schema del lavoro subordinato, il telelavoro poteva già ritenersi assoggettato alle disposizioni in tema di salute e sicurezza di cui al d.lgs. n. 626 del 1994 (almeno in relazione all'uso dei videoterminali), né deve trascurarsi che, nel settore pubblico, esso ha ricevuto una disciplina in via legislativa, regolamentare e contrattuale[1182], quest'ultima in funzione di adeguamento della disciplina generale[1183]. A tale proposito merita ricordare come, nel caso di telelavoro domiciliare – effettuabile solo ove sia disponibile un ambiente di cui l'amministrazione abbia preventivamente verificato la conformità alle norme generali di prevenzione e sicurezza nelle utenze domestiche[1184] – il telelavoratore pubblico dipendente debba attenersi strettamente alle norme di sicurezza vigenti, dovendo altresì consentire, con modalità concordate, l'accesso alle attrezzature in uso da parte dei manutentori nonché del responsabile della prevenzione e della protezione e del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza per la verifica della corretta applicazione delle norme di sicurezza[1185]. Anche la disciplina, soltanto negoziale, del settore privato[1186] ha previsto un diritto di accesso del datore di lavoro, delle rappresentanze dei lavoratori e delle autorità competenti nel luogo di telelavoro e, ove questo sia il domicilio del lavoratore, subordinando l'accesso al preavviso ed al consenso del lavoratore, il quale ha inoltre il diritto di chiedere ispezioni e di essere informato sulle politiche aziendali in tema di sicurezza, con particolare riferimento all'esposizione al video[1187].

L'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81 del 2008 prevede ora esplicitamente che ai telelavoratori subordinati si applichino le disposizioni di cui al Titolo VII (attrezzature munite di videoterminali: artt. 172-179), indipendentemente dall'ambito in cui si svolge la prestazione stessa (e, quindi, anche nel caso di telelavoro svolto in centri remoti ecc.). Nell'ipotesi in cui il datore di lavoro fornisca attrezzature proprie, o per il tramite di terzi, tali attrezzature devono essere conformi alle disposizioni di cui al Titolo IX (evidentemente con particolare riferimento al Capo IV contenente prescrizioni minime di sicurezza e salute relative all'esposizione dei lavoratori ai rischi derivanti dai campi elettromagnetici). I telelavoratori – che il legislatore delegato si ostina a definire

---

[1182] Cfr. l'art. 4 della l. 16 giugno 1998, n. 191, il suo regolamento attuativo emanato con il citato d.P.R. n. 70 del 1999, l'accordo collettivo quadro del 23 marzo 2000, nonché le varie norme in materia contenute nei contratti collettivi di comparto: cfr. L. GAETA, P. PASCUCCI, U. POTI (a cura di), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Il Sole 24 ORE, Milano, 2000.

[1183] L'accordo quadro del 23 marzo 2000 ha previsto che le amministrazioni pubbliche provvedano alle spese relative al mantenimento dei livelli di sicurezza ed alla copertura assicurativa delle attrezzature in dotazione (art. 5, comma 2), nonché a fornire la formazione necessaria perché la prestazione di lavoro sia effettuata in condizioni di sicurezza per il lavoratore e per chi vive in ambienti prossimi al suo spazio lavorativo (art. 5, comma 5).

[1184] Art. 4, comma 2, del d.P.R. n. 70 del 1999.

[1185] Art. 8, comma 2, del d.P.R. n. 70 del 1999; art. 6, comma 2, dell'accordo quadro del 23 marzo 2000. Peraltro, in virtù del principio dell'inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.), dovrebbe escludersi che il lavoratore possa rinunciare alla prerogativa di rifiutare in qualsiasi momento l'accesso ai predetti soggetti.

[1186] Contenuta nel citato accordo interconfederale del 9 giugno 2004, su cui cfr. P. PASCUCCI, *Il telelavoro*, cit., anche per riferimenti bibliografici.

[1187] Art. 7 dell'accordo interconfederale del 9 giugno 2004.

"lavoratori a distanza" nonostante le precisazioni intervenute da tempo nell'ordinamento[1188] – sono informati dal datore di lavoro circa le politiche aziendali in materia di salute e sicurezza sul lavoro, in particolare in ordine alle esigenze relative ai videoterminali ed applicano correttamente le direttive aziendali di sicurezza. La discutibile mancanza di un'esplicita previsione dell'obbligo di formazione pare peraltro agevolmente superabile sulla scorta delle previsioni generali dell'art. 15, comma 1, lett. *n*, dell'art. 18, comma 1, lett. *l*, e dell'art. 37, nonché di quella specifica di cui all'art. 177, in base alla quale il datore di lavoro, da un lato, fornisce ai lavoratori informazioni, in particolare per quanto riguarda le misure applicabili al posto di lavoro (in base all'analisi dello stesso di cui all'art. 174), le modalità di svolgimento dell'attività e la protezione degli occhi e della vista e, dall'altro lato, assicura una formazione adeguata in particolare per quanto concerne le misure applicabili al posto di lavoro. Inoltre, recependosi le indicazioni già presenti nell'ordinamento[1189], si stabilisce che, al fine di verificare che il telelavoratore attui correttamente la normativa in materia di tutela della salute e sicurezza, il datore di lavoro, le rappresentanze dei lavoratori e le autorità competenti abbiano accesso al luogo in cui viene svolto il lavoro nei limiti della normativa nazionale e dei contratti collettivi, dovendo tale accesso essere ovviamente subordinato al preavviso ed al consenso del lavoratore qualora la prestazione sia svolta presso il suo domicilio. Lo stesso telelavoratore può peraltro chiedere ispezioni. Infine, accogliendosi una nozione ampia di salute e sicurezza, si prevede che il datore di lavoro garantisca l'adozione di misure dirette a prevenire l'isolamento del lavoratore a distanza rispetto agli altri lavoratori interni all'azienda, permettendogli di incontrarsi con i colleghi e di accedere alle informazioni dell'azienda, nel rispetto di regolamenti o accordi aziendali.

La riproposizione di principi già presenti nell'ordinamento non deve indurre a considerare superflua la nuova norma: non si deve infatti sottovalutare che, al di fuori del settore pubblico, le tutele che essa ora prevede *per legge* potevano essere precedentemente enucleabili solo in via interpretativa e, quand'anche risultassero dalla contrattazione collettiva, potevano scontare la ben nota difficoltà di applicazione dovuta alla limitata efficacia soggettiva del contratto collettivo di diritto comune.

L'apprezzamento per la nuova disposizione non può tuttavia celare un certo disappunto per la mancata menzione di un'ulteriore "categoria" di telelavoratori che, come tempestivamente segnalato, rischia di essere piuttosto folta: quella dei telelavoratori parasubordinati[1190]. C'è infatti da chiedersi se nei loro confronti esista una disciplina applicabile in materia di salute e sicurezza, stante la combinazione tra la limitata previsione dell'art. 3, comma 10 (applicabile al solo lavoro subordinato) e quella dell'art. 3, comma 7, che, applicando la normativa di tutela ai lavoratori

---

1188 Almeno per quanto concerne l'ambito delle pubbliche amministrazioni, la generica espressione "lavoro a distanza" utilizzata nell'art. 4 della l. n. 191 del 1998 è stata "convertita" nel termine di "telelavoro" dall'art. 2 del d.P.R. n. 70 del 1999: cfr. L. GAETA, *La nozione*, in L. GAETA, P. PASCUCCI, U. POTI (a cura di), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 33 ss.

1189 Cfr. gli artt. 4 e 8 del d.P.R. n. 70 del 1999, nonché l'art. 6 del contratto collettivo quadro del 23 marzo 2000, su cui cfr. A. VISCOMI, *La salute e la sicurezza*, in L. GAETA, P. PASCUCCI, U. POTI (a cura di), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 145 ss. Cfr. altresì M. ESPOSITO, *Salute e sicurezza*, in L. GAETA - P. PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, p. 125 ss.

1190 L. GAETA, *La qualificazione del rapporto*, cit., p. 11 ss.

parasubordinati solo se la prestazione lavorativa si svolga nei "luoghi di lavoro del committente"[1191], non può *ontologicamente* riguardare i telelavoratori intesi in senso proprio[1192].

Nell'attesa che il già auspicato intervento correttivo[1193] in materia di lavoro parasubordinato "esterno" possa fornire risposta anche a questo problema, si può nel frattempo rilevare come, nel settore privato – nel cui ambito il telelavoratore parasubordinato deve essere "a progetto" – si potrebbe fare almeno appello, come già rilevato, alle "eventuali misure" da indicare nel contratto *ex* art. 62, comma 1, lett. *e*, del d.lgs. n. 276 del 2003. Tale norma non sarebbe invece invocabile nel settore pubblico, nel quale le collaborazioni parasubordinate non sono disciplinate dal d.lgs. n. 276 del 2003 e la disciplina legislativa, regolamentare e contrattuale del telelavoro si riferisce esclusivamente ai telelavoratori subordinati. In ogni caso, la mancata menzione dei telavoratori parasubordinati (privati e pubblici) nell'art. 3, comma 10, potrebbe forse essere "compensata", almeno per quanto riguarda gli standard di tutela "di base", dalla loro possibile ricomprensione nel Titolo VII sui videoterminali, che, nonostante l'assenza di un esplicito raccordo, sembrerebbe comunque applicabile alla fattispecie *de qua* grazie sia alle sue norme di vasta portata sia alla ampia nozione di lavoratore accolta nel d.lgs. n. 81 del 2008. Può infatti osservarsi che l'art. 172 dispone genericamente l'applicazione del Titolo VII alle attività lavorative che comportano l'uso di attrezzature munite di videoterminali[1194] e che l'art. 173, ai fini del Titolo VII, definisce il lavoratore come colui che utilizza un'attrezzatura munita di videoterminali, in modo sistematico o abituale, per venti ore settimanali, dedotte le interruzioni di cui all'art. 175. Orbene, raccordando queste norme appunto con la ampia definizione di "lavoratore" accolta nell'art. 2, comma 1, lett. *a*, non sembra peregrino sostenere che il telelavoratore parasubordinato – ancorché "escluso" dalla tutela generale del Titolo I (*ex* art. 3, comma 7) e da quella più particolare dei telelavoratori subordinati (*ex* art. 3, comma 10) – sia comunque destinatario (ricorrendone i presupposti) almeno della tutela speciale dei videoterminalisti di cui al Titolo VII[1195]. È evidente che tutto dipende da come si interpreta il complesso intreccio qui esistente tra norme generali e speciali, potendocisi a tal fine avvalere anche del criterio ermeneutico insito nella definizione di lavoratore.

È infine evidente che nel caso di telelavoratori autonomi *ex* art. 2222 c.c., troveranno applicazione le previsioni dell'art. 21.

### 6.2.3.4. Lavoro stagionale, lavoro domestico

---

[1191] Pare difficile interpretare quest'ultima espressione come comprensiva di qualsiasi luogo in cui operi il telelavoratore, fatti salvi quelli che in qualche modo rientrano nella disponibilità del committente (si pensi ad una delle tante postazioni di telelavoro collocate in un centro remoto o satellitare che tale centro ponga a disposizione, mediante locazione, dell'imprenditore committente). Né di qualche ausilio pare rivelarsi la definizione di luogo di lavoro contenuta nell'art. 62, comma 1, lett. *a* ("i luoghi destinati a ospitare posti di lavoro, ubicati all'interno dell'azienda o dell'unità produttiva, nonché ogni altro luogo di pertinenza dell'azienda o dell'unità produttiva accessibile al lavoratore nell'ambito del proprio lavoro") che, ferme restando le disposizioni del Titolo I, vale unicamente ai fini dell'applicazione del Titolo II.

[1192] Come invece pare sostenere ANTONUCCI, *Lavoro a domicilio e telelavoro*, cit., p. 291.

[1193] Realizzabile mediante i decreti legislativi integrativi o correttivi di cui all'art. 1, comma 6, della l. n. 123 del 2007, da emanare entro 12 mesi dalla entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2008.

[1194] Restando esclusi soltanto i lavoratori addetti: ai posti di guida di veicoli o macchine; ai sistemi informatici montati a bordo di un mezzo di trasporto; ai sistemi informatici destinati in modo prioritario all'utilizzazione da parte del pubblico; alle macchine calcolatrici, ai registratori di cassa e a tutte le attrezzature munite di un piccolo dispositivo di visualizzazione dei dati o delle misure, necessario all'uso diretto di tale attrezzatura; alle macchine di videoscrittura senza schermo separato.

[1195] Tutela che prevede, oltre alle misure connesse agli obblighi del datore di lavoro, tra cui quelli di informazione e formazione, anche la sorveglianza sanitaria.

Infine, l'art. 3, comma 13, dedica una previsione ai lavoratori stagionali in agricoltura. In considerazione della specificità dell'attività esercitata dalle imprese medie e piccole operanti nel settore agricolo, il Ministro del lavoro, di concerto con quelli della salute e delle politiche agricole, alimentari e forestali, entro 90 giorni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2008, nel rispetto dei livelli generali di tutela di cui alla normativa in materia di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro, e limitatamente alle imprese che impiegano lavoratori stagionali ciascuno dei quali non superi le 50 giornate lavorative e per un numero complessivo di lavoratori compatibile con gli ordinamenti colturali aziendali, provvede ad emanare disposizioni per semplificare gli adempimenti relativi all'informazione, formazione e sorveglianza sanitaria previsti dal medesimo d.lgs. n. 81 del 2008, sentite le organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative del settore sul piano nazionale. Si prevede inoltre che i contratti collettivi stipulati dalle predette organizzazioni definiscano specifiche modalità di attuazione delle previsioni del d.lgs. n. 81 del 2008 concernenti il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza qualora le imprese utilizzino esclusivamente la predetta tipologia di lavoratori stagionali.

Un'ultima osservazione riguarda le esclusioni e, in particolare, il lavoro domestico. Ci si può infatti interrogare se, nella prospettiva inclusiva della delega e tenendo conto della particolare e spesso disordinata diffusione delle varie tipologie di lavoro domestico (si pensi alla espansione del fenomeno delle cosiddette badanti), abbia pieno fondamento l'esplicita esclusione di cui all'art. 2, comma 1, lett. *a*, primo periodo (addetti ai servizi domestici e familiari)[1196], che, sulla scorta di quanto sancito nella direttiva n. 89/391/CEE, ricalca l'art. 2, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 626 del 1994. Fra l'altro non deve dimenticarsi che, sotto l'egida del d.lgs. n. 626 del 1994, l'esplicita esclusione prevista da tale decreto era pur sempre compensata dalla sussistenza delle norme protettive pregresse, contenute in particolare nel d.P.R. n. 547 del 1955[1197], il quale tuttavia ora è stato esplicitamente ed integralmente abrogato dall'art. 304, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 81 del 2008. D'altro canto, proprio in considerazione dell'alto tasso di provenienza delle lavoratrici domestiche da paesi stranieri, la completa esclusione di qualsiasi protezione potrebbe porsi in contrasto con quanto previsto dalla delega a proposito della considerazione delle differenze di genere e della tutela dei lavoratori immigrati.

### 6.2.3.5. Il computo dei lavoratori

L'analisi del campo di applicazione soggettivo del nuovo decreto non può dirsi completa – beninteso nei ridotti limiti di questa prima indagine – senza prendere in esame l'art. 4, che individua le fattispecie contrattuali lavorative non computabili là dove alcune norme del decreto condizionano la propria applicabilità al numero di lavoratori[1198].

---

[1196] In tal senso cfr. anche S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 22.

[1197] Cfr. Cass. pen., 24 aprile 2003, n. 34464, in *DPL*, 2003, p. 472. In dottrina v. R. ROMEI, *Il campo di applicazione del d. leg. n. 626 del 1994*, cit., p. 76.

[1198] Nel Titolo I, tali norme sono: l'art. 25, comma 1, lett. *c*, relativo alla custodia della cartella sanitaria e di rischio nelle aziende o unità produttive con più di 15 lavoratori; l'art. 29, commi 5 e 6, relativamente all'utilizzo delle procedure standardizzate per la valutazione dei rischi rispettivamente per i datori di lavoro che occupano fino a 10 lavoratori e fino a 50 lavoratori; l'art. 30, comma 6, sulla finanziabilità dell'adozione del modello di organizzazione e di gestione nelle imprese fino a 50 lavoratori; l'art. 31, comma 6, lett. *d*, *f*, e *g*, là dove si impone il servizio di prevenzione e protezione interno rispettivamente nelle aziende industriali con oltre 200

È appena il caso di precisare che i criteri del computo dell'organico aziendale costituiscono cosa diversa dal campo di applicazione, nel quale ben possono rientrare anche lavoratori non computabili senza per questo perdere le tutele previste. Certo è vero che più si "riduce" l'organico aziendale da assumere come parametro di applicazione di certe norme più si riduce nei fatti l'applicabilità (soltanto) di tali norme[1199].

Senonché, il notevole ampliamento, nell'art. 4 del d.lgs. n. 81 del 2008, del numero delle fattispecie lavorative non computabili, rispetto a quanto prevedeva il d.lgs. n. 626 del 1994[1200], sembra compensato dall'applicabilità del decreto al di là dei confini del lavoro subordinato. Più in particolare, grazie ancora una volta all'ampia definizione di "lavoratore" accolta nel decreto, i lavoratori da computare non sono soltanto subordinati; soprattutto, va rilevato come sia proprio il concetto di "lavoratore" a diventare decisivo in relazione al campo di applicazione di certe norme poiché, diversamente da quanto accadeva con il d.lgs. n. 626 del 1994, il numero da calcolare riguarda i "lavoratori" e non più solo i "dipendenti"[1201].

Più in dettaglio, tra i lavoratori non computabili figurano, oltre ai collaboratori familiari di cui all'art. 230-*bis* c.c., i tirocinanti *ex* art. 18 della l. n. 196 del 1997 (o *ex* specifiche leggi regionali), laddove il d.lgs. n. 626 del 1994 computava gli utenti dei servizi di orientamento o di formazione scolastica, universitaria e professionale avviati presso datori di lavoro per agevolare o per perfezionare le loro scelte professionali. La scelta del legislatore del 2008 pare oculata innanzitutto perché i tirocini formativi e di orientamento non costituiscono alcun tipo di rapporto di lavoro[1202] ed hanno oltretutto una durata variabile (talora assai breve), fermo restando che non possono attivarsene più di un certo numero in relazione alla dimensione dell'azienda ospitante[1203].

Quanto agli altri soggetti non computabili, gli allievi degli istituti di istruzione e universitari e i partecipanti ai corsi di formazione professionale[1204] erano già esclusi dal computo nel d.lgs. n. 626 del 1994. Più che plausibile appare la non computabilità dei lavoratori assunti a termine *ex* d.lgs.

---

lavoratori, nelle industrie estrattive con oltre 50 lavoratori e nelle strutture di ricovero e cura pubbliche e private con oltre 50 lavoratori; l'art. 35, commi 1 e 4, relativamente alla riunione periodica nelle aziende o unità produttive che occupano più di 15 lavoratori; l'art. 37, comma 11, relativo all'aggiornamento periodico del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (RLS) nelle imprese che occupano rispettivamente da 15 a 50 lavoratori e più di 50 lavoratori; l'art. 47, commi 3 e 4, sulla individuazione del RLS nelle aziende che occupano rispettivamente fino a 15 o più di 15 lavoratori; l'art. 47, comma 7, relativo al numero minimo di RLS in relazione alle dimensioni dell'organico aziendale; l'art. 49, comma 1, lett. *e*, relativo alla individuazione del RLS di sito produttivo nei contesti produttivi con oltre 500 addetti. Sempre collegato al Titolo I, va poi ricordato l'Allegato II, relativo alle ipotesi in cui il datore di lavoro può svolgere direttamente i compiti del servizio di prevenzione e protezione. Quanto al contesto da assumere a base del computo dei dipendenti, questo varia a seconda delle diverse disposizioni: in certi casi ci si riferisce al datore di lavoro, in altri all'azienda o all'unità produttiva, in altri alle industrie in altri ancora alla impresa (sebbene quest'ultimo termine sembra utilizzato in senso atecnico).

[1199] Pare questo il senso della critica rivolta da O. BONARDI, *Il Testo Unico in materia di sicurezza del lavoro*, cit., p. 350 allo schema di decreto legislativo approvato, nella XIV legislatura, dal Consiglio dei Ministri il 18 novembre 2004.

[1200] L'art. 2, terzo periodo, del d.lgs. n. 626 del 1994 considerava non computabili soltanto gli allievi degli istituti di istruzione ed universitari e i partecipanti a corsi di formazione professionale nei quali si facesse uso di laboratori, macchine, apparecchi ed attrezzature di lavoro in genere, agenti chimici, fisici e biologici. Va peraltro ricordato che tale scarna disposizione legislativa era stata arricchita in via interpretativa mediante la circolare del Ministero del lavoro del 19 novembre 1996, n. 154.

[1201] Si noti che l'ora abrogato art. 6, comma 2, della l. n. 123 del 2007, a proposito della registrazione del personale delle imprese appaltatrici e subappaltatrici, definendo un meccanismo alternativo alla tessera di riconoscimento per i datori di lavoro con meno di 10 dipendenti, aveva previsto che nel computo di tali unità lavorative si tenesse conto di tutti i lavoratori impiegati a prescindere dalla tipologia dei rapporti di lavoro instaurati, ivi compresi quelli autonomi (v. *infra* § 8.3).

[1202] P. PASCUCCI, Stage *e lavoro*, cit., *passim*.

[1203] Art. 1, comma 3, del d.m. 25 marzo 1998, n. 142 (regolamento di attuazione dell'art. 18 della l. n. 196 del 1997).

[1204] Nei quali si faccia uso di laboratori, attrezzature di lavoro in genere, agenti chimici, fisici e biologici, ivi comprese le attrezzature munite di videoterminali.

6 settembre 2001, n. 368 per sostituire lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, dal momento che ricoprono temporaneamente un posto già computato nell'organico aziendale. Ci si può chiedere se, tra i lavoratori a tempo determinato (non computabili) che sostituiscono altri lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto di lavoro rientrino anche i lavoratori utilizzati mediante somministrazione di lavoro a tempo determinato per esigenze sostitutive. Come si vedrà tra breve, l'art. 4, comma 2, comprende i lavoratori somministrati tra quelli computabili (ancorché sulla base del numero di ore di lavoro prestato nell'arco di un semestre) richiamando l'art. 20 del d.lgs. n. 276 del 2003, il cui comma 4 si riferisce anche alla somministrazione per esigenze sostitutive. Se, tuttavia, la *ratio* della computabilità va rintracciata nella identificazione dell'organico aziendale con il quale il datore di lavoro svolge normalmente la propria attività, nel quale il "posto" del lavoratore assente è già computato, si potrebbe fondatamente ipotizzare che il lavoratore somministrato che temporaneamente lo sostituisce non debba essere computato.

Analoga plausibilità rivestono le previsioni relative: ai lavoratori che svolgono prestazioni occasionali di tipo accessorio *ex* art. 70 ss. del d.lgs. n. 276 del 2003, nonché prestazioni che esulano dal mercato del lavoro *ex* art. 74 del medesimo decreto; ai volontari *ex* l. n. 266 del 1991; ai volontari del Corpo dei vigili del fuoco e della Protezione civile; ai volontari che effettuano il servizio civile; ai lavoratori socialmente utili.

Non computabili risultano anche i lavoratori autonomi *ex* art. 2222 c.c., ma ciò non significa che tutta l'area del lavoro autonomo non sia calcolabile, come dimostra il fatto che invece i lavoratori parasubordinati (sia a progetto sia co.co.co.) si computano senz'altro ove la loro prestazione sia resa a favore del committente con carattere di esclusività. In tal modo, ai fini della configurazione dell'organico aziendale nell'ambito della disciplina della sicurezza del lavoro, si attribuisce una importanza decisiva anche al concetto di dipendenza socio-economica ove si coniughi con un inserimento esclusivo nell'organizzazione produttiva. Lo stesso criterio dell'esclusività vale anche nel caso dei lavoratori a domicilio *ex* l. n. 877 del 1973. C'è da chiedersi se debbano ritenersi computabili anche le collaborazioni coordinate e continuative a carattere occasionale di cui all'art. 61, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, ove abbiano carattere di esclusività, le quali, come già rilevato, sembrano ora rientrare nella disciplina protettiva del d.lgs. n. 81 del 2008 *ex* art. 3, comma 7. L'assoggettabilità di tali rapporti alle tutele prevenzionistiche non deve tuttavia far dimenticare che, trattandosi di rapporti di breve durata (complessivamente non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente), difficilmente possono essere assunti come elementi alla stregua dei quali identificare la dimensione occupazionale: nonostante il silenzio della legge, tali rapporti dovrebbero rilevare (come accade esplicitamente nel caso della somministrazione) in base al numero delle ore di lavoro effettivamente prestato (si pensi al datore di lavoro che, sempre mediante questa tipologia negoziale, si avvalga durante l'anno di dodici diversi lavoratori, esattamente uno per ogni trenta giorni, computabili come un'unica unità lavorativa). Qualche dubbio potrebbe porsi in merito all'accertamento dell'esclusività dello svolgimento dell'attività del collaboratore a favore del committente[1205]. Potendosi ritenere che spetti al datore di lavoro fornire la prova della dimensione occupazionale della propria azienda, a lui spetterà dimostrare che il lavoratore parasubordinato non si trova in posizione di esclusività, essendo a tal fine rilevante non già l'astratta previsione del contratto, bensì la effettiva situazione

[1205] G. BUBOLA, *I collaboratori coordinati e continuativi*, cit., p. 277.

reale. Per altro verso, non può escludersi che, al fine di contenere la soglia dimensionale, nel prossimo futuro possano proliferare contratti caratterizzati dalla non esclusività, ponendosi un problema di accertamento della genuinità della relativa pluricommittenza.

Sempre per quanto attiene al computo dei lavoratori parasubordinati, è assai dubbio che – nel silenzio dell'art. 4, comma 1, lett. *l* – occorra far leva, oltre che sul criterio della esclusività del rapporto, anche sul fatto che la prestazione si svolga nei luoghi di lavoro del committente (richiesto dall'art. 3, comma 7, ai fini dell'applicazione della tutela)[1206]. A ben guardare, esclusività ed effettuazione della prestazione *in loco* costituiscono due criteri distinti, assunti dal legislatore a fini diversi e che non debbono necessariamente cumularsi: ne è prova il fatto che, per l'applicabilità della tutela del d.lgs. n. 81 del 2008, l'art. 3, comma 7, non richiede che la prestazione sia resa esclusivamente a favore del committente. Come già anticipato, pur intersecandosi, i profili della dimensione aziendale e della tutela applicabile restano comunque distinti: d'altronde, nel d.lgs. n. 81 del 2008 coesistono ipotesi in cui "lavoratori" non computabili sono pienamente assoggettati alla disciplina di tutela (lavoratori assunti a termine per ragioni sostitutive; tirocinanti, volontari ecc.) con altre in cui "lavoratori" computabili godono di tutele soltanto parziali (lavoratori a domicilio) o davvero minimali (lavoratori parasubordinati non *in loco*, i quali, come già detto, potrebbero eventualmente invocare le tutele sulle attrezzature, ove fornite dal committente, e casomai esercitare le facoltà di cui all'art. 21, comma 2, riconosciute ai lavoratori autonomi). Se, come pare, la *ratio* della computabilità sottesa all'art. 4 consiste essenzialmente nell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione produttiva di cui il datore di lavoro si avvalga non marginalmente per il perseguimento dei propri scopi economici o istituzionali, meritano di essere computati anche quei lavoratori che godono solo in parte della tutela in ragione delle modalità di svolgimento della prestazione. Anzi, proprio la loro computabilità può consentire a tali soggetti di trarre indirettamente beneficio dall'applicazione di quelle norme la cui operatività è condizionata al numero dei lavoratori: si pensi, ad esempio, alla riunione periodica, nella quale non potrebbero essere ignorati i problemi di quei lavoratori.

Confermando quanto previsto dall'art. 22, comma 5, del d.lgs. n. 276 del 2003, si prevede la computabilità, nell'organico dell'utilizzatore, dei lavoratori utilizzati mediante somministrazione di lavoro, anche se, differentemente da quanto previsto nella norma del 2003, il computo avviene sulla base del numero di ore di lavoro effettivamente prestato nell'arco di un semestre. Identico criterio vale per i lavoratori assunti a tempo parziale *ex* d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61. Sia nel caso della somministrazione sia in quello del *part-time* si dovranno quindi calcolare tutte le ore svolte nel semestre (considerando, nel caso del *part-time*, anche quelle di lavoro supplementare e di lavoro prestato in virtù di clausole elastiche: circ. Min. lav. n. 9 del 2004) rapportandole al tempo pieno svolto normalmente dai lavoratori dell'impresa ed arrotondando ad unità intere le frazioni di orario eccedenti che superino la metà dell'orario di lavoro a tempo pieno[1207].

In base al comma 3 dell'art. 4, nell'ambito delle attività stagionali definite dal d.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525, nonché di quelle individuate dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative, il personale in

---

[1206] F. GIAZZI, N. PERSICO, *Il computo dei lavoratori*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 177 ss., qui p. 179; G. BUBOLA, *I collaboratori coordinati e continuativi*, cit., p. 277.
[1207] F. GIAZZI, N. PERSICO, *Il computo dei lavoratori*, cit. p. 180; circ. Min. lav. n. 46 del 2001.

forza si computa a prescindere dalla durata del contratto e dall'orario di lavoro effettuato. Tuttavia, il comma 4 prevede che il numero dei lavoratori impiegati per l'intensificazione dell'attività in determinati periodi dell'anno nel settore agricolo e nell'ambito di attività diverse da quelle indicate nel comma 3 corrispondono a frazioni di unità-lavorative-anno (ULA) come individuate sulla base della normativa comunitaria.

Stante la tassatività dell'elenco dell'art. 4, tutti i lavoratori ivi non menzionati rientreranno nel computo dell'organico aziendale. Sembra da ritenere che debba trattarsi comunque di "lavoratori" intesi ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *a*, dovendosi quindi escludere coloro che tali non siano, come i lavoratori domestici. Dovranno quindi ricomprendersi, innanzitutto, tutti i lavoratori subordinati anche con rapporto speciale di lavoro: dirigenti; apprendisti; lavoratori con contratto di inserimento; *job sharers*, computabili come una sola unità; lavoratori intermittenti già assunti come tali al 31 dicembre 2007 (il cui contratto sopravvive, fino alla sua scadenza o estinzione, all'abrogazione degli artt. 33-40 del d.lgs. n. 276 del 2003 da parte dell'art. 1, comma 45, della l. 24 dicembre 2007, n. 247) e "futuri" lavoratori intermittenti ai sensi dell'art. 1, comma 47, della stessa l. n. 247 del 2007, presumibilmente computabili in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre (circ. Min. lav. n. 4 del 2005); i lavoratori distaccati, che, stante la previsione dell'art. 3, comma 6, e in analogia a quanto previsto per la somministrazione, dovrebbero essere computati nell'organico del distaccatario. Dovranno inoltre ricomprendersi i soci lavoratori di cooperativa (con rapporto di lavoro subordinato o autonomo) e di società, anche di fatto, che prestino la propria attività per conto delle società e dell'ente stesso, nonché gli associati in partecipazione di cui all'art. 2549 c.c.[1208]. Sebbene alcuni di questi ultimi lavoratori non siano subordinati (i soci di cooperativa di cui all'art. 1, comma 3, della l. 3 aprile 2001, n. 142; non pochi soci di società; gli associati in partecipazione), non sembra che possano ricomprendersi nella generica categoria dei lavoratori autonomi di cui all'art. 2222 c.c. che l'art. 4, comma 1, lett. *i*, considera non computabili, trattandosi di lavoratori autonomi il cui rapporto risulta tipizzato da specifiche norme.

Quanto all'individuazione dell'arco temporale entro il quale va verificata la dimensione occupazionale, su cui il legislatore delegato tace, sembra eccessivo richiedere che il dato occupazionale vada riferito all'esatto momento in cui viene in gioco l'applicazione della norma subordinata a tale dato. Pare invece preferibile fare appello al criterio, del resto già noto nell'ordinamento, del dato medio della consistenza numerica in un periodo di tempo anteriore all'adempimento in relazione al quale rileva il numero di lavoratori. D'altro canto, tale criterio sembra in grado di razionalizzare il tenore letterale, tutt'altro che univoco, delle varie norme *de quibus*, in cui talora figura l'espressione "che occupano" (apparentemente connessa a quel preciso momento storico) e talaltra compaiono espressioni assai più generiche come "con più di", "fino a", "con oltre" *tot* lavoratori. Non è peraltro chiaro se tale periodo di tempo debba corrispondere all'anno (come normalmente avviene e come sembrerebbe plausibile) o al semestre (che il legislatore richiama espressamente per la somministrazione ed il *part-time*), potendosi per il momento assumere quest'ultimo dato nell'attesa di chiarimenti[1209], che potrebbero magari provenire dalla Commissione per gli interpelli.

---

[1208] F. GIAZZI, N. PERSICO, *Il computo dei lavoratori*, cit. pp. 181-182.

[1209] M. CUDIFERRO, *La dimensione aziendale e le nuove norme del Testo unico*, in *Guida lav.*, 2008, 23, p. 12 ss., qui p. 20.

Un'ultimissima questione attiene al mancato coordinamento tra quanto previsto nel Titolo I del d.lgs. n. 81 del 2008 ed alcuni suoi Allegati, nei quali, presumibilmente per la fretta con cui sono stati assemblati nelle concitate fasi che hanno caratterizzato la fine anticipata della XV legislatura, l'applicazione di determinate discipline, invece di dipendere dal numero dei "lavoratori", continua ad essere condizionata dal numero dei "dipendenti" o degli "addetti" (v. l'Allegato II, o i punti 1.11.2.1. e 5.1. dell'Allegato IV). Sebbene, in linea generale, tali termini dovrebbero essere intesi come sinonimi di "lavoratori" ai sensi degli artt. 2 e 4 del d.lgs. n. 81 del 2008, non ci si può nascondere che, ove alle previsioni degli allegati siano connesse sanzioni penali, tale sinonimia potrebbe essere tecnicamente plausibile solo nel caso degli "addetti" (termine in sé assai generico), risultando invece difficilmente proponibile a fronte della parola "dipendenti", giuridicamente ben più significativa. Di qui l'esigenza di una correzione, mediante la decretazione delegata di cui all'art. 1, comma 6, della l. n. 123 del 2007, che restituisca al testo la necessaria omogeneità.

## 7. Il sistema istituzionale e l'attività di vigilanza

Il d.lgs. n. 81 del 2008 pare aver recepito le sollecitazioni del legislatore del 2007, sia come delegante sia come diretto riformatore, per la definizione di un credibile ed efficace sistema istituzionale[1210].

La sensibilità del legislatore delegato su questi aspetti può cogliersi già dalla struttura complessiva del Titolo I del decreto, costruito secondo un'architettura per così dire "costituzionale": dapprima i principi generali; a seguire il sistema ("pubblico") istituzionale; poi il sistema ("privato") di gestione della prevenzione nei luoghi di lavoro; infine l'apparato sanzionatorio. Uno schema completamente differente da quello del Titolo I del d.lgs. n. 626 del 1994, nel quale, in particolare, le disposizioni sul sistema istituzionale erano collocate in coda allo stesso Titolo e quelle più significative erano ricomprese in un Capo (il VII) dove la stessa rubrica ("Disposizioni concernenti la pubblica amministrazione"), quasi che si trattasse di una sorta di normativa *omnibus*, indicava quantomeno una scarsa cura di quel legislatore per gli aspetti istituzionali. Se, per un verso, sarebbe eccessivo ed ingeneroso affermare che la non particolare attenzione del legislatore del 1994 per il sistema istituzionale sia stata la causa dell'applicazione spesso deficitaria di alcune delle norme contenute in quel capo (si pensi ai Comitati regionali di coordinamento), per un altro verso non può non convenirsi sulla importanza strategica di un solido sistema istituzionale, capace di ideare e progettare le politiche della prevenzione, di avviarne l'implementazione e di sostenerne e favorirne la corretta attuazione anche mediante un sistema di controllo razionale ed efficace.

Di tutto ciò c'è ampia traccia nel nuovo decreto che, non a caso, intitola il Capo II del Titolo I come "Sistema istituzionale", là dove la parola più importante in tale espressione non è tanto "istituzionale", ma "sistema", perché il legislatore vuole appunto che le istituzioni operino in un sistema, in continuo raccordo fra loro. Un sistema, a quanto pare di capire, finalizzato a favorire lo sviluppo di altri sistemi o sottosistemi, come quelli che operano istituzionalmente a livello territoriale, o come quelli finalizzati a valorizzare la qualità delle imprese. Per altro verso, la parola "istituzionale" non deve essere intesa come se le norme del Capo II riguardassero esclusivamente le "pubbliche amministrazioni", perché in quel sistema un ruolo importante è svolto anche dalle parti

---

[1210] Cfr. L. FANTINI, A. FAVENTI, *Il nuovo sistema istituzionale: quadro di sintesi*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 299 ss.

sociali.

### 7.1. Il nuovo Comitato nazionale

Come anticipato, la legge delega ha previsto una complessa gamma di criteri per l'attuazione di un sistema istituzionale.

Attuando la prima parte del criterio indicato nell'art. 1, comma 2, lett. *i*, della l. n. 123 del 2007[1211] – realizzazione di un coordinamento su tutto il territorio nazionale delle attività e delle politiche in materia di salute e sicurezza sul lavoro, finalizzato all'emanazione di indirizzi generali uniformi e alla promozione dello scambio di informazioni anche sulle disposizioni italiane e comunitarie in corso di approvazione – l'art. 5 del nuovo decreto ha istituito[1212], presso il Ministero della salute, il nuovo Comitato con compiti di indirizzo e valutazione delle politiche attive e di coordinamento nazionale delle attività di vigilanza in materia di salute e sicurezza sul lavoro. A tale Comitato, presieduto dal Ministro della salute e composto da rappresentanti dei Ministeri della salute, del lavoro, dell'interno, e delle Regioni e Province autonome, partecipano, con funzione consultiva, rappresentanti di INAIL, ISPESL e IPSEMA. È inoltre prevista, in alcuni casi[1213], la consultazione preventiva delle parti sociali ed una verifica almeno annuale delle azioni intraprese[1214].

Tale Comitato costituisce la "cabina di regia" dell'intero sistema, di importanza strategica sia per quanto concerne l'azione politica sia per quanto attiene al coordinamento delle attività di vigilanza e controllo: confermandosi quanto anticipato in precedenza sull'attuazione "concorrente" della disciplina, il Comitato deve assicurare la più completa attuazione del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni. In base al comma 3 dell'art. 5, il Comitato: *a*) stabilisce le linee comuni delle politiche nazionali in materia di salute e sicurezza sul lavoro; *b*) individua obiettivi e programmi dell'azione pubblica di miglioramento delle condizioni di salute e sicurezza dei lavoratori; *c*) definisce la programmazione annuale in ordine ai settori prioritari di intervento dell'azione di vigilanza, i piani di attività e i progetti operativi a livello nazionale, tenendo conto delle indicazioni provenienti dai Comitati regionali di coordinamento e dai programmi di azione individuati in sede comunitaria; *d*) programma il coordinamento della vigilanza a livello nazionale in materia di salute e sicurezza sul lavoro; *e*) garantisce lo scambio di informazioni tra i soggetti istituzionali al fine di promuovere l'uniformità dell'applicazione della normativa vigente; *f*) individua le priorità della ricerca in tema di prevenzione dei rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori[1215].

---

[1211] Nonché quanto previsto nell'ulteriore criterio indicato nella medesima norma alla lett. *q*, dove si prevede la razionalizzazione e il coordinamento delle strutture centrali e territoriali di vigilanza nel rispetto dei principi di cui all'art. 19 del d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, e dell'art. 23, comma 4, del d.lgs. n. 626 del 1994, al fine di rendere più efficaci gli interventi di pianificazione, programmazione, promozione della salute, vigilanza, nel rispetto dei risultati verificati, per evitare sovrapposizioni, duplicazioni e carenze negli interventi e valorizzando le specifiche competenze, anche riordinando il sistema delle amministrazioni e degli enti statali aventi compiti di prevenzione, formazione e controllo in materia e prevedendo criteri uniformi ed idonei strumenti di coordinamento.

[1212] Anche se, per un errore materiale, nell'art. 5, comma 1, l'espressione "è istituito" non compare.

[1213] Nelle ipotesi di cui all'art. 5, comma 3, lett. *a*, *b*, *e*, *f*.

[1214] Le modalità di funzionamento del Comitato sono fissate con regolamento interno da adottarsi a maggioranza qualificata rispetto al numero dei componenti; le funzioni di segreteria sono svolte da personale del Ministero della salute appositamente assegnato. Ai componenti del Comitato ed ai soggetti invitati a partecipare non spetta alcun compenso, rimborso spese o indennità di missione.

[1215] Sulla necessità di un coordinamento tra il Comitato di cui all'art. 5 ed altri organismi con competenze in materia di lavoro irregolare e sommerso, v. P. RAUSEI, *Il nuovo sistema istituzionale della sicurezza sul lavoro*, in F. BACCHINI (a cura di), *Speciale Testo Unico sicurezza del lavoro*, cit., p. 248 ss.

### 7.2. La Commissione consultiva permanente

La seconda parte del criterio indicato nell'art. 1, comma 2, lett. *i*, della l. n. 123 del 2007 – ridefinizione dei compiti e della composizione, da prevedere su base tripartita e di norma paritetica e nel rispetto delle competenze delle Regioni e delle Province autonome di cui all'art. 117 Cost., della Commissione consultiva permanente per la prevenzione degli infortuni e l'igiene del lavoro e dei Comitati regionali di coordinamento – ha trovato attuazione negli artt. 6 e 7 del nuovo decreto.

L'art. 6 rivisita, per quanto riguarda composizione e compiti, la già nota Commissione consultiva permanente per la salute e la sicurezza sul lavoro[1216] che ha sede presso il Ministero del lavoro, un cui rappresentante la presiede, ed è composta, in base ad una logica tripartita, da rappresentanti di vari Ministeri[1217], delle Regioni e delle Province autonome e da esperti designati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale[1218]. La Commissione, che può istituire comitati speciali permanenti, si avvale della consulenza degli istituti pubblici con competenze in materia di salute e sicurezza sul lavoro e può richiedere la partecipazione di esperti nei diversi settori di interesse. Ai suoi lavori possono partecipare anche rappresentanti di altre amministrazioni centrali dello Stato in ragione di specifiche tematiche inerenti alle relative competenze[1219].

Rispetto a quanto previsto dall'art. 26 del d.lgs. n. 626 del 1994 sui compiti della Commissione, il nuovo decreto pare aver posto un accento particolare su quelli attinenti alla promozione della cultura della prevenzione ed alla qualificazione delle relative azioni. In tal senso vale la pena di ricordare: la definizione delle attività di promozione e le azioni di prevenzione di cui all'art. 11; la validazione delle buone prassi; l'elaborazione delle procedure standardizzate di effettuazione della valutazione dei rischi che varranno per le piccole imprese; la definizione di criteri finalizzati alla definizione del sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi; la valorizzazione degli accordi sindacali e dei codici di condotta ed etici, adottati su base volontaria, che, in considerazione delle specificità dei settori produttivi di riferimento, orientino i comportamenti dei datori di lavoro, anche secondo i principi della responsabilità sociale, dei lavoratori e di tutti i soggetti interessati, ai fini del miglioramento dei livelli di tutela definiti legislativamente; la promozione della considerazione della differenza di genere in relazione alla valutazione dei rischi e alla predisposizione delle misure di prevenzione; l'indicazione dei modelli di organizzazione e gestione aziendale ai fini di cui all'art. 30.

---

[1216] Cfr. l'art. 26 del d.lgs. n. 626 del 1994, che aveva sostituito gli artt. 393 e 394 del d.P.R. n. 547 del 1955 e ne aveva soppresso l'art. 395.

[1217] Si tratta dei Ministeri della salute, dello sviluppo economico, dell'interno, delle infrastrutture, dei trasporti, delle politiche agricole e forestali, della solidarietà sociale, per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione.

[1218] Per ciascun componente può essere nominato un supplente, il quale interviene unicamente in caso di assenza del titolare. I componenti della Commissione e i segretari sono nominati con decreto del Ministro del lavoro, su designazione degli organismi competenti e durano in carica cinque anni. Le modalità di funzionamento della Commissione sono fissate con regolamento interno da adottarsi a maggioranza qualificata rispetto al numero dei componenti; le funzioni di segreteria sono svolte da personale del Ministero del lavoro appositamente assegnato. Ai componenti della Commissione (e non del Comitato, come erroneamente risulta scritto nell'art. 6, comma 7) non spetta alcun compenso, rimborso spese o indennità di missione.

[1219] Con particolare riferimento a quelle relative alla materia dell'istruzione per le problematiche di cui all'art. 11, comma 1, lett. *c*.

Questa parziale mutazione delle funzioni della Commissione è stata vivacemente criticata, specialmente per quanto concerne la perdita degli originari connotati tecnici dell'organismo[1220], stigmatizzandosi altresì la "concentrazione politico-sindacale della provenienza dei suoi membri"[1221]. Se è indubbiamente vero che la "nuova" Commissione ha un volto assai meno "regolativo" che in passato e più incline ad una dimensione "promozionale", è altresì vero che non tutti i compiti più strettamente tecnici sono scomparsi[1222], non potendosi in ogni caso trascurare che la Commissione si inserisce ora in un "nuovo" sistema istituzionale, nel quale campeggia il Comitato di cui all'art. 5[1223] e nel quale trovano nuova linfa (almeno così si spera) i Comitati regionali di coordinamento, senza peraltro dimenticare il ruolo tecnico-interpretativo che sarà svolto dalla Commissione per gli interpelli di cui all'art. 12. Come spesso accade, si tratta di intendersi: la Commissione è sempre "consultiva", ma la consultazione che essa è ora chiamata a svolgere nel nuovo sistema, più promozionale che regolativa, non può non risentire di tale aspetto.

Quanto alla critica relativa alla accentuata presenza sindacale nell'organismo – che più in generale potrebbe leggersi anche come una critica alla logica del tripartitismo voluto dalla legge delega[1224]–, non si deve sottovalutare come, attraverso il "modello partecipativo trilatero" (che tiene insieme istituzioni centrali e locali e parti sociali) il legislatore delegante abbia tentato di assumere "quale punto di riferimento quello della gestione integrata e non parcellizzata dei rischi nei luoghi di lavoro"[1225]. In tal senso, il ruolo delle parti sociali in seno alla Commissione può essere

---

[1220] Rispetto al passato, la Commissione non esamina più le problematiche evidenziate dai Comitati regionali sulle misure preventive e di controllo dei rischi adottate nei luoghi di lavoro, né propone linee guida applicative della normativa di sicurezza. Inoltre, non esprime più pareri su: adeguamenti di natura strettamente tecnica relativi alla normativa CEE da attuare a livello nazionale; richieste di deroga previste dall'art. 48 del d.lgs. n. 277 del 1991; richieste di deroga previste dall'art. 8 del d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 77; riconoscimento della conformità alle vigenti norme per la sicurezza e la salute dei lavoratori sul luogo di lavoro di mezzi e sistemi di sicurezza; ricorsi avverso le disposizioni impartite dagli ispettori del lavoro nell'esercizio della vigilanza, sulle attività comportanti rischi particolarmente elevati, individuate ai sensi dell'art. 43, comma 1, lett. *g*, n. 4, della l. 19 febbraio 1991, n. 142, secondo le modalità di cui all'art. 402 del d.P.R. n. 547 del 1955; qualsiasi questione relativa alla sicurezza del lavoro e alla protezione della salute dei lavoratori, su richiesta dei Ministeri del lavoro o della salute o delle Regioni.

[1221] P. RAUSEI, *Il nuovo sistema istituzionale della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 249.

[1222] Si tratta, innanzitutto, dell'esame dei problemi applicativi della normativa di salute e sicurezza sul lavoro e della formulazione di proposte per lo sviluppo e il perfezionamento della legislazione vigente (nella precedente disciplina si prevedeva che la predetta formulazione di proposte fosse finalizzata anche al coordinamento della legislazione con altre disposizioni concernenti la sicurezza e la protezione della salute dei lavoratori, nonché per il coordinamento degli organi preposti alla vigilanza: in verità, almeno il coordinamento della legislazione appare un problema sostanzialmente superato dall'emanazione del nuovo decreto legislativo). Inoltre si tratta: della espressione di pareri sui piani annuali elaborati dal Comitato di cui all'art. 5; della redazione annuale, sulla base dei dati forniti dal Sistema informativo di cui all'art. 8, di una relazione sullo stato di applicazione della normativa di salute e sicurezza e sul suo possibile sviluppo, da trasmettere alle Commissioni parlamentari competenti e ai Presidenti delle Regioni; della valutazione delle problematiche connesse all'attuazione delle direttive comunitarie e delle convenzioni internazionali stipulate in materia di salute e sicurezza del lavoro.

[1223] Contrariamente a quanto sostenuto da P. RAUSEI, *Il nuovo sistema istituzionale della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 249, il Comitato e la Commissione consultiva non sembrano costituire una "duplicazione pletorica dei collegi", svolgendo compiti tra loro diversi pur se necessariamente destinati ad integrarsi. Non deve fra l'altro trascurarsi che il ruolo delle parti sociali nell'ambito del Comitato di cui all'art. 5 (che è il vero organo politico-istituzionale) è assai più sfumato e si concretizza in una consultazione.

[1224] V. le osservazioni critiche di F. CARINCI, *La telenovela del T.U. sulla sicurezza*, cit., pp. 353-354.

[1225] L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 30. Come ricorda opportunamente M. LAI, *Il ruolo delle parti sociali: in particolare le rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza e gli organismi paritetici*, in F. BACCHINI (a cura di), *Legge 3 agosto 2007, n. 123*, cit., p. 195 ss., qui p. 196, il principio del tripartitismo è affermato, in ambito internazionale, da ultimo nella Convenzione OIL n. 187 del 15 giugno 2006 sul quadro promozionale per la salute e la sicurezza del lavoro, la quale impegna gli Stati ratificanti a promuovere, in consultazione con le parti sociali, una politica, un sistema ed un programma nazionali in materia.

particolarmente incisivo in relazione a quel "nuovo compito" consistente nella valorizzazione degli accordi sindacali e dei codici di condotta ed etici, adottati su base volontaria, che, in considerazione delle specificità dei settori produttivi di riferimento, orientino i comportamenti dei datori di lavoro, anche secondo i principi della responsabilità sociale[1226], dei lavoratori e di tutti i soggetti interessati, ai fini del miglioramento dei livelli di tutela definiti legislativamente[1227].

### 7.3. I Comitati regionali di coordinamento

Sulla scorta della stessa seconda parte del criterio di delega di cui all'art. 1, comma 2, lett. *i*, della l. n. 123 del 2007, l'art. 7 prevede che, al fine di realizzare una programmazione coordinata di interventi nonché uniformità degli stessi ed il necessario raccordo con il Comitato di cui all'art. 5 e con la Commissione consultiva permanente, presso ogni Regione e Provincia autonoma operi un Comitato regionale di coordinamento[1228].

Diversamente da quanto accade per la Commissione consultiva permanente, il d.lgs. n. 81 del 2008 non provvede direttamente a ridefinire compiti e composizione dei Comitati regionali di coordinamento (già previsti dall'art. 27 del d.lgs. n. 626 del 1994), ma rinvia al d.P.C.M. del 21 dicembre 2007[1229], emanato ai sensi dell'art. 4 della l. n. 123 del 2007[1230]. È questa una di quelle

---

[1226] V. F. AMATO, *La responsabilità sociale delle imprese*, intervento presentato al Seminario di studi di Magistratura democratica su "La sicurezza sul lavoro", cit. Più in generale, sulla r.s.i. cfr. M. NAPOLI (a cura di), *La responsabilità sociale delle imprese*, Vita e Pensiero, Milano, 2005; R. DEL PUNTA, *Responsabilità sociale dell'impresa e diritto del lavoro*, in *LD*, 2006, p. 41 ss.; D. GOTTARDI, *Il diritto del lavoro nelle imprese socialmente responsabili*, ivi, p. 5 ss.; V. FERRANTE, *Responsabilità sociale dell'impresa e lavoro subordinato*, ivi, p. 83 ss.; P. GRECO, *Responsabilità sociale delle imprese e mercato del lavoro*, in *DML*, 2006, n. 1-2, p. 127 ss.; G. PINO, *Una rilettura degli obblighi di sicurezza sul lavoro*, cit.

[1227] Cfr. ancora L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 30, nonché S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., pp. 51-54.

[1228] In materia di Comitati regionali di coordinamento vale ovviamente anche quanto previsto nel criterio di delega di cui all'art. 1, comma 2, lett. *q*, relativamente alla razionalizzazione ed al coordinamento delle strutture e territoriali di vigilanza al fine di rendere più efficaci gli interventi di pianificazione, programmazione, promozione della salute, vigilanza, nel rispetto dei risultati verificati, per evitare sovrapposizioni, duplicazioni e carenze negli interventi e valorizzando le specifiche competenze e prevedendo criteri uniformi ed idonei strumenti di coordinamento.

[1229] In *GU* n. 31 del 6 febbraio 2008.

[1230] Tale norma aveva infatti previsto che, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa intesa sancita, ai sensi dell'art. 8, comma 6, della l. 5 giugno 2003, n. 131, in sede di Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281, fosse disciplinato il coordinamento delle attività di prevenzione e vigilanza in materia di salute e sicurezza sul lavoro, affidato ai Comitati regionali di coordinamento di cui all'art. 27 del d.lgs. n. 626 del 1994 ed al d.P.C.M. 5 dicembre 1997 (in *GU* n. 29 del 5 febbraio 1998). Il decreto presidenziale doveva individuare, in particolare: *a*) nell'ambito della normativa già prevista in materia, i settori prioritari di intervento dell'azione di vigilanza, i piani di attività ed i progetti operativi da attuare a livello territoriale; *b*) l'esercizio di poteri sostitutivi in caso di inadempimento da parte di amministrazioni ed enti pubblici. Si era inoltre previsto che, fino all'emanazione del decreto presidenziale, il coordinamento delle attività di prevenzione e vigilanza fosse esercitato dal Presidente della Provincia o da un Assessore da lui delegato, nei confronti degli uffici delle amministrazioni e degli enti pubblici territoriali rientranti nell'ambito di competenza. Con l'emanazione del d.P.C.M. è quindi cessata la funzione di supplenza attribuita temporaneamente ai Presidenti delle Province dall'art. 4, comma 2. Su tale norma cfr. A. ANDREANI, L. ANGELINI, *Coordinamento e potenziamento dell'attività di prevenzione e di vigilanza ed integrazione degli archivi informativi*, in M. RUSCIANO e G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro. Appendice di aggiornamento*, cit., p. 31 ss.
L'art. 4, comma 3, della l. n. 123 del 2007 ha introdotto norme relative alla predisposizione delle attività necessarie per l'integrazione dei rispettivi archivi informativi delle varie amministrazioni aventi competenze in materia, mentre il successivo comma 4 ha previsto l'utilizzazione per il 2007 delle risorse stanziate dall'art. 1, comma 545, della l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria per il 2007) sia per l'immissione in servizio di nuovi ispettori del lavoro, sia per finanziare il funzionamento e il potenziamento dell'attività ispettiva, la costituzione di appositi nuclei di pronto intervento e per l'incremento delle dotazioni strumentali. Infine, l'art. 4, comma 7, ha disposto l'avvio di progetti sperimentali in ambito scolastico e nei percorsi di formazione professionale volti a favorire la conoscenza delle tematiche in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro.

ipotesi di interazione tra criteri di delega e norme di diretta attuazione della l. n. 123 del 2007, che ha indubbiamente agevolato il compito del legislatore delegato.

Il Comitato regionale di coordinamento[1231], istituito presso ogni Regione e Provincia autonoma, svolge i propri compiti di programmazione e di indirizzo delle attività di prevenzione e vigilanza nel rispetto delle indicazioni e dei criteri formulati a livello nazionale dai Ministeri della salute e del lavoro e dalle Regioni e Province autonome al fine di individuare i settori e le priorità d'intervento delle attività di prevenzione e vigilanza in materia di salute e sicurezza sul lavoro[1232].

Il Comitato svolge le seguenti funzioni: *a*) sviluppa, tenendo conto delle specificità territoriali, i piani di attività e i progetti operativi individuati dalle amministrazioni a livello nazionale; *b*) svolge funzioni di indirizzo e programmazione delle attività di prevenzione e di vigilanza e promuove l'attività di comunicazione, informazione, formazione e assistenza operando il necessario coordinamento tra le diverse istituzioni; *c*) provvede alla raccolta ed analisi delle informazioni relative agli eventi dannosi e ai rischi, proponendo soluzioni operative e tecniche atte a ridurre il fenomeno degli infortuni e delle malattie da lavoro; *d*) valorizza gli accordi aziendali e territoriali che orientino i comportamenti dei datori di lavoro, anche secondo i principi della responsabilità sociale, dei lavoratori e di tutti i soggetti interessati, ai fini del miglioramento dei livelli di tutela definiti legislativamente[1233].

Il d.P.C.M. del 21 dicembre 2007 ha disciplinato anche l'esercizio di poteri sostitutivi nei casi di: *a*) mancata costituzione del Comitato; *b*) reiterata mancata convocazione del Comitato nei termini previsti; *c*) inadempimento da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici componenti il Comitato. Nelle prime due ipotesi, i Ministeri della salute e del lavoro, previo invito ad adempiere, assumono tutte le iniziative necessarie per assicurare gli adempimenti. Nella terza ipotesi, il Presidente del Comitato, previo invito ad adempiere, informa l'autorità gerarchicamente o funzionalmente sovraordinata al componente inadempiente affinché assuma tutti gli atti necessari all'esercizio dei poteri sostitutivi.

### 7.4. Il Sistema informativo nazionale per la prevenzione nei luoghi di lavoro

La legge delega aveva giustamente sottolineato l'importanza della acquisizione e della circolazione dei dati e delle informazioni per la realizzazione di un efficace sistema di prevenzione. L'art.

---

[1231] Il Comitato è presieduto dal Presidente della Giunta regionale o da un Assessore da lui delegato, con la partecipazione degli Assessori regionali competenti e comprende rappresentanti delle ASL, dell'Agenzia regionale per la protezione ambientale, dei settori ispezione delle Direzioni regionali del lavoro, degli Ispettorati regionali dei vigili del fuoco, delle agenzie territoriali dell'ISPESL, degli uffici periferici dell'INAIL, degli uffici periferici dell'IPSEMA, degli uffici periferici dell'INPS, dell'ANCI, dell'UPI e degli uffici di sanità aerea e marittima del Ministero della salute nonché delle autorità marittime portuali ed aeroportuali.

[1232] Ai lavori del Comitato – che deve riunirsi almeno ogni tre mesi – partecipano rappresentanti dei datori di lavoro e quattro rappresentanti dei lavoratori designati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello regionale. Presso ogni Comitato regionale è istituito un ufficio operativo composto da rappresentanti degli organi di vigilanza che pianifica il coordinamento delle rispettive attività, individuando le priorità a livello territoriale e provvedendo a definire i piani operativi di vigilanza che sono attuati da organismi provinciali composti da servizi di prevenzione e sicurezza delle ASL, DPL, INAIL, ISPESL, INPS e Comando provinciale dei vigili del fuoco.

[1233] Invece che con il decreto delegato, come sarebbe stato naturale, il criterio della delega di cui all'art. 1, comma 2, lett. *l*, della l. n. 123 del 2007 trova curiosamente attuazione con quest'ultima previsione del d.P.C.M.

1, comma 2, lett. *n*, prevedeva la definizione di un assetto istituzionale fondato sull'organizzazione e circolazione delle informazioni, delle linee guida e delle buone pratiche utili a favorire la promozione e la tutela della salute e sicurezza sul lavoro, anche attraverso il sistema informativo nazionale per la prevenzione nei luoghi di lavoro, che valorizzasse le competenze esistenti ed eliminasse ogni sovrapposizione o duplicazione di interventi[1234]. Di qui l'art. 8 del d.lgs. n. 81 del 2008, che istituisce il Sistema informativo nazionale per la prevenzione nei luoghi di lavoro (SINP)[1235] – costituito dai Ministeri del lavoro, della salute e dell'interno, dalle Regioni e Province autonome, dall'INAIL, dall'IPSEMA e dall'ISPESL, con il contributo del CNEL – con lo scopo di fornire dati utili per orientare, programmare, pianificare e valutare l'efficacia della attività di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali, relativamente ai lavoratori iscritti e non iscritti agli enti assicurativi pubblici, e per indirizzare le attività di vigilanza, attraverso l'utilizzo integrato delle informazioni disponibili negli attuali sistemi informativi, anche tramite l'integrazione di specifici archivi e la creazione di banche dati unificate. La partecipazione delle Regioni al SINP – senza la quale sarebbe arduo pensare ad un efficace sistema informativo – costituisce una ulteriore dimostrazione della volontà del legislatore delegato di implementare la nuova normativa nel rispetto del principio di leale collaborazione[1236].

Allo sviluppo del SINP – la cui gestione tecnica ed informatica è garantita dall'INAIL, che, a tal fine, è titolare del trattamento dei dati – concorrono gli organismi paritetici e gli istituti di settore a carattere scientifico, ivi compresi quelli che si occupano della salute delle donne. Come previsto dalla delega, anche le parti sociali partecipano al SINP attraverso la periodica consultazione in ordine ai flussi informativi, i cui contenuti devono riguardare almeno: il quadro produttivo ed occupazionale; il quadro dei rischi; il quadro di salute e sicurezza dei lavoratori; il quadro degli interventi di prevenzione delle istituzioni preposte; il quadro degli interventi di vigilanza delle istituzioni preposte. La diffusione delle informazioni specifiche è finalizzata al raggiungimento di obiettivi di conoscenza utili per le attività dei soggetti destinatari e degli enti utilizzatori. I dati sono resi disponibili ai diversi destinatari e resi pubblici nel rispetto della normativa sulla *privacy*.

### 7.5. Gli enti pubblici nazionali

Fra le righe dell'art. 1, comma 2, lett. *q*, della l. n. 123 del 2007, si parla anche del riordino del sistema delle amministrazioni e degli enti statali aventi compiti di prevenzione, formazione e controllo in materia, prevedendo criteri uniformi ed idonei strumenti di coordinamento.

L'art. 9 del nuovo decreto ha così ridefinito alcuni compiti di ISPESL, INAIL e IPSEMA, i quali, come enti pubblici nazionali competenti in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, esercitano le proprie attività, anche di consulenza, in una logica di sistema con i Ministeri della salute e del lavoro, le Regioni e le Province autonome. La predetta ridefinizione avviene, da un lato, mediante

---

1234 L'art. 1, comma 2, lett. *o*, ha previsto la partecipazione delle parti sociali al sistema informativo, costituito da Ministeri, Regioni e Province autonome, INAIL, IPSEMA, ISPESL, con il contributo del CNEL, e il concorso allo sviluppo del medesimo da parte degli organismi paritetici e delle associazioni e degli istituti di settore a carattere scientifico, ivi compresi quelli che si occupano della salute delle donne.

1235 V. M. Di GIORGIO, *Il Sistema informativo nazionale per la salute e sicurezza*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 707 ss.

1236 Cfr. S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 46.

la previsione di una serie di attività che i tre istituti svolgono in forma coordinata, e dall'altro lato, tramite l'assegnazione di specifici compiti ad ognuno di essi.

Tra le numerose attività che i tre istituti sono chiamati a svolgere in coordinamento tra loro[1237], va segnalata quella di consulenza, in particolare alle medie, piccole e micro[1238] imprese, per la quale vige un particolare regime di incompatibilità: infatti, l'art. 9, comma 3, prevede, da un lato, che l'attività di consulenza non possa essere svolta dai funzionari degli istituti che svolgono attività di controllo e verifica degli obblighi nelle materie di competenza degli istituti medesimi, e, dall'altro lato, che i soggetti che prestano attività di consulenza non possano, per un periodo di tre anni dalla cessazione dell'incarico, esercitare attività di controllo e verifica degli obblighi nelle materie di competenza degli istituti medesimi. Si prevede inoltre che, nell'esercizio dell'attività di consulenza non vi è l'obbligo di denuncia di cui all'art. 331 c.p.p. o di comunicazione ad altre autorità competenti delle contravvenzioni rilevate ove si riscontrino violazioni alla normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro, fermo restando che l'esercizio dell'attività di consulenza non esclude o limita la possibilità per l'ente di svolgere l'attività di controllo e verifica degli obblighi nelle materie di competenza degli istituti medesimi[1239].

Per quanto attiene ai compiti specifici di ogni istituto, l'INAIL, con la finalità di ridurre il fenomeno infortunistico e ad integrazione delle proprie competenze quale gestore dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, svolge i seguenti compiti[1240] (oltre a quanto previsto negli altri articoli del d.lgs. n. 81 del 2008): *a*) raccoglie e registra, a fini statistici e informativi, i dati relativi agli infortuni sul lavoro che comportino un'assenza dal lavoro di almeno un giorno, escluso quello dell'evento; *b*) concorre, alla realizzazione di studi e ricerche sugli infortuni e sulle malattie correlate al lavoro, coordinandosi con il Ministero della salute e con l'ISPESL; *c*) partecipa alla elaborazione, formulando pareri e proposte, della normazione tecnica

---

[1237] Vale a dire: *a*) elaborazione e applicazione dei rispettivi piani triennali di attività; *b*) interazione, per i rispettivi ruoli e competenze, in logiche di conferenza permanente di servizio, per assicurare apporti conoscitivi al sistema di sostegno ai programmi di intervento in materia di sicurezza e salute sul lavoro di cui all'art. 2, comma 1, lett. *p*, per verificare l'adeguatezza dei sistemi di prevenzione e assicurativi e per studiare e proporre soluzioni normative e tecniche atte a ridurre il fenomeno degli infortuni e delle malattie professionali; *c*) consulenza alle aziende, in particolare alle medie, piccole e micro imprese, anche attraverso forme di sostegno tecnico e specialistico finalizzate sia al suggerimento dei più adatti mezzi, strumenti e metodi operativi, efficaci alla riduzione dei livelli di rischiosità in materia di salute e sicurezza sul lavoro, sia all'individuazione degli elementi di innovazione tecnologica in materia con finalità prevenzionali, raccordandosi con le altre istituzioni pubbliche operanti nel settore e con le parti sociali; *d*) progettazione ed erogazione di percorsi formativi in materia di salute e sicurezza sul lavoro tenuto conto ed in conformità dei criteri e modalità elaborati ai sensi degli artt. 6 e 11; *e*) formazione per i responsabili e gli addetti ai servizi di prevenzione e protezione di cui all'art. 32; *f*) promozione e divulgazione della cultura della salute e della sicurezza del lavoro nei percorsi formativi scolastici, universitari e delle istituzioni dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica, previa stipula di apposite convenzioni con le istituzioni interessate; *g*) partecipazione, con funzioni consultive, al Comitato di cui all'art. 5; *h*) consulenza alla Commissione consultiva permanente; *i*) elaborazione e raccolta e diffusione delle buone prassi di cui all'art. 2, comma 1, lett. *v*; *l*) predisposizione delle linee guida di cui all'art. 2, comma 1, lett. *z*; *m*) contributo al SINP secondo quanto previsto dall'art. 8.

[1238] Anche se il concetto di "micro" impresa non risulta definito dal decreto legislativo, come del resto dalla legge delega.

[1239] Con un successivo decreto del Ministro del lavoro, di concerto con quello della salute per la parte concernente i funzionari dell'ISPESL, si disciplinerà lo svolgimento dell'attività di consulenza e dei relativi proventi, fermo restando che i compensi percepiti per lo svolgimento dell'attività di consulenza sono devoluti in ragione della metà all'ente di appartenenza e nel resto al fondo di cui all'art. 52, comma 1.

[1240] Fermo restando quanto previsto dall'art. 12 della l. 11 marzo 1988, n. 67, dall'art. 2, comma 6, della l. 28 dicembre 1995, n. 549, e dall'art. 2, comma 130, della l. 23 dicembre 1996, n. 662, nonché da ogni altra disposizione previgente.

in materia; *d*) eroga, previo trasferimento delle necessarie risorse da parte del Ministero del lavoro, le prestazioni del fondo di cui all'art. 1, comma 1187, della l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria per il 2007)[1241].

L'art. 9, comma 5, non si limita a declinare le numerose attività dell'ISPESL, ma ne definisce anche la natura giuridica[1242]. L'ingente numero di attività, essenzialmente di ricerca e di supporto tecnico-scientifico, svolte dall'ISPESL costituisce un chiaro segnale dell'importanza che il legislatore delegato assegna alla ricerca ai fini della valorizzazione della prevenzione, potendosi qui percepire in particolare il ruolo attivo giocato dal Ministero della salute nell'elaborazione del decreto delegato. Fra le varie attività[1243] (che l'ISPESL svolge avvalendosi delle proprie strutture centrali e territoriali, garantendo unitarietà della azione di prevenzione nei suoi aspetti interdisciplinari), non deve essere trascurata quella di vigilanza sulle strutture sanitarie del Servizio sanitario nazionale, svolta congiuntamente ai servizi di prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro delle ASL. Data la competenza istituzionale delle ASL in materia di vigilanza sulla disciplina prevenzionistica (v. *infra* § 7.8), questa previsione intende fornire una risposta all'eterno dilemma *quis custodet custodes?*, individuando un organismo terzo. Restano tuttavia alcune perplessità (che andrebbero fugate con successive indicazioni) sulle concrete modalità di effettuazione di tale vigilanza e, in particolare, sul grado di imparzialità che essa può garantire, giacché le ASL, ancorché chiamate qui in causa con un "ruolo congiunto", sono pur sempre parte del Servizio sanitario nazionale.

---

[1241] In sede di prima applicazione, le relative prestazioni sono fornite con riferimento agli infortuni verificatisi a far data dal 1° gennaio 2007.

[1242] L'ISPESL è un ente di diritto pubblico, nel settore della ricerca, dotato di autonomia scientifica, organizzativa, patrimoniale, gestionale e tecnica, ed è organo tecnico-scientifico del Servizio sanitario nazionale di ricerca, sperimentazione, controllo, consulenza, assistenza, alta formazione, informazione e documentazione in materia di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali, sicurezza sul lavoro e di promozione e tutela della salute negli ambienti di vita e di lavoro, del quale si avvalgono gli organi centrali dello Stato preposti ai settori della salute, dell'ambiente, del lavoro e della produzione e le Regioni e Province autonome.

[1243] In base all'art. 9, comma 6, l'ISPESL: *a*) svolge e promuove programmi di studio e ricerca scientifica e programmi di interesse nazionale nel campo della prevenzione degli infortuni, e delle malattie professionali, della sicurezza sul lavoro e della promozione e tutela della salute negli ambienti di vita e di lavoro; *b*) interviene nelle materie di propria competenza, su richiesta degli organi centrali dello Stato e delle Regioni e delle Province autonome, nell'ambito dei controlli che richiedono un'elevata competenza scientifica, eseguendo, mediante accesso nei luoghi di lavoro, accertamenti e indagini in materia di salute e sicurezza del lavoro; *c*) è organo tecnico-scientifico delle autorità nazionali preposte alla sorveglianza del mercato ai fini del controllo della conformità ai requisiti di sicurezza e salute di prodotti messi a disposizione dei lavoratori; *d*) svolge attività di organismo notificato per attestazioni di conformità relative alle direttive per le quali non svolge compiti relativi alla sorveglianza del mercato; *e*) è titolare di prime verifiche e verifiche di primo impianto di attrezzature di lavoro sottoposte a tale regime; *f*) fornisce consulenza al Ministero della salute, agli altri Ministeri e alle Regioni e Province autonome in materia di salute e sicurezza del lavoro; *g*) fornisce assistenza al Ministero della salute e alle Regioni e alle Province autonome per l'elaborazione del piano sanitario nazionale, dei piani sanitari regionali e dei piani nazionali e regionali della prevenzione, per il monitoraggio delle azioni poste in essere nel campo della salute e sicurezza del lavoro e per la verifica del raggiungimento dei livelli essenziali di assistenza in materia; *h*) supporta il Servizio sanitario nazionale fornendo informazioni, formazione, consulenza e assistenza alle strutture operative per la promozione della salute, prevenzione e sicurezza negli ambienti di lavoro; *i*) svolge, congiuntamente ai servizi di prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro delle ASL, l'attività di vigilanza sulle strutture sanitarie del Servizio sanitario nazionale; *l*) effettua il raccordo e la divulgazione dei risultati derivanti dalle attività di prevenzione nei luoghi di lavoro svolte dalle strutture del Servizio sanitario nazionale; *m*) partecipa alla elaborazione di norme di carattere generale e formula pareri e proposte circa la congruità della norma tecnica non armonizzata ai requisiti di sicurezza previsti dalla legislazione nazionale vigente; *n*) assicura la standardizzazione tecnico-scientifica delle metodiche e delle procedure per la valutazione e la gestione dei rischi e per l'accertamento dello stato di salute dei lavoratori in relazione a specifiche condizioni di rischio e contribuisce alla definizione dei limiti di esposizione; *o*) diffonde, previa istruttoria tecnica, le buone prassi di cui all'art. 2, comma 1, lettera *v*; *p*) coordina il Network nazionale in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, in qualità di *Focal Point* italiano nel Network informativo dell'Agenzia europea per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; *q*) supporta l'attività di monitoraggio del Ministero della salute sulla applicazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) relativi alla sicurezza nei luoghi di lavoro.

Infine, l'art. 9, comma 7, affida all'IPSEMA, con la finalità di ridurre il fenomeno infortunistico, una serie di compiti che si aggiungono alle tradizionali competenze di tale istituto quale gestore dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali del settore marittimo[1244].

### 7.6. Le attività di supporto e promozionali

L'art. 1, comma 2, lett. *p*, della l. n. 123 del 2007 ha previsto, come ulteriore criterio di delega, la promozione della cultura e delle azioni di prevenzione[1245] attraverso: 1) la realizzazione di un sistema di governo per la definizione, tramite forme di partecipazione tripartita, di progetti formativi, con particolare riferimento alle piccole, medie e micro imprese, da indirizzare, anche attraverso il sistema della bilateralità, nei confronti di tutti i soggetti del sistema di prevenzione aziendale; 2) il finanziamento degli investimenti in materia di salute e sicurezza sul lavoro delle piccole, medie e micro imprese, i cui oneri siano sostenuti dall'INAIL, nell'ambito e nei limiti delle spese istituzionali dell'Istituto (per tali finanziamenti deve essere garantita la semplicità delle procedure); 3) la promozione e la divulgazione della cultura della salute e della sicurezza sul lavoro all'interno dell'attività scolastica ed universitaria e nei percorsi di formazione, nel rispetto delle disposizioni vigenti e in considerazione dei relativi principi di autonomia didattica e finanziaria.

L'art. 10 del d.lgs. n. 81 del 2008, sulla falsariga di quanto previsto nell'art. 24 del d.lgs. n. 626 del 1994, delinea un'importante funzione di supporto alle imprese per la gestione della prevenzione, affidando ad un'ampia gamma di soggetti pubblici e privati[1246] lo svolgimento, anche mediante convenzioni, di attività di informazione, assistenza, consulenza, formazione, promozione in materia di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro, in particolare nei confronti delle imprese artigiane, delle imprese agricole e delle piccole e medie imprese e delle rispettive associazioni dei datori di lavoro.

A differenza del comma 2 dell'analoga norma precedente, l'art. 10 non prevede esplicitamente l'incompatibilità tra l'attività di consulenza e quella di vigilanza, ma si tratta di una lacuna solo apparente, visto che tale incompatibilità è più in generale affermata a chiare lettere nell'art. 13, comma 5 (v. *infra* § 7.8). Resta semmai il rammarico per la mancata individuazione dei contenuti delle varie attività previste nella norma, non essendo sempre agevole distinguere – in particolare – consulenza e assistenza, non dovendosi trascurare che mentre la prima di tali attività è oggetto dell'incompatibilità, ciò non vale per la seconda.

Nella consapevolezza che un'efficace azione di prevenzione non può prescindere dalla creazione e dallo sviluppo di una cultura *ad hoc*, l'art. 11 disciplina le attività per promuovere tale cultura

---

[1244] Oltre ad alcuni dei compiti assegnati anche all'INAIL (art. 9, comma 4, lett. *a*, *b*, *d*), l'IPSEMA finanzia, nell'ambito e nei limiti delle proprie spese istituzionali, progetti di investimento e formazione in materia di salute e sicurezza sul lavoro e supporta, in raccordo con le amministrazioni competenti in materia di salute per il settore marittimo, anche mediante convenzioni con l'INAIL, le prestazioni di assistenza sanitaria riabilitativa per i lavoratori marittimi anche al fine di assicurare il loro reinserimento lavorativo.

[1245] Da finanziare, a decorrere dall'anno 2008, per le attività di cui ai successivi nn. 1) e 2), a valere, previo atto di accertamento, su una quota delle risorse di cui all'art. 1, comma 780, della l. n. 296 del 2006, accertate in sede di bilancio consuntivo per l'anno 2007 dell'INAIL.

[1246] Le Regioni e le Province autonome (tramite le ASL), il Ministero dell'interno (tramite le strutture del Corpo nazionale dei vigili del fuoco), l'ISPESL, il Ministero del lavoro, il Ministero dello sviluppo economico per il settore estrattivo, l'INAIL, l'IPSEMA, gli organismi paritetici e gli enti di patronato.

affidando alla Commissione consultiva permanente la definizione, in coerenza con gli indirizzi individuati dal Comitato di cui all'art. 5, delle attività promozionali della cultura e delle azioni di prevenzione, con particolare riferimento al finanziamento: di progetti di investimento da parte delle piccole imprese; di progetti formativi dedicati alle piccole imprese; delle attività degli istituti scolastici, universitari e di formazione professionale finalizzata all'inserimento nelle loro attività di specifici percorsi formativi interdisciplinari alle diverse materie scolastiche volti a favorire la conoscenza delle tematiche della salute e della sicurezza nel rispetto delle autonomie didattiche.

Ai fini della promozione e divulgazione della cultura della salute e sicurezza sul lavoro è inoltre riconosciuta agli istituti scolastici, universitari e di formazione professionale la facoltà di inserire nelle loro attività percorsi formativi interdisciplinari alle diverse materie scolastiche[1247]. C'è da chiedersi se la previsione di una *facoltà* corrisponda al criterio di delega (art. 1, comma 2, lett. *p*, n. 3), il quale, pur tenendo nella dovuta considerazione l'autonomia didattica di scuole e università, non pare che volesse rendere soltanto facoltative le predette attività.

All'INAIL spetta finanziare progetti di investimento e formazione in materia di salute e sicurezza sul lavoro rivolti in particolare alle piccole, medie e micro imprese e progetti volti a sperimentare soluzioni innovative e strumenti di natura organizzativa e gestionale ispirati ai principi di responsabilità sociale delle imprese. Inoltre, le amministrazioni pubbliche promuovono attività specificamente destinate ai lavoratori immigrati o alle lavoratrici, finalizzate a migliorare i livelli di tutela dei medesimi negli ambienti di lavoro[1248].

### 7.7. L'interpello

In ossequio al criterio di delega previsto nell'art. 1, comma 2, lett. *v*, della l. n. 123 del 2007, l'art. 12 del decreto introduce lo strumento dell'interpello previsto dall'art. 9 del d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124[1249] (come modificato dall'art. 1, comma 113, della l. 24 novembre 2006, n. 286, con cui è stato convertito, con modificazioni, il d.l. 3 ottobre 2006, n. 262), relativamente a quesiti di ordine generale sull'applicazione della normativa sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Per quanto riguarda la platea dei possibili soggetti interpellanti, il legislatore delegato conferma, con qualche precisazione, quella risultante dalla norma del 2004. Le organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori sono quelle comparativamente (e non maggiormente) più rappresentative sul piano nazionale. La mancata menzione della "categoria" fa sì che le predette organizzazioni possano essere anche le stesse confederazioni, ove comparativamente più rappresentative a livello nazionale. Pur comprensibile sul piano della ragionevolezza organizzativa, in

---

[1247] A tale proposito occorre ricordare che l'art. 4, comma 7, della l. n. 123 del 2007 aveva già disposto, a decorrere dall'anno scolastico 2007/2008, l'avvio, da parte dei Ministeri del lavoro e della pubblica istruzione, di progetti sperimentali in ambito scolastico e nei percorsi di formazione professionale volti a favorire la conoscenza delle tematiche in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro, nell'ambito delle dotazioni finanziarie e di personale disponibili e dei programmi operativi nazionali (PON): cfr. A. ANDREANI, L. ANGELINI, *Coordinamento e potenziamento dell'attività di prevenzione e di vigilanza*, cit.

[1248] In sede di prima applicazione, per il primo anno dall'entrata in vigore del decreto, le risorse di cui all'art. 1, comma 7-*bis* della l. n. 123 del 2007, come introdotto dall'art. 2, comma 533, della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008), sono utilizzate, secondo le priorità, ivi compresa una campagna straordinaria di formazione, stabilite, entro sei mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2008, con accordo adottato, previa consultazione delle parti sociali, in sede di Conferenza Stato-Regioni. Occorre ricordare che l'art. 10 della l. n. 123 del 2007 ha previsto che, a decorrere dal 2008, ai datori di lavoro sia concesso per il biennio 2008-2009, in via sperimentale, entro un limite di spesa pari a 20 milioni di euro annui, un credito d'imposta nella misura massima del 50% delle spese sostenute per la partecipazione dei lavoratori a programmi e percorsi certificati di carattere formativo in materia di tutela e sicurezza del lavoro.

[1249] M. BOMBARDELLI, *Commento all'art. 9 del d.lgs. n. 124/2004*, in *NLCC*, 2005, p. 936 ss.

quanto evita una eccessiva proliferazione degli interpelli, ci si potrebbe tuttavia chiedere quanto sia giustificata la limitazione del diritto di interpello alle organizzazioni maggiori, dato che le questioni da risolvere sono connesse alla tutela di beni costituzionali che, in quanto patrimonio di tutti, rivestono un interesse di rilevanza generale che trascende quello particolare del soggetto collettivo che ha posto il quesito.

La delimitazione degli interpellanti al solo livello nazionale si coglie anche a proposito dei consigli nazionali degli ordini e dei collegi professionali (i collegi non compaiono nell'art. 9 del d.lgs. n. 124 del 2004). Non essendovi alcuna limitazione, si deve ritenere che tutti gli ordini e collegi professionali regolarmente istituiti possano presentare interpelli. Al di là delle questioni più generali che aleggiano sulla compatibilità degli ordini professionali con la dimensione comunitaria, qui si avverte peraltro la perdurante carenza di disciplina delle libere professioni più strettamente connesse alla gestione della prevenzione, le quali, più di altre, si misurano quotidianamente con l'interpretazione delle norme in materia: il paradosso è che la mancanza di un ordine professionale impedirà di presentare interpelli proprio ai soggetti che potrebbero maggiormente ravvisarne la necessità.

Possono presentare interpelli anche gli enti pubblici nazionali e gli organismi associativi a rilevanza nazionale degli enti territoriali (ANCI, UPI ecc.). Occorre osservare che, mentre gli enti pubblici nazionali e gli organismi associativi a rilevanza nazionale degli enti territoriali possono presentare interpelli di propria iniziativa, gli altri soggetti (organizzazioni sindacali e consigli nazionali degli ordini e collegi professionali) possono farlo o di propria iniziativa o su segnalazione dei propri iscritti. Per la verità, pur non formalmente contemplata, la segnalazione da parte degli iscritti dovrebbe riguardare anche gli organismi associativi a rilevanza nazionale degli enti territoriali in quanto soggetti portatori della rappresentanza di questi ultimi, sebbene nella richiesta di interpello non debba figurare la segnalazione dell'ente iscritto. Fermo restando che, ad esempio, l'associazione nazionale dei comuni, facendo leva sul dato testuale dell'art. 12, potrebbe legittimamente rifiutarsi di proporre un interpello segnalato da uno dei comuni ad essa iscritto, si può dubitare che un simile comportamento possa rivelarsi conveniente per l'associazione.

Come accade nella norma del 2004, anche in quella del 2008 non è prevista alcuna legittimazione per i singoli, siano essi datori di lavoro, consulenti o lavoratori, i quali potranno sollevare le questioni tramite le associazioni o gli ordini a cui siano iscritti avvalendosi della segnalazione di cui parla l'art. 12. Non è chiaro se la segnalazione dell'iscritto obblighi l'ente di rappresentanza a presentare l'interpello, sebbene la relativa legittimazione, configurata solo in capo a tale ente, sembrerebbe ricomprendere anche un potere di valutazione circa l'opportunità di presentazione dell'interpello.

I predetti soggetti possono rivolgere, esclusivamente tramite posta elettronica, quesiti di ordine generale sull'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza del lavoro alla Commissione per gli interpelli costituita presso il Ministero del lavoro e composta, rispettando scrupolosamente il principio di leale collaborazione[1250], da due rappresentanti del Ministero del lavoro, due rappresentanti del Ministero della salute (dopo la recente unificazione dei due Ministeri, saranno quattro rappresentanti del nuovo Ministero del Welfare) e quattro rappresentanti delle Regioni e Province autonome. Qualora la materia oggetto di interpello investa competenze di

[1250] Cfr. S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 45.

altre amministrazioni pubbliche, la Commissione è integrata con rappresentanti delle stesse. L'attività che sarà svolta da tale Commissione – che non comporta oneri per la finanza pubblica – appare di notevole importanza specialmente se si considera la complessità della disciplina e le sue possibili diverse interpretazioni per la presenza dei tanti soggetti preposti al controllo sulla sua applicazione. Nonostante il silenzio della legge, la Commissione dovrà dotarsi di un proprio regolamento per svolgere le sue funzioni, individuando anche i principi in base ai quali adottare le proprie decisioni. Data la delicatezza della materia, è certamente auspicabile che le decisioni siano adottate all'unanimità[1251] o, al massimo a maggioranza qualificata, non essendo invece ragionevole ricorrere alla regola del *calculus Minervae* che, dato il numero pari dei componenti la Commissione, sarebbe teoricamente applicabile in caso di parità: infatti, stante la composizione paritetica della Commissione, non possono escludersi radicali divergenze tra "ministeriali" e "regionali" che, con quella regola, vedrebbero sempre prevalere la componente che abbia espresso il presidente. A quest'ultimo proposito, l'art. 12 nulla dice in ordine alla spettanza di tale carica, limitandosi soltanto a prevedere, dal punto di vista organizzativo, la collocazione della Commissione presso il Ministero del lavoro. In verità, considerando che quando il legislatore delegato ha inteso individuare direttamente il presidente di un organismo lo ha fatto esplicitamente (v. gli artt. 5 e 6), anche in omaggio al principio della leale collaborazione sembra ragionevole ipotizzare che il regolamento della Commissione per gli interpelli attribuisca le funzioni di presidenza secondo un criterio di alternanza tra le due componenti. Lo stesso regolamento dovrà inoltre disciplinare le modalità di integrazione della Commissione con i rappresentanti delle altre amministrazioni la cui competenza sia investita dalla materia oggetto dell'interpello, dovendo altresì determinare se tali membri aggregati dispongano di voto deliberativo (come pare sostenibile) o solo consultivo. Un ulteriore oggetto del regolamento riguarderà i tempi entro cui dovranno essere rese le risposte, dovendosi comunque auspicare, pur nel silenzio della legge, la massima tempestività. In tal senso, però, non depone favorevolmente il "costo zero" che aleggia sulla nuova disposizione, che invece meriterebbe di essere ampiamente valorizzata anche in termini di risorse umane, strumentali e finanziarie. Ugualmente silente è il legislatore delegato in ordine alle conseguenze della mancata risposta agli interpelli. Anche di tali questioni dovrebbe occuparsi il futuro regolamento della Commissione per gli interpelli che meriterebbe quindi un preventivo ed approfondito confronto tra Ministeri e Regioni.

Fermo restando che i quesiti da sottoporre alla Commissione sono esclusivamente "di ordine generale", non potendo quindi riguardare singoli casi concreti (pena l'inammissibilità), non sembra dubbio che la "normativa in materia di salute e sicurezza del lavoro" sulla cui applicazione vertono gli interpelli sia senz'altro quella nazionale di rango legislativo e regolamentare[1252]. Peraltro, dato che l'art. 12 non pone limitazioni al riguardo e che la materia in esame rientra anche nella competenza legislativa concorrente *ex* art. 117 Cost., ci si può chiedere se anche le normative regionali possano costituire oggetto di interpelli ove, beninteso, il quesito sia di ordine generale. Se si tiene conto del carattere nazionale di tutti i soggetti legittimati a proporre gli interpelli e, nel

---

[1251] P. RAUSEI, *L'interpello*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 359 ss., qui p. 361.

[1252] Cfr. già la circolare del Ministero del lavoro del 23 dicembre 2004, n. 49.

contempo, della composizione "concorrente" della Commissione per gli interpelli, sembra ragionevole sostenere che gli interpelli possano riguardare anche le norme regionali almeno nei casi in cui "integrino o applichino la normativa nazionale in materia di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro"[1253].

Quanto al fatto se gli interpelli possano riguardare anche i pronunciamenti ministeriali o regionali (note, circolari, pareri ecc.), non v'è dubbio che essi non possano rientrare nel concetto di "normativa" di cui all'art. 12[1254]. Ci si potrebbe semmai chiedere se possano rientrare nel concetto di "applicazione" della normativa, riferendosi al fatto che, normalmente, quei pronunciamenti indicano ai destinatari come applicare le norme di legge. Non sembra tuttavia che questa sia stata l'intenzione del legislatore delegato, il quale, apprestando una Commissione composta da rappresentanti ministeriali e regionali ha piuttosto inteso far sì che, mediante le risposte agli interpelli, Stato e Regioni forniscono la propria congiunta interpretazione delle norme in materia.

A differenza della previsione dell'art. 9 del d.lgs. n. 124 del 2004 (ma anche di quella dell'art. 11 della l. 27 luglio 2000, n. 212, che disciplina l'omonimo ma differente istituto dell'interpello del contribuente), l'art. 12 del nuovo decreto legislativo non riconnette all'adeguamento alle indicazioni fornite in sede di interpello l'esclusione delle sanzioni (penali, civili e amministrative), ma, assai più opportunamente, si limita a prevedere che quelle indicazioni costituiscano criteri interpretativi e direttivi per l'esercizio delle attività di vigilanza. Quest'ultima previsione non sembra incoerente con il principio di delega[1255]: il fatto che questo richiamasse espressamente l'art. 9 del d.lgs. n. 124 del 2004 non può significare che l'istituto disciplinato da tale norma dovesse essere trasposto *sic et simpliciter*, richiedendo invece di essere adattato alle specificità della materia della sicurezza sul lavoro. A ben guardare, la mancata trasposizione della previsione relativa all'esclusione delle sanzioni evita che la nuova norma possa incorrere in una non improbabile censura di incostituzionalità, essendo almeno dubbio, in base ai principi, che la responsabilità penale possa essere esclusa dall'adeguamento ad una interpretazione di una norma, presidiata da sanzione penale, fornita da un organo amministrativo.

Per altro verso, la formulazione dell'art. 12, comma 3, tenendo in debito conto uno degli aspetti più specifici dell'attuale disciplina della sicurezza del lavoro – vale a dire la pluralità degli organismi preposti al controllo –, rappresenta un deciso sostegno all'uniformità degli indirizzi per l'attività di vigilanza, oltre a contribuire ad orientare preventivamente il comportamento dei datori di lavoro[1256]. Rispetto al primo punto, il fatto che le indicazioni fornite nella risposta all'interpello costituiscano criteri interpretativi e direttivi per l'esercizio dell'attività di vigilanza (ovviamente su tutto il territorio nazionale ed a prescindere dall'organismo preposto alla vigilanza) orienterà uniformemente i comportamenti del personale ispettivo, senza peraltro vincolarli oltre misura ove quelle indicazioni fossero errate (come ben potrebbe accadere) o non si attagliassero esattamente al caso di specie, non dovendosi del resto dimenticare che, nello svolgimento della propria attività di vigilanza, tale personale riveste la qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria. Semmai sarà

---

[1253] P. RAUSEI, *L'interpello*, cit., p. 360.

[1254] P. RAUSEI, *L'interpello*, cit., p. 361.

[1255] Come sostiene P. RAUSEI, *L'interpello*, cit., p. 362.

[1256] S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 45.

interessante verificare se, proprio per lo stretto raccordo di azione tra la magistratura ed il personale ispettivo, quelle indicazioni influenzeranno anche gli orientamenti giurisprudenziali. Per altro verso, non sembra che, con la previsione dell'art. 12, comma 3, si crei una sovrapposizione tra la Commissione per gli interpelli e gli organismi preposti all'indirizzo ed al coordinamento dell'attività di vigilanza[1257]. Diversi, infatti, sono i ruoli della Commissione per gli interpelli, che fornisce risposte tecniche a quesiti tecnici; del Comitato nazionale di cui all'art. 5, che svolge una funzione di indirizzo politico e di coordinamento delle attività di vigilanza; dei Comitati regionali di cui all'art. 7, che coordinano la vigilanza sul territorio; della stessa Commissione consultiva permanente di cui all'art. 6, la quale esamina sì i problemi applicativi della normativa, ma essenzialmente al fine di formulare proposte per lo sviluppo ed il perfezionamento della legislazione vigente. Ruoli distinti, quindi, che dovranno semmai integrarsi utilmente. Rispetto a tutto ciò, la funzione orientativa delle indicazioni fornite dalla Commissione per gli interpelli può anzi, come anticipato, svolgere un valido supporto tecnico a tutti gli organismi preposti alla vigilanza.

Quanto ai riflessi delle indicazioni fornite nella risposta all'interpello sui comportamenti dei destinatari della normativa, sebbene il legislatore non abbia attribuito alcun effetto diretto all'adeguamento alle predette indicazioni, non può affatto escludersi che tale adeguamento non possa essere apprezzato sia dal personale ispettivo sia dal giudice del caso di specie in ordine alla valutazione dell'elemento psicologico del reato eventualmente contestato. Sarà poi l'esperienza a dire se la scelta *soft* del legislatore delegato, oltre che opportuna, sia stata lungimirante.

### 7.8. La vigilanza

Contrariamente alle attese, il d.lgs. n. 81 del 2008 non ha modificato il variegato sistema delle competenze sulla vigilanza in materia risultante dall'art. 23 del d.lgs. n. 626 del 1994, ma ha sostanzialmente ribadito l'attuale ripartizione esistente tra i vari organismi, prevedendo peraltro la possibilità di un ampliamento delle funzioni degli organi ispettivi del Ministero del lavoro. Se si guardano i criteri di delega[1258], non è difficile riscontrare come il d.lgs. n. 81 del 2008 abbia tenuto conto assai più del "coordinamento" che della "razionalizzazione" delle attività di vigilanza, come emerge del resto dall'art. 13 quando puntualizza che la vigilanza è esercitata nel rispetto del coordinamento di cui agli artt. 5 e 7.

Ad onor del vero, la difficoltà del legislatore delegato di razionalizzare il sistema di vigilanza va rintracciata sul piano dei delicati equilibri politici tra Governo centrale e Regioni, su cui si riflette (come già messo in luce in altra sede[1259]) l'intreccio delle competenze. In una puntuale ricostruzione[1260] si è rilevato come la giurisprudenza costituzionale abbia affermato che il potere di selezione del livello territoriale più adeguato allo svolgimento delle funzioni amministrative in una

---

[1257] P. RAUSEI, *L'interpello*, cit., p. 363.

[1258] Cfr. art. 1, comma 2, lett. *q*, della l. n. 123 del 2007, che prevede la razionalizzazione e il coordinamento delle strutture centrali e territoriali di vigilanza nel rispetto dei principi di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 758 del 1994 e dell'art. 23, comma 4, del d.lgs. n. 626 del 1994, al fine di rendere più efficaci gli interventi di pianificazione, programmazione, promozione della salute, vigilanza, nel rispetto dei risultati verificati, per evitare sovrapposizioni, duplicazioni e carenze negli interventi e valorizzando le specifiche competenze, anche riordinando il sistema delle amministrazioni e degli enti statali aventi compiti di prevenzione, formazione e controllo in materia e prevedendo criteri uniformi ed idonei strumenti di coordinamento.

[1259] P. PASCUCCI, *Fondamenti della competenza in materia di vigilanza*, cit., p. 254.

[1260] A. TROJSI, *Competenze legislative e funzioni amministrative*, cit., p. 58 ss.

certa materia segue il riparto di competenza normativa di cui all'art. 117 Cost., potendo l'allocazione di funzioni amministrative essere effettuata dallo Stato solo nelle materie di propria legislazione esclusiva, mentre alle Regioni spetta in tutte le altre materie (sia di competenza concorrente sia di competenza esclusiva regionale). Tale regola del "parallelismo" tra competenze legislative e funzioni amministrative incontra tuttavia una deroga là dove sorga un'esigenza di esercizio unitario di tali funzioni. È ancora una volta la Corte costituzionale a precisare che è il legislatore statale ad avere "titolo per assumere e regolare l'esercizio di funzioni amministrative", anche "su materie in relazione alle quali esso non vanti una potestà legislativa esclusiva, ma solo una potestà concorrente", appunto quando occorra soddisfare "istanze unitarie che pure in assetti costituzionalmente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze"[1261]. Il fondamento di tale deroga si rintraccia nell'art. 118, comma 1, Cost., là dove prevede che le funzioni amministrative possono essere allocate ad un livello di governo diverso da quello comunale per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Cosicché, quando emergano esigenze di carattere unitario, spetta al legislatore statale attribuire con legge funzioni amministrative a livello centrale, anche se attinenti a materie di competenza regionale. Anche in questo caso vale peraltro il principio della leale collaborazione fra lo Stato e le Regioni.

Per la verità, la Corte costituzionale non si è direttamente occupata della vigilanza sulla disciplina prevenzionistica, sebbene non si sia recentemente mancato di osservare che alcune indicazioni in materia potrebbero essere indirettamente tratte da quella pronuncia della Corte in cui essa si è invece occupata di vigilanza sul lavoro (con riferimento al d.lgs. n. 124 del 2004)[1262]. La Corte ha affermato – in omaggio ad una regola che è stata definita dell'"accessorietà"[1263] – che la vigilanza è strumentale alla disciplina di riferimento, non essendo possibile determinare la competenza a regolare un'attività di vigilanza indipendentemente dalla individuazione della materia a cui essa si riferisce. Ne consegue che la vigilanza sul lavoro non sempre rientra nella materia, di competenza concorrente, della "tutela e sicurezza del lavoro", ma invece, essendo connotata dal suo oggetto, la competenza in materia segue quella dei profili sostanziali cui essa di volta in volta attiene[1264], ben potendo quindi essere, nel caso della disciplina strettamente "lavoristica" riconducibile alla competenza esclusiva statale.

Dato che la Corte ha escluso radicalmente la vigilanza sulla disciplina prevenzionistica dal raggio di azione del d.lgs. n. 124 del 2004 (v. art. 1, comma 1, di tale decreto), ci si potrebbe chiedere se, implicitamente, la potestà normativa in merito a tale vigilanza per i profili attinenti alla competenza concorrente di cui all'art. 117, comma 3, Cost, vada riconosciuta alle Regioni, conseguendone poi l'attribuzione delle relative funzioni amministrative ad un livello decentrato. Senonché, stante l'intreccio di profili che, così come nel caso della disciplina sostanziale di riferimento, ca-

---

[1261] Corte cost., 25 settembre-1° ottobre 2003, n. 303, in *GU*, 8 ottobre 2003; Corte cost., 2 ottobre 2006, n. 323, in *GU*, 11 ottobre 2006.

[1262] Corte cost., 11 ottobre 2005, n. 384, in *GU*, 19 ottobre 2005.

[1263] L. NOGLER, Divide et impera*: sull'irrealistico riparto di competenze proposto dalla Corte in tema di vigilanza in materia di lavoro*, in *Le regioni*, p. 448 ss., qui p. 449.

[1264] L. NOGLER, *Il riparto di competenze stato-regioni in tema di vigilanza sul lavoro*, in *NLCC*, p. 877 ss., qui p. 879.

ratterizzano la vigilanza e che, come tali, rientrano in parte nella competenza normativa ed amministrativa regionale, ma in parte anche in quella statale, l'unica soluzione praticabile pare il ricorso a strumenti di leale collaborazione tra gli enti coinvolti, ed in particolare alle intese interistituzionali[1265].

Appurato che le esigenze di unitarietà in materia, da un lato, e la complessità dei profili toccati, dall'altro, presuppongono che qualsiasi intervento regolatore della vigilanza, pur caratterizzandosi in termini di omogeneità sul territorio nazionale, non può non coinvolgere in una logica di leale collaborazione anche le Regioni, si può riscontrare come le molteplici competenze previste in tema di vigilanza prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2008 risultassero tutte disciplinate da leggi statali o da atti che trovavano il proprio fondamento in leggi dello Stato, le quali, in quanto antecedenti alla riforma costituzionale del 2001, non potevano certo tenere conto del ruolo delle Regioni. L'occasione della razionalizzazione preconizzata dalla l. n. 123 del 2007 rappresentava quindi una preziosa opportunità per riordinare il sistema della vigilanza con il fattivo concorso delle Regioni, le quali, oltretutto – dopo la riforma sanitaria approvata con la l. 23 dicembre 1978, n. 833 – costituiscono pur sempre il referente amministrativo degli organi depositari delle principali competenze in materia (le ASL).

Come anticipato, il legislatore delegato non è stato in grado di predisporre un nuovo assetto della vigilanza, sebbene, come risulta chiaramente dal comma 3 dell'art. 13, il riordino complessivo delle competenze in tema di vigilanza aleggia. Come si è già avuto occasione di osservare a proposito di alcune norme di diretta attuazione della l. n. 123 del 2007 (artt. 5 e 12)[1266], anche considerando la scarsa attenzione per il sostegno agli organismi ispettivi delle ASL[1267] (come invece presuppone anche il Patto per la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro[1268]), più di un segnale sembrerebbe indicare la presenza di un disegno teso a riposizionare al centro del sistema di vigilanza il personale ispettivo del Ministero del lavoro[1269]. Si tratta di una questione delicatissima sulla quale si gioca buona parte dell'effettività della disciplina in esame e che tocca il fondamento stesso in base al quale la riforma sanitaria del 1978 aveva ricondotto la competenza in capo alle

---

[1265] A. TROJSI, *Competenze legislative e funzioni amministrative*, cit., p. 65; O. BONARDI, *La sicurezza del lavoro nella Comunità europea*, cit., pp. 559-460.

[1266] L'art. 12 della l. n. 123 del 2007 ha autorizzato il Ministero del lavoro ad immettere in servizio, a decorrere dal mese di gennaio 2008, 300 nuovi ispettori del lavoro risultati idonei in concorsi pubblici, autorizzando altresì le relative coperture finanziarie. L'art. 24-*quater* della l. 28 febbraio 2008, n. 31, con cui è stato convertito in legge, con modificazioni, il d.l. 31 dicembre 2007, n. 248 (c.d. decreto "milleproroghe"), ha poi prorogato fino al 10 dicembre 2010 l'efficacia della graduatoria dei concorsi pubblici per ispettore del lavoro di cui si parla nel testo. Cfr. P. PASCUCCI, *Assunzione di ispettori del lavoro*, in M. RUSCIANO e G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*. *Appendice di aggiornamento*, cit., p. 47 ss.

[1267] Sul punto v. anche F. CARINCI, *La telenovela del T.U. sulla sicurezza*, cit., p. 353.

[1268] Si tratta dell'Accordo raggiunto il 1° agosto 2007, ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 281 del 1997, in sede di Conferenza permanente Stato-Regioni, concernente il "Patto per la tutela della salute e la prevenzione nei luoghi di lavoro", recepito nel d.P.C.M. 17 dicembre 2007 (in *GU* n. 3 del 4 gennaio 2008), su cui v. M. MASI, *La cultura della sicurezza e della prevenzione nel nuovo testo unico*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 119 ss., qui p. 122; P. PASCUCCI, *Fondamenti della competenza in materia di vigilanza*, cit., p. 254.

[1269] Come rileva anche F. CARINCI, *La telenovela del T.U. sulla sicurezza*, cit., pp. 352-353. V. già G. DONDI, *Vigilanza e controlli*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., p. 241 ss., qui p. 246; M. LANOTTE, *La tutela delle condizioni di lavoro: le funzioni di vigilanza*, in L. GALANTINO (a cura di), *La sicurezza del lavoro. Commento al decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 233 ss., qui pp. 274-275.

ASL sottraendola agli Ispettorati del lavoro: l'inquadramento della vigilanza come uno dei principali strumenti della prevenzione[1270]. Nessuno ovviamente auspica rese dei conti tra Ministero e Regioni sullo stile della celebre *sfida all'O.K. Corral*. Solo il dialogo ed il confronto possono agevolare una soluzione vantaggiosa per tutti, *in primis* per le imprese e i lavoratori: sotto questo profilo, l'applicazione del decreto, che pone spesso Ministero e Regioni fianco a fianco, potrebbe costituire la giusta occasione per riflettere insieme sulle possibili soluzioni.

L'art. 13 delinea il seguente quadro delle competenze in tema di vigilanza.

Il perno del sistema è costituito da una competenza generale in materia attribuita ai servizi delle ASL[1271]. Per quanto sostanzialmente generale, tale competenza non è tuttavia totalmente esclusiva, giacché, o in ragione di specifici rischi, o per le peculiarità di certi settori e/o attività, il legislatore attribuisce la competenza ad altri soggetti.

Per quanto riguarda specifici rischi (e quindi a prescindere dalle attività in cui essi si evidenziano), il legislatore assegna una competenza generale ed esclusiva al Corpo nazionale dei vigili del fuoco per la protezione e la vigilanza antincendi[1272].

Per quanto concerne specifici settori o attività, il Ministero dello sviluppo economico è competente per il settore minerario[1273] (peraltro fino all'effettiva attuazione del trasferimento di competenze da adottarsi ai sensi del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300), mentre le Regioni e le Province autonome hanno competenza per le industrie estrattive di seconda categoria (cave) e le acque minerali e termali[1274]. Sempre a proposito di specifici settori o attività, in attesa del complessivo riordino delle competenze in tema di vigilanza sull'applicazione della legislazione in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, restano ferme le competenze in materia di salute e sicurezza dei lavoratori attribuite alle autorità marittime a bordo delle navi ed in ambito portuale, agli uffici di sanità aerea e marittima, alle autorità portuali ed aeroportuali, per quanto riguarda la sicurezza dei lavoratori a bordo di navi e di aeromobili ed in ambito portuale ed aeroportuale[1275], nonché ai Servizi sanitari e tecnici istituiti per le Forze armate e per le Forze di polizia[1276] e per i Vigili del fuoco[1277].

Esiste poi una competenza del personale ispettivo del Ministero del lavoro, esercitatile previa informazione al servizio di prevenzione e sicurezza della ASL competente per territorio, nelle

---

[1270] Cfr. P. PASCUCCI, *Fondamenti della competenza in materia di vigilanza*, cit., *passim*.

[1271] Come già previsto dall'art. 21 della l. n. 833 del 1978 (riforma sanitaria) e dall'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 626 del 1994.

[1272] Cfr. gli artt. 36 e 37 del d.P.R. 29 luglio 1982, n. 577, nonché l'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 626 del 1994.

[1273] Cfr. l'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 626 del 1994, confermato dall'art. 3 del d.lgs. n. 624 del 1996.

[1274] Cfr. l'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 626 del 1994, come modificato dall'art. 10 del d.lgs. 19 marzo 1996, n. 242.

[1275] Cfr. l'art. 2, comma 2, del d.m. 22 febbraio 1984, nonché l'art. 23, comma 4, del d.lgs. n. 626 del 1994.

[1276] Cfr. l'art. 23, comma 4, primo periodo, del d.lgs. n. 626 del 1994.

[1277] Tutti questi servizi sono altresì competenti per le aree riservate o operative e per quelle che presentano analoghe esigenze da individuarsi, anche per quel che riguarda le modalità di attuazione, con decreto del Ministro competente di concerto con i Ministri del lavoro e della previdenza sociale e della salute. L'Amministrazione della giustizia può avvalersi dei servizi istituiti per le Forze armate e di polizia, anche mediante convenzione con i rispettivi Ministeri, nonché dei servizi istituiti con riferimento alle strutture penitenziarie (cfr. l'art. 23, comma 4, secondo periodo, del d.lgs. n. 626 del 1994).

stesse ipotesi già previste in precedenza[1278], a cui potranno aggiungersi ulteriori attività lavorative comportanti rischi particolarmente elevati, individuabili con un apposito decreto[1279]. A tale proposito, si è adombrato un sospetto di incostituzionalità dell'art. 13 per un eccesso di delega in quanto l'art. 1, comma 2, lett. *q*, della l. n. 123 del 2007, prevedendo il rispetto dei principi di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 758 del 1994 e dell'art. 23, comma 4, del d.lgs. n. 626 del 1994, non avrebbe consentito di individuare ulteriori competenze degli ispettori del lavoro, o addirittura alcuna competenza degli stessi[1280]. Tale opinione non pare convincente, essendo peraltro qui doveroso rivedere l'impostazione in base alla quale la si era sottoposta a critica in un primo tempo[1281].

Al di là del fatto che i principi di cui all'art. 23, comma 4, del d.lgs. n. 626 del 1994 risultano rispettati dall'art. 13, comma 3, del d.lgs. n. 81 del 2008, il richiamo nella delega al rispetto anche dei principi di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 758 del 1994 imponeva al legislatore delegato di non stravolgere la definizione di "organo di vigilanza" che il comma 1, lett. *b*, di tale norma identifica nel personale ispettivo delle ASL (in virtù del riferimento all'art. 21, comma 3, della l. n. 833 del 1978)[1282] "fatte salve le diverse competenze previste da altre norme". Prima dell'emanazione del d.lgs. n. 81 del 2008, tra queste altre norme rientrava indubbiamente anche l'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 626 del 1994, il quale, lungi dall'individuare direttamente le competenze degli ispettori ministeriali, aveva previsto che, per attività lavorative comportanti rischi particolarmente elevati (da individuare con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta dei Ministri del lavoro e della sanità, sentita la Commissione consultiva permanente), l'attività di vigilanza sull'applicazione della legislazione in materia di sicurezza potesse essere esercitata anche dall'Ispettorato del lavoro previa informazione al servizio di prevenzione e sicurezza della USL competente per territorio (l'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 626 del 1994 aveva poi ricevuto attuazione mediante il d.P.C.M. n. 412 del 1997). Confermando – nell'art. 13, comma 2, lett. *a* e *b*, del d.lgs. n. 81 del 2008 – la competenza concorrente del personale ispettivo del Ministero del lavoro per le stesse ipotesi già indicate nel d.P.C.M. n. 412 del 1997 (e, quindi, di riflesso, nell'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 626 del 1994), il legislatore delegato ha correttamente rispettato il principio dell'art. 19 del d.lgs. n. 758 del 1994 consistente nella salvezza delle "diverse competenze previste da altre norme". La correttezza di tale operazione non pare contraddetta dal fatto che, poi, lo stesso d.lgs. n. 81 del 2008 abbia abrogato l'art. 23, comma 2 (come anche l'art. 23, comma 4) del d.lgs. n. 626 del 1994 (mediante l'integrale abrogazione del decreto del 1994 *ex* art. 304, comma 1, lett. *a*): infatti, una volta recepiti i principi connessi alla delega, ora inverati in nuove

---

[1278] Cfr. l'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 626 del 1994 e, in particolare, l'art. 1, comma 2, del d.P.C.M. 14 ottobre 1997, n. 412 che si riferisce a: *a*) attività nel settore delle costruzioni edili o di genio civile e più in particolare lavori di costruzione, manutenzione, riparazione, demolizione, conservazione e risanamento di opere fisse, permanenti o temporanee, in muratura e in cemento armato, opere stradali, ferroviarie, idrauliche, scavi, montaggio e smontaggio di elementi prefabbricati; lavori in sotterraneo e gallerie, anche comportanti l'impiego di esplosivi; *b*) lavori mediante cassoni in aria compressa e lavori subacquei.

[1279] Si tratta di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su proposta dei Ministri del lavoro e della salute, sentito il Comitato di cui all'art. 5 e previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni. Anche per queste attività la vigilanza del personale ispettivo del Ministero del lavoro si esercita previa informazione al servizio di prevenzione e sicurezza della ASL competente per territorio.

[1280] P. RAUSEI, *Il nuovo sistema istituzionale della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 252.

[1281] Ci si riferisce alle considerazioni originariamente contenute nel § 7.8 (pp. 81-83) della prima versione di questo scritto, già pubblicata nei WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-73/2008, sviluppate in base ad una non attenta lettura dell'art. 1, comma 2, lett. *q*, della l. n. 123 del 2007, della quale chi scrive fa ammenda nei confronti dei lettori di quella prima versione e, in particolare, dell'Autore citato alla nota precedente.

[1282] Come già visto, il principio di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 758 del 1994 relativo alla competenza delle ASL è stato pienamente rispettato nell'art. 13, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2008.

disposizioni, nulla impediva al legislatore delegato di eliminare quelle vecchie disposizioni. Si tratta, fra l'altro, di quanto è avvenuto anche a proposito di tante altre vecchie norme abrogate dal d.lgs. n. 81 del 2008 che ne ha tuttavia "recepito" i contenuti.

Per la verità, l'art. 13 del d.lgs. n. 81 del 2008 non si è limitato a riproporre sotto nuova veste il combinato disposto dell'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 626 del 1994 e del d.P.C.M. n. 412 del 1997, ma ha previsto la possibilità di ulteriori competenze per il personale ispettivo del Ministero del lavoro (art. 13, comma 2, lett. *c*). Senonché, anche in questo caso sembra trattarsi di un'operazione attuata nel rispetto di quel principio di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 758 del 1994 consistente nella salvezza delle "diverse competenze previste da altre norme" (ovviamente quali risultanti prima dell'emanazione del d.lgs. n. 81 del 2008), tra cui appunto il già menzionato art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 626 del 1994. Tale norma aveva una evidente portata programmatica che ben avrebbe potuto trovare ulteriore attuazione rispetto a quella intervenuta con il d.P.C.M. n. 412 del 1997, essendo sempre possibile modificare o integrare successivamente tale d.P.C.M. (mediante un atto di uguale natura, adottato secondo la stessa procedura) in presenza di altre attività lavorative comportanti rischi particolarmente elevati. In sostanza, l'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 626 del 1994 era una norma dinamica capace di adattarsi all'evoluzione delle attività lavorative e dei relativi rischi: facendone salve le disposizioni, l'art. 19 del d.lgs. n. 758 del 1994 valorizzava quindi anche il dinamismo di tale norma, assumendolo tra i propri principi. A ben guardare, l'art. 13, comma 2, lett. *c*, del d.lgs. n. 81 del 2008 non ha fatto altro che salvaguardare questo principio, riproducendo il dinamismo dell'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 626 del 1994, di cui non a caso ricalca la procedura, fatti salvi alcuni necessari adeguamenti (in luogo di quello della Commissione consultiva permanente, è previsto il parere del nuovo Comitato di cui all'art. 5, essendo inoltre richiesta l'intesa con la Conferenza Stato-Regioni a causa della sopravvenuta modifica del quadro delle competenze del Titolo V Cost.).

Ancora a proposito delle competenze delle strutture periferiche del Ministero del lavoro, si è osservato che questo "è l'unico organo di vigilanza il cui intervento è solo eventuale ('può esercitare l'attività di vigilanza') con attribuzione diretta del potere investigativo e di accertamento ai singoli ispettori ('personale ispettivo') e non già, come per tutte le altre istituzioni, agli organismi, con obbligo di preventiva informazione alla ASL competente". In sostanza, il ruolo "residuale e sussidiario degli ispettori del lavoro" sembrerebbe "il rattoppo alla mancanza nei criteri di delega di qualsiasi riferimento al Ministero del lavoro fra i titolari del potere di vigilanza"[1283]. Anche queste critiche appaiono prive di fondamento. Il fatto che la legge delega non menzionasse il Ministero del lavoro a proposito di vigilanza costituisce un aspetto che, al di là di ogni valutazione nel merito, non può certo comportare conseguenze per il legislatore delegato. In ogni caso, la indiscutibile configurazione della titolarità del potere di vigilanza in capo agli ispettori e non all'organismo non sembra in grado di alterare il quadro complessivo delle competenze[1284]. Quanto poi alla questione

---

[1283] P. RAUSEI, *Il nuovo sistema istituzionale della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 253.

[1284] L'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 626 del 1994 parlava di Ispettorato del lavoro e non di personale ispettivo, mentre nell'art. 1 del d.P.C.M. n. 412 del 1997 ci si riferiva ai Servizi di ispezione del lavoro delle Direzioni provinciali del lavoro. Peraltro, non va dimenticato che anche gli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 124 del 2004 evocano direttamente il personale ispettivo per quanto riguarda le funzioni di vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale, ben potendosi ad esse fare riferimento anche per quanto concerne la salvezza posta nell'*incipit* dell'art. 13, comma 2, del d.lgs. n. 81 del 2008 ("ferme restando le competenze…"). E sempre al personale ispettivo

della presunta "eventualità" del potere, il "può" in questione non sta ad indicare il carattere eventuale dell'esercizio del potere di vigilanza, quanto la legittimazione ad esercitarlo, non dovendosi dimenticare che, dopo l'avvento della riforma sanitaria del 1978, i poteri di vigilanza in materia di cui erano titolari gli Ispettorati del lavoro sono stati conferiti alle ASL, le quali, da quel momento, sono divenuti i soggetti depositari della competenza generale in tema di vigilanza, seppure con i limiti di cui si faceva cenno in precedenza[1285]. Il "può" ha quindi valore permissivo, rimuovendo una situazione che impediva agli ispettori del lavoro di esercitare il potere di vigilanza (v. già l'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 626 del 1994[1286]). Analoghe considerazioni valgono per quanto concerne la previsione della previa informazione alle ASL.

Sempre con riferimento a specifici rischi, l'art. 13 nulla dice a proposito delle competenze attribuite all'Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente (ANPA) in materia di vigilanza sui rischi derivanti da radiazioni ionizzanti[1287]. Finora tale competenza dell'ANPA è stata concorrente con quella del personale ispettivo del Ministero del lavoro, salvo nel caso delle macchine radiogene, ove la competenza dell'ANPA è stata concorrente con quella delle ASL. Ugualmente silente è l'art. 13 in relazione alle competenze del personale ispettivo del Ministero del lavoro per gli impianti ferroviari[1288]. Tuttavia, in questo caso, stante la previsione (nell'art. 3, commi 2 e 3, del nuovo decreto) di una disciplina regolamentare di coordinamento, la questione dovrebbe presto trovare definizione.

L'ultimo comma dell'art. 13 fa salvo quanto previsto dall'art. 64 del d.P.R. 19 marzo 1956, n. 303. Si tratta di una disposizione dedicata alle attività tramite cui si svolgono le ispezioni e che, originariamente destinata agli ispettori del lavoro, dopo la riforma sanitaria del 1978 era divenuta patrimonio (anche) dei servizi ispettivi delle ASL. Opportunamente, a scanso di equivoci, l'art. 13 del d.lgs. n. 81 del 2008 riferisce ora quelle attività agli organi di vigilanza competenti, come individuati dal decreto[1289].

Sempre in attuazione di quanto previsto nella delega[1290], si prevede inoltre che l'importo delle somme che la ASL, in qualità di organo di vigilanza, ammette a pagare in sede amministrativa ai sensi dell'art. 21, comma 2, primo periodo, del d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, integra l'apposito

---

si fa espresso riferimento nell'art. 14 del d.lgs. n. 81 del 2008 in relazione alla sospensione dell'attività imprenditoriale, come del resto già accadeva negli ora abrogati artt. 36-*bis* della l. 4 agosto 2006, n. 248 ("legge Bersani") e 5 della l. n. 123 del 2007.

[1285] V. *amplius* P. PASCUCCI, *Fondamenti della competenza in materia di vigilanza*, cit., *passim*.

[1286] Nonché l'art. 1 del d.P.C.M. n. 412 del 1997.

[1287] Dall'art. 59, comma 2, del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 230.

[1288] Cfr. l'art. 35 della l. n. 191 del 1974.

[1289] La norma prevede che gli ispettori hanno facoltà di visitare, in qualsiasi momento ed in ogni parte, i luoghi di lavoro e le relative dipendenze, di sottoporre a visita medica il personale occupato, di prelevare campioni di materiali o prodotti ritenuti nocivi, e altresì di chiedere al datore di lavoro, ai dirigenti, ai preposti ed ai lavoratori le informazioni che ritengano necessarie per l'adempimento del loro compito, in esse comprese quelle sui processi di lavorazione. Gli ispettori hanno facoltà di prendere visione, presso gli ospedali ed eventualmente di chiedere copia, della documentazione clinica dei lavoratori per malattie dovute a cause lavorative o presunte tali. Gli ispettori devono mantenere il segreto sopra i processi di lavorazione e sulle notizie e documenti dei quali vengono a conoscenza per ragioni di ufficio.

[1290] Cfr. l'art. 1, comma 2, lett. *f*, n. 6, il quale prevede la destinazione degli introiti delle sanzioni pecuniarie per interventi mirati alla prevenzione, a campagne di informazione e alle attività dei dipartimenti di prevenzione delle aziende sanitarie locali.

capitolo regionale per finanziare l'attività di prevenzione nei luoghi di lavoro svolta dai dipartimenti di prevenzione delle stesse ASL. Ben altro ci vorrebbe per rafforzare le deboli strutture delle ASL[1291], ma si tratta almeno di un piccolo segnale di attenzione in un contesto che è ancora in attesa di una complessiva ridefinizione.

Al fine di evitare che l'attività consulenziale interferisca con quella istituzionale di controllo, condizionandola o indebolendola, il comma 5 dell'art. 13 prevede l'assoluta incompatibilità tra funzioni di vigilanza e di consulenza[1292]. Tuttavia, mentre l'art. 24, comma 2, del d.lgs. n. 626 del 1994 prevedeva che l'attività di consulenza non potesse essere prestata dai soggetti che svolgevano attività di controllo e di vigilanza, la nuova norma allarga lo spettro soggettivo dell'incompatibilità disponendo espressamente che "il personale delle pubbliche amministrazioni, assegnato agli uffici che svolgono attività di vigilanza, non può prestare, ad alcun titolo e in alcuna parte del territorio nazionale, attività di consulenza". Dunque, chiunque sia assegnato all'ufficio preposto alla vigilanza, anche ove non svolga direttamente tale funzione, si trova nella situazione di incompatibilità.

Un primo problema interpretativo posto dalla nuova disposizione riguarda i soggetti. L'espressione "personale delle pubbliche amministrazioni" sembra infatti riferita – come accade in molte altre disposizioni dell'ordinamento, fra cui spicca il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – soltanto ai lavoratori dipendenti delle amministrazioni, dovendosi fra l'altro osservare come soltanto a questi, in virtù della loro posizione funzionale, possano essere assegnati quei compiti ispettivi a cui, nella fattispecie, corrisponde l'attribuzione della qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria (cfr. l'art. 21 della l. n. 833 del 1978). Né va ignorato che l'istituto della "incompatibilità" costituisce un tipico patrimonio del rapporto di lavoro pubblico fin dalle discipline più risalenti.

Non dovrebbe tuttavia trascurarsi che, nelle strutture delle ASL, determinati compiti consulenziali sono talora affidati a soggetti esterni mediante un contratto di lavoro autonomo, i quali, pur non potendo svolgere compiti di vigilanza, operano tuttavia nell'ambito degli uffici preposti a tali compiti. In sostanza, se il legislatore delegato ha inteso evitare che l'attività di consulenza sia svolta di chiunque operi in un ufficio preposto alla vigilanza, volendo quindi scongiurare il rischio di commistione o interferenza non solo in capo alla stessa persona, ma anche in capo a tutti i soggetti che operano in tale ufficio (a prescindere dall'effettiva attività che svolgono), si potrebbe dubitare che la natura del rapporto di lavoro possa costituire un elemento decisivo per la soluzione della questione, ponendosi un'esigenza di coordinamento tra il pur forte riferimento letterale al "personale delle pubbliche amministrazioni" e il significato complessivo dell'intera disposizione. Se così fosse, l'incompatibilità qui in esame trascenderebbe i normali confini soggettivi delle incompatibilità dei pubblici dipendenti, configurandosi soprattutto in ragione del suo collegamento strutturale all'ufficio.

Ci si potrebbe peraltro chiedere se un'indicazione in tal senso possa essere fornita dall'espressione "ad alcun titolo", vale a dire se essa, oltre a statuire sicuramente l'irrilevanza del modo in cui si presta la consulenza (a titolo gratuito o oneroso, occasionalmente o continuativamente,

---

[1291] O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., p. 58.

[1292] Il che dovrebbe valere anche per le attività di consulenza di cui all'art. 10: cfr. P. RAUSEI, *Il nuovo sistema istituzionale della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 251.

individualmente o in gruppo, in base ad uno o ad un altro contratto con il beneficiario della consulenza), sottintenda anche l'irrilevanza della natura del rapporto negoziale tra il lavoratore e la pubblica amministrazione. Un simile argomento appare tuttavia scarsamente convincente sia per la collocazione dell'espressione "ad alcun titolo" nel tessuto della disposizione, sia perché la stessa compare in un'altra norma che si occupa di incompatibilità, nella quale il legislatore ha tuttavia inequivocabilmente circoscritto detta incompatibilità ai soli lavoratori subordinati dell'amministrazione: ci si riferisce all'art. 39, comma 3, in base a cui "il dipendente di una struttura pubblica, assegnato agli uffici che svolgono attività di vigilanza, non può prestare, ad alcun titolo e in alcuna parte del territorio nazionale, attività di medico competente".

Resta, tuttavia, sullo sfondo l'interrogativo sul vero scopo dell'incompatibilità, il quale, per come essa è costruita negli artt. 13 e 39 (al di là degli aspetti formali di cui si è detto), sembra essere quello di far sì che l'intero ufficio preposto alla vigilanza non si occupi di ciò che potrebbe incrinare l'imparzialità di tale attività. In tal senso, sarebbe comunque auspicabile che, fermo restando l'obbligo gravante sui dipendenti, le amministrazioni rivedessero, ove necessario, il proprio assetto organizzativo per esaltare la distinzione tra il controllo e le altre funzioni che sono chiamate a svolgere, anche con riferimento alle eventuali collaborazioni autonome di cui si parlava.

Tornando all'espressione "a qualsiasi titolo", non sembra che, in virtù di essa, nella previsione dell'art. 13, comma 5, possano ricomprendersi le consulenze disposte dall'autorità giudiziaria (c.t.u.) e ciò sia per ragioni sistematiche, sia per la particolare finalità di tali attività.

Particolarmente apprezzabile è l'eliminazione di qualsiasi franchigia territoriale, ponendosi così termine a prassi quanto mai discutibili, almeno sul piano dell'opportunità. D'altronde, non deve trascurarsi come, nella moderna organizzazione imprenditoriale, l'elemento territoriale è sempre meno decisivo nell'identificazione delle imprese, spesso presenti in più aree geografiche.

Un'ulteriore questione attiene allo spettro oggettivo della incompatibilità, visto che l'art. 13 nulla dice circa il contenuto dell'attività di consulenza. Non sembra infatti peregrino chiedersi se l'incompatibilità *de qua* riguardi solo la consulenza "in materia di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro" (come poteva ritenersi in precedenza *ex* art. 24, comma 1, del d.lgs. n. 626 del 1994), o si riferisca invece a qualunque attività di consulenza a favore di un datore di lavoro, argomentando che la semplice relazione consulenziale svolta a suo favore da un soggetto assegnato agli uffici preposti alla vigilanza, a prescindere dall'oggetto della consulenza, rischierebbe di pregiudicare l'imparzialità dell'attività di vigilanza (si pensi, ad esempio, ad un'attività di consulenza su materie "limitrofe" alla sicurezza sul lavoro, come quella in materia ambientale). Data la delicatezza della questione, sarebbe stato quanto mai opportuno un chiarimento del legislatore, come ad esempio accade nell'art. 9, comma 3, a proposito della incompatibilità dei funzionari di INAIL, ISPESL e IPSEMA che svolgono attività di controllo e verifica degli obblighi nelle materie di competenza degli istituti medesimi, i quali non possono prestare la consulenza di cui all'art. 9, comma 2, lett. *c*.

Letteralmente, l'indeterminatezza con cui l'art. 13, comma 5, si riferisce all'"attività di consulenza" potrebbe essere interpretata in senso ampio, cosicché al personale delle pubbliche amministrazioni assegnato agli uffici che svolgono attività di vigilanza sarebbe preclusa qualsivoglia attività consulenziale nei confronti di qualunque datore di lavoro *ex* art. 2, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 81 del 2008. Al di là della astratta plausibilità di una simile ipotesi, emergerebbe, si di un altro piano, la necessità di compensare adeguatamente una simile restrizione, dovendosi di ciò

fare carico la contrattazione collettiva. Questa interpretazione potrebbe trovare avallo anche nel fatto che, mentre nel d.lgs. n. 626 del 1994 la previsione dell'incompatibilità era contenuta nella stessa norma che identificava il contenuto della consulenza (art. 24, commi 1 e 2), così evidenziandosi un chiaro raccordo tra l'una e l'altro, nel d.lgs. n. 81 del 2008 quella previsione è stata "sganciata" dalla disposizione analoga in materia di consulenza (l'art. 10) per essere trasposta, nella sua nuova veste, nella norma sulla vigilanza (art. 13).

Per la verità, il richiamo all'art. 10 potrebbe essere utilizzato anche *a contrario* per sostenere una maggiore delimitazione dell'oggetto della consulenza "incompatibile". Non deve infatti trascurarsi che l'art. 10 – che ricalca in gran parte l'art. 24, comma 1, del d.lgs. n. 626 del 1994, senza tuttavia menzionare l'incompatibilità che lì era prevista nel comma 2 – si riferisce esplicitamente, fra l'altro, alle attività di consulenza "in materia di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro" effettuate da una serie di soggetti tra cui rientrano anche le pubbliche amministrazioni che svolgono attività di vigilanza, non sembrando quindi azzardato identificare sistematicamente l'oggetto della consulenza "incompatibile" di cui all'art. 13, comma 5, proprio con quello di cui all'art. 10.

Da ultimo, va osservato come l'art. 13 nulla dica anche a proposito delle conseguenze dell'eventuale violazione dell'incompatibilità, così come nulla è previsto nell'apparato sanzionatorio del nuovo decreto. Al di là della sua specialità, l'incompatibilità *de qua* non può non riconnettersi a quanto previsto dall'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 e, quindi, riverberare effetti sul rapporto di lavoro, ivi compreso il piano disciplinare. In ogni caso, è evidente come il conflitto di interessi, che la esplicita previsione per legge dell'incompatibilità tra vigilanza e consulenza mira ad evitare, precluda la possibilità del lavoratore di richiedere la trasformazione a tempo parziale del rapporto di lavoro al fine dello svolgimento dell'attività di consulenza.

### 7.9. La sospensione dell'attività imprenditoriale

L'ultima norma del Capo II del Titolo I, l'art. 14, ripropone l'istituto della sospensione dell'attività imprenditoriale che, anche su segnalazione delle amministrazioni pubbliche secondo le rispettive competenze, può essere adottata come misura di contrasto al lavoro irregolare ed al lavoro insicuro, ma soprattutto al lavoro insicuro in quanto irregolare: in effetti, la norma si fonda proprio su quell'equazione "lavoro irregolare-lavoro insicuro" di cui si parlava all'inizio[1293].

L'art. 14 rivisita l'art. 5 della l. n. 123 del 2007[1294], il quale aveva esteso a tutte le attività imprenditoriali il potere di sospensione delle medesime già previsto in edilizia dall'art. 36-*bis* della l. n. 248 del 2006 ("legge Bersani"). Abrogati ora sia l'art. 36-*bis*, commi 1 e 2, della "legge Bersani"

---

[1293] Sempre a proposito di azioni volte a favorire la regolarizzazione del lavoro, occorre altresì ricordare che l'art. 11 della l. n. 123 del 2007 ha posto fortunatamente rimedio alla *gaffe* realizzata con l'art. 1, comma 1198, della l. n. 296 del 2006, prevedendo che nei confronti dei datori di lavoro che hanno presentato l'istanza di regolarizzazione di cui al comma 1192, per la durata di un anno a decorrere dalla data di presentazione, restino sospese le eventuali ispezioni e verifiche da parte degli organi di controllo e vigilanza nelle materie oggetto della regolarizzazione, ad esclusione però di quelle concernenti la tutela della salute e la sicurezza dei lavoratori (come invece si era sorprendentemente previsto nella norma del 2006). Cfr. C. LAZZARI, *Percorsi di regolarizzazione del lavoro e sicurezza*, in M. RUSCIANO e G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro. Appendice di aggiornamento*, cit., p. 93 ss.

[1294] Sull'art. 5 della l. n. 123 del 2007 cfr. (anche per riferimenti bibliografici sul tema) P. PASCUCCI, *Disposizioni per il contrasto del lavoro irregolare e per la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori*, in M. RUSCIANO e G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro. Appendice di aggiornamento*, cit., p. 53 ss.; G. NICOLINI, *Disposizioni per il contrasto del lavoro irregolare e per la tutela della salute e della sicurezza del lavoro*, in F. BACCHINI (a cura di), *Legge 3 agosto 2007, n. 123*, cit., p. 171 ss.

sia l'art. 5 della l. n. 123 del 2007[1295], l'art. 14 del d.lgs. n. 81 del 2008 prevede la possibilità di sospendere qualsiasi attività imprenditoriale (in qualsivoglia settore, compreso quello edile)[1296] sia nel caso di impiego di personale non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20% del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro[1297], sia nel caso di reiterate violazioni della disciplina in materia di superamento dei tempi di lavoro, di riposo giornaliero e settimanale, di cui agli artt. 4, 7 e 9 del d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, considerando le specifiche gravità di esposizione al rischio di infortunio[1298], sia a fronte di gravi e reiterate violazioni della disciplina in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Con sano senso di realismo, la nuova norma chiarifica uno degli aspetti più controversi della disciplina antecedente, vale a dire proprio l'individuazione delle gravi violazioni della disciplina in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro[1299], affidata ad un decreto del Ministero del lavoro da adottarsi sentita la Conferenza Stato-Regioni. In attesa di tale decreto, si prendono opportunamente in considerazione le violazioni individuate nell'Allegato I[1300], le quali, ai fini della sospensione, debbono essere tuttavia "reiterate", elemento la cui valutazione (presumibilmente discrezionale) è evidentemente affidata agli organi di controllo, evidenziandosi l'esigenza di qualche ulteriore precisazione in proposito.

L'adozione del provvedimento di sospensione[1301] è comunicata all'autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all'art. 6 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ed al Ministero delle infrastrutture, per gli aspetti di rispettiva competenza (nell'art. 5 della l. n. 123 del 2007 si parlava invece più genericamente di "competenti amministrazioni"), al fine dell'emanazione di un provvedimento interdittivo alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni ed alla partecipazione a gare pubbliche di durata pari alla citata sospensione nonché per un even-

---

[1295] Dall'art. 303, comma 1, lett. *b* e *c*, del d.lgs. n. 81 del 2008.

[1296] L'art. 14 fa salve le attribuzioni del coordinatore per l'esecuzione dei lavori nei cantieri temporanei o mobili di cui all'art. 92, comma 1, lett. *e*, consistenti nella segnalazione al committente ed al responsabile dei lavori, previa contestazione scritta alle imprese e ai lavoratori autonomi interessati, delle inosservanze alle disposizioni degli artt. 94, 95 e 96 e alle prescrizioni del piano di cui all'art. 100, e nella proposta di sospensione dei lavori, di allontanamento delle imprese o dei lavoratori autonomi dal cantiere, o della risoluzione del contratto. Nel caso in cui il committente o il responsabile dei lavori non adotti alcun provvedimento in merito alla segnalazione, senza fornire idonea motivazione, il coordinatore per l'esecuzione dà comunicazione dell'inadempienza alla ASL e alla DPL territorialmente competenti.

[1297] E non più (come nel precedente art. 5 della l. n. 123 del 2007) del totale dei lavoratori occupati.

[1298] Quest'ultimo riferimento costituisce una novità rispetto a quanto prevedeva l'art. 5 della l. n. 123 del 2007 e conferma il legame sempre più forte tra lavoro irregolare e lavoro insicuro di cui si è parlato nel testo, anche se, come è stato rilevato, rischia di essere una sorta di norma in bianco mancando riferimenti normativi certi: v. P. RAUSEI, *Il nuovo sistema istituzionale della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 254.

[1299] P. PASCUCCI, *Disposizioni per il contrasto del lavoro irregolare*, cit., p. 64 ss.; B. DEIDDA, *Legge 123: una legge attesa, con qualche ombra*, in *Riv. Amb. Lav.*, 2007, 8-9, p. 75 ss., qui p. 77. Cfr. la circolare del Ministero del lavoro 22 agosto 2007, n. 10797.

[1300] Tale Allegato contempla innanzitutto violazioni che espongono a rischi di carattere generale, valide in tutti i settori (mancata elaborazione del documento di valutazione dei rischi; mancata formazione ed addestramento; mancata costituzione del servizio di prevenzione e protezione e nomina del relativo responsabile) o relative al settore edile (mancata elaborazione del piano di sicurezza e coordinamento; mancata elaborazione del piano operativo di sicurezza; mancata nomina del coordinatore per la progettazione; mancata nomina del coordinatore per l'esecuzione). Inoltre si riferisce a violazioni che espongono ai rischi di caduta dall'alto, di seppellimento, di elettrocuzione ed a quelli legati all'amianto.

[1301] Al quale non si applicano le disposizioni di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241, da ciò deducendosi la sua natura cautelare senza alcuna valenza di tipo procedimentale amministrativo: così condivisibilmente P. RAUSEI, *Il nuovo sistema istituzionale della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 253.

tuale ulteriore periodo di tempo non inferiore al doppio della durata della sospensione e comunque non superiore a due anni.

Viene inoltre più nitidamente precisata la competenza ad adottare il provvedimento. Mentre nel caso della presenza di lavoro in "nero" e di violazioni dei tempi di lavoro il potere sospensivo spetta esclusivamente al personale ispettivo del Ministero del lavoro, nel caso delle violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro la competenza spetta agli organismi ispettivi delle ASL, nonché agli ispettori del lavoro ma solo ove le violazioni siano avvenute nell'ambito delle attività per le quali essi hanno competenza a vigilare[1302]. L'art. 14 pone quindi rimedio alle imprecisioni ed ambiguità del dato letterale dell'art. 5 della l. n. 123 del 2007, presumibilmente dovute non solo alla fretta con cui era stato predisposto, che avevano dato adito in un primo momento ad interpretazioni discutibili, con particolare riferimento all'attribuzione agli ispettori del lavoro di un ruolo non coerente con il sistema delle competenze in materia di vigilanza[1303]. Interpretazioni che sono state in seguito opportunamente rivedute e corrette[1304], sulla scorta del fatto che la norma del 2007 non era in grado di alterare quelle competenze, derivandone la possibilità di esercitare i nuovi poteri sospensivi solo disponendo della competenza a vigilare sulla disciplina prevenzionistica.

Anche per quanto concerne la revoca del provvedimento sospensivo ed i suoi requisiti, la nuova norma elimina le possibili incertezze ingenerate da quella precedente: di qui la opportunità di una previsione solo apparentemente superflua come il comma 3, il quale afferma che il provvedimento di sospensione può essere revocato da parte dell'organo di vigilanza che lo ha adottato (ASL o DPL) e non più dal medesimo ispettore. Sempre per dissipare qualsiasi dubbio la norma distingue, in modo scolastico ma certamente efficace, i requisiti necessari per la revoca da parte degli organi ministeriali e da parte delle ASL (art. 14, commi 4 e 5). Analoga distinzione figura per quanto concerne la sorte delle somme aggiuntive[1305] (rispetto a quelle penali, civili e amministrative vigenti, di cui è comunque fatta salva l'applicazione) il cui versamento è necessario per la revoca del provvedimento[1306]. Un identico parallelismo riguarda i soggetti destinatari dei ricorsi[1307].

---

[1302] L'art. 14, comma 11, precisa espressamente che nelle ipotesi delle violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, le disposizioni del presente articolo si applicano nel rispetto delle competenze in tema di vigilanza in materia. La norma aggiunge altresì che in materia di prevenzione incendi trovano applicazione le disposizioni di cui agli artt. 16, 19 e 20 del d.lgs. 8 marzo 2006, n. 139.

[1303] V. la circolare del Ministero del lavoro del 22 agosto 2007, cit., su cui criticamente P. PASCUCCI, *Disposizioni per il contrasto del lavoro irregolare*, cit., p. 64 ss. e p. 74 ss.

[1304] V. la circolare del Ministero del lavoro del 14 novembre 2007, n. 24.

[1305] Assai opportunamente il legislatore del 2008 ha evitato di parlare di "sanzione amministrativa" aggiuntiva, come accadeva nella norma del 2007, usando invece l'espressione "somma" aggiuntiva, in tal modo evitando che per tale misura aggiuntiva sia eventualmente ipotizzabile l'applicazione del meccanismo di riduzione previsto dall'art. 16 della l. 24 novembre 1981, n. 689.

[1306] Qualora la revoca riguardi un provvedimento adottato dagli ispettori del lavoro, l'importo delle somme aggiuntive integra la dotazione del Fondo per l'occupazione di cui all'art. 1, comma 7, del d.l. 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla l. 19 luglio 1993, n. 236, ed è destinato al finanziamento degli interventi di contrasto al lavoro sommerso ed irregolare individuati con decreto del Ministro del lavoro di cui all'art. 1, comma 1156, lett. *g*, della l. n. 296 del 2006. Ove invece la revoca riguardi un provvedimento adottato dagli ispettori delle ASL, l'importo delle somme aggiuntive integra l'apposito capitolo regionale per finanziare l'attività di prevenzione nei luoghi di lavoro.

[1307] Contro i provvedimenti di sospensione è ammesso ricorso, entro 30 giorni, rispettivamente, alla Direzione regionale del lavoro territorialmente competente e al Presidente della Giunta regionale, i quali si pronunciano nel termine di 15 giorni dalla notifica del ricorso. Decorso inutilmente tale ultimo termine, il provvedimento di sospensione perde efficacia.

Opportunamente, si prevede anche una esplicita sanzione per l'inottemperanza al provvedimento di sospensione consistente nell'arresto fino a sei mesi[1308]. Si è ipotizzato che in tal caso possa applicarsi la particolare procedura di definizione delle contravvenzioni punite con la sola pena dell'arresto di cui all'art. 302 del d.lgs. n. 81 del 2008[1309], pur rilevandosi che le irregolarità qui sono "presupposti dell'adozione del provvedimento e non già in se stesse elemento della contravvenzione (integrata dalla condotta antidoverosa dell'imprenditore che seguita a lavorare nonostante la sospensione)"[1310]. Questi ultimi dubbi non sembrano privi di fondamento, non dovendosi trascurare che la pena dell'arresto per l'inottemperanza al provvedimento di sospensione costituisce un deterrente "autonomo" finalizzato a dissuadere (dall'inosservanza del provvedimento) un imprenditore che risulta destinatario di tale provvedimento in quanto ha commesso rilevanti illeciti come tali assoggettati alle relative sanzioni (le quali non vengono meno in presenza della sospensione). L'arresto *de quo* si aggiunge a tali sanzioni, mantenendo tuttavia carattere di autonomia rispetto ad esse. Queste ultime, oltretutto, potrebbero essere (come è altamente probabile nella maggior parte dei casi) sanzioni alternative che, in quanto rientranti nel meccanismo della prescrizione di cui al d.lgs. n. 758 del 1994, salvi casi di inadempimento della prescrizione, non condurrebbero al dibattimento processuale. Evidentemente, la soluzione dell'enigma dipende dalla riconducibilità o meno del reato di cui all'art. 14, comma 10, fra le contravvenzioni a cui si riferisce l'art. 302, e più in particolare dal fatto se l'inottemperanza al provvedimento di sospensione sia o meno autonomamente annoverabile tra "le irregolarità, le fonti di rischio e le eventuali conseguenze dannose del reato" che debbono essere eliminate ai sensi dello stesso art. 302, comma 1[1311].

---

[1308] In precedenza, nel silenzio del legislatore, la circolare del Ministero del lavoro del 22 agosto 2007 aveva ipotizzato l'applicabilità dell'art. 650 c.p.

[1309] L'art. 302 prevede che, per le contravvenzioni previste dal d.lgs. n. 81 del 2008 e punite con la sola pena dell'arresto il giudice applichi, in luogo dell'arresto, la pena dell'ammenda in misura comunque non inferiore a 8.000 euro e non superiore a 24.000 euro, se entro la conclusione del giudizio di primo grado, risultano eliminate tutte le irregolarità, le fonti di rischio e le eventuali conseguenze dannose del reato. La sostituzione di pena non è in ogni caso consentita: *a*) quando la violazione abbia avuto un contributo causale nel verificarsi di un infortunio sul lavoro; *b*) quando il fatto è stato commesso da soggetto che abbia già riportato condanna definitiva per la violazione di norme relative alla prevenzione degli infortuni sul lavoro, ovvero per i reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p., limitatamente all'ipotesi di violazione delle norme relative alla prevenzione degli infortuni sul lavoro. Nell'ipotesi in cui si applichi la sostituzione della pena, il reato si estingue decorsi tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza senza che l'imputato abbia commesso ulteriori reati in materia di salute e sicurezza sul lavoro, ovvero quelli di agli artt. 589 e 590 c.p., limitatamente all'ipotesi di violazione delle norme relative alla prevenzione degli infortuni sul lavoro. In questo caso si estingue ogni effetto penale della condanna.

[1310] P. RAUSEI, *Il nuovo sistema istituzionale della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 254.

[1311] Ipotizzando che il meccanismo di sostituzione di cui all'art. 302 sia applicabile alla pena dell'arresto in esame si creerebbe uno scenario di questo tipo. Da un lato, l'imprenditore "andrebbe" a processo, rischiando la pena dell'arresto, per l'inottemperanza alla sospensione; per ottenere la sostituzione della pena, dovrebbe eliminare tutte le irregolarità, le fonti di rischio e le eventuali conseguenze dannose del reato *de quo* (quello di inottemperanza di cui all'art. 14, comma 10), vale a dire dovrebbe ottemperare alla sospensione entro la conclusione del giudizio di primo grado. Se si ritiene che "le irregolarità, le fonti di rischio e le eventuali conseguenze dannose" si riferiscano non a tutti i reati commessi, ma solo a quello punito con l'arresto (in questo caso l'inottemperanza alla sospensione), se ne dovrebbe dedurre che ai fini della sostituzione della pena sia sufficiente ottemperare alla sospensione, a prescindere dagli adempimenti relativi alle prescrizioni impartite per gli illeciti che hanno determinato la sospensione. Da un altro lato, poi, lo stesso imprenditore, per poter ottenere la revoca della sospensione, dovrebbe "risolvere" (presumibilmente mediante il meccanismo della prescrizione di cui al d.lgs. n. 758 del 1994) tutte le "pendenze" relative agli illeciti che hanno costituito il presupposto della sospensione, oltre a dover pagare la somma aggiuntiva di 2.500 euro (non potendosi peraltro escludere che, ricorrendone le condizioni, i predetti illeciti siano punibili con la sola pena dell'arresto, prefigurandosi in tal caso un'ulteriore ipotesi di applicazione dell'art. 302).

### 8.1. La gestione della prevenzione nei luoghi di lavoro. Le misure di tutela e la delega di funzioni

Con il Capo III del Titolo I il legislatore delegato passa a disciplinare la gestione della prevenzione nei luoghi di lavoro. Anche in questo caso può apprezzarsi la struttura dell'articolato, razionalmente suddiviso in 8 diverse sezioni[1312].

In non pochi casi le norme contenute nel Capo III ricalcano in gran parte quanto già previsto nel d.lgs. n. 626 del 1994, rimarcandosi una sensibile continuità con la disciplina pregressa: d'altro canto, non può trascurarsi l'esigenza di rispettare i principi comunitari già ampiamente recepiti nel d.lgs. n. 626 del 1994. In altre occasioni, il legislatore delegato ha invece innovato, sollecitato dai criteri di delega ed agevolato dall'analisi dei punti critici dell'applicazione della normativa previgente.

Per quanto concerne le misure generali di tutela, l'art. 15 ricalca l'art. 3 del d.lgs. n. 626 del 1994, peraltro con alcune precisazioni ed innovazioni. In particolare, la valutazione deve riguardare *tutti* i rischi per la salute e sicurezza[1313]; il controllo sanitario dei lavoratori non è più limitato ai rischi specifici; il lavoratore è adibito, ove possibile, ad altra mansione nel caso di allontanamento dall'esposizione al rischio per motivi sanitari inerenti alla sua persona; le misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza sono programmate anche attraverso l'adozione di codici di condotta e di buone prassi. Come già l'art. 3 del d.lgs. n. 626 del 1994, l'art. 15 del nuovo decreto pare in grado di svolgere non solo una funzione di "manifesto" delle misure preventive, ma anche di eventuale integrazione ed interpretazione degli obblighi specificamente indicati nelle norme successive, collocandosi, come la norma precedente, nella logica della massima sicurezza tecnologicamente possibile (e non praticabile) che deriva dall'art. 2087 c.c.[1314].

Recependo i consolidati orientamenti giurisprudenziali in materia, l'art. 16 definisce per la prima volta sul piano legislativo i requisiti di validità della delega di funzioni, nei casi in cui non sia espressamente esclusa[1315]. In linea teorica, la previsione espressa della disciplina della delega di funzioni, unitamente alla norma sugli obblighi indelegabili, dovrebbe contribuire a risolvere i dubbi sui limiti della delega[1316], sebbene si sia rilevato che la mancanza di una definizione giuridica della

---

[1312] I sezione (artt. 15-27): misure di tutela e obblighi; II sezione (artt. 28-30): valutazione dei rischi; III sezione (artt. 31-35): servizio di prevenzione e di protezione; IV sezione (artt. 36-37): informazione, formazione e addestramento; V sezione (art. 38-42): sorveglianza sanitaria; VI sezione (artt. 43-46): gestione delle emergenze; VII sezione (artt. 47-52): partecipazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori; VIII sezione (artt. 53-54): documentazione tecnico-amministrativa.

[1313] La parola "tutti" non era stata inserita nell'art. 3 del d.lgs. n. 626 del 1994 nonostante fosse stata introdotta nell'art. 4, comma 1, dello stesso decreto ad opera dell'art. 21, comma 2, della l. 1° marzo 2002, n. 39 emanata in seguito alla sentenza del 15 novembre 2001 (Causa C-49-00) con cui l'Italia era stata condannata dalla Corte di giustizia per violazione della Direttiva n. 89/391/CEE.

[1314] In ossequio a quanto richiesto dalla delega (art. 1, comma 2, lett. *r*, della l. n. 123 del 2007), l'art. 15 sottolinea che le misure relative alla sicurezza, all'igiene ed alla salute durante il lavoro non devono in nessun caso comportare oneri finanziari per i lavoratori.

[1315] Sulla delega cfr., fra i tanti, A. FIORELLA, *Il trasferimento delle funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Nardini, Firenze, 1985, p. 173; S. BONINI, *Soggetti penalmente responsabili all'interno dell'impresa e delega di funzioni alla luce dei d.lgs. n. 626 del 1994 e n. 242 del 1996 in materia di sicurezza del lavoro*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., p. 265 ss.; G. BOTTIGLIONI, *Delega di funzioni e soggetti esterni all'impresa*, ivi, p. 281 ss.; A. BONFIGLIOLI, *Delega di funzioni e soggetti penalmente responsabili alla stregua del d.lgs. n. 626/1994, come modificato dal d.lgs. n. 242/1996*, in N. MAZZACUVA e E. AMATI (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, in F. CARINCI (dir.), *Diritto del lavoro – Commentario*, VII, Utet, Torino, 2007, p. 15 ss., spec. p. 32 ss.

[1316] R. GUARINIELLO, *Requisiti e limiti della delega in tema di sicurezza del lavoro*, in *FI*, 2003, II, c. 529 ss.

delega di funzioni potrebbe creare non poche difficoltà interpretative[1317]. Di qui la proposta di definire la delega di funzioni come la volontaria devoluzione, da parte del datore di lavoro, "di congrui poteri di gestione, di vigilanza e controllo esecutivo dei singoli plessi, o rami, o reparti o linee, nei quali è suddiviso il processo produttivo e il lavoro ad esso necessario, ad uno specifico soggetto, sia esso il dirigente e/o il preposto, attraverso l'incarico, ovvero la mansione di lavoro e con essi la devoluzione volontaria del debito di sicurezza e salute e delle relative responsabilità anche penali e non la limitata traslazione di poteri di organizzazione e gestione, vigilanza e controllo esecutivo, ancorché congrui, attribuiti esclusivamente in vista dell'adempimento degli obblighi di sicurezza e salute sul lavoro"[1318]. Sulla scorta di tale definizione sono stati individuati due livelli di delega. La prima è quella "di tipo organizzativo-gestionale, caratterizzata dalla trasmissione dei poteri gestionali e di spesa propri della figura del dirigente che esercita autonomamente l'attività di organizzazione del processo produttivo e del lavoro ad esso necessario, la quale risponde a tutti i requisiti" di cui all'art. 16, lett. *a-e*. La seconda è quella "di tipo esecutivo, discendente da un incarico aziendale di sovrintendenza e controllo esecutivo del processo produttivo e del lavoro ad esso associato, propria della figura del preposto, la quale, a differenza del passato, dovrà anch'essa, conformemente alle caratteristiche dei poteri attribuiti, rispondere ai requisiti di forma, di professionalità ed esperienza, alla declinazione dei poteri di controllo e, solo eventualmente, dei poteri di spesa, nonché all'accettazione espressa" previsti dallo stesso art. 16[1319].

L'art. 16 prevede innanzitutto che la delega debba risultare da atto scritto[1320], che pare doversi intendere richiesto *ad substantiam* a pena di nullità, recante data certa: requisito, questo che sembra presupporre la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata[1321]. È poi necessario che il delegato possieda tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate e che la delega attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate, nonché l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate. Infine, la delega deve essere accettata dal delegato per iscritto[1322]. Queste previsioni confermano quanto già sostenuto in passato in ordine alla necessità che la delega fosse rigorosamente provata in ordine al conferimento ed ai contenuti, tali da configurare un'effettiva autonomia decisionale in ordine alla

---

1317 F. BACCHINI, *Misure di tutela e obblighi*, in ID. (a cura di), *Speciale Testo Unico sicurezza del lavoro*, cit., p. 255. Cfr. anche F. FORZATI, *La delega di funzioni*, in M. RUSCIANO e G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, cit., pp. 225-227.

1318 F. BACCHINI, *Misure di tutela e obblighi*, cit., p. 256.

1319 F. BACCHINI, *Misure di tutela e obblighi*, cit., p. 256.

1320 Tale previsione supera le incertezze relative alla validità della cosiddetta "delega di fatto", consistente in un comportamento univoco non risultante da atto scritto: a favore di tale tesi v. Cass. pen., 30 dicembre 1994, in *DPL*, 1995, p. 578; Cass. pen., 21 dicembre 1995, in *GP*, 1997, II, p. 244; *contra* Cass. pen., 20 febbraio 1995, in *DPL*, 1995, p. 860.

1321 F. BACCHINI, *Misure di tutela e obblighi*, cit., p. 256.

1322 Tutto ciò appare coerente con quanto da tempo dottrina e giurisprudenza richiedono per la validità della delega, vale a dire che sia affidata a persona tecnicamente competente e capace, che sia effettiva, e che sia liberamente accettata: cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, F. Angeli, Milano, 1994, p. 65; Cass. pen., 3 marzo 1995, in *CP*, 1996, p. 1957; Cass. pen., 3 novembre 1989, in *RP*, 1990, p. 741.

sicurezza del lavoro[1323], dovendosi configurare, in difetto di detta prova, la responsabilità in capo al presunto delegante[1324].

L'art. 16 richiede inoltre che alla delega sia data tempestiva ed adeguata pubblicità, senza peraltro specificare in che modo. Nel silenzio della legge, si è ipotizzato per analogia il ricorso a forme di pubblicità previste per altre fattispecie, come quella relativa al provvedimento di valutazione dell'impatto ambientale di cui all'art. 27 del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4[1325], ovvero, con riferimento ai requisiti della tempestività e dell'adeguatezza, quella che l'art. 7, comma 1, Stat. lav. richiede per la validità del codice disciplinare (vale a dire l'affissione in un luogo aziendale accessibile a tutti)[1326].

Il conferimento della delega di funzioni non esclude peraltro l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. La critica avanzata al riguardo, secondo cui in tal modo la delega si ridurrebbe ad un mero incarico di esecuzione[1327], non convince: la norma non fa altro che recepire un rigoroso e consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale, una volta attribuita la delega, l'obbligo originario del datore di lavoro "si trasforma in un dovere di garanzia ed egli è tenuto a vigilare e ad impedire la commissione dell'illecito"[1328]. Non si è mancato neppure di criticare la previsione secondo cui la vigilanza datoriale si esplica anche attraverso i sistemi di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4, obiettandosi che si sono così mescolati due ambiti di vigilanza che debbono restare autonomi, rispondendo ad esigenze di vigilanza diverse[1329].

Occorre infine considerare che, al di là della delega e delle funzioni *iure proprio* esercitate dai vari soggetti del sistema aziendale, il legislatore delegato ha previsto, nell'art. 299 (rubricato come "esercizio di fatto di poteri direttivi"), una norma di chiusura in base alla quale le posizioni di garanzia relative al datore di lavoro, al dirigente ed al preposto gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno di tali soggetti. Contrariamente a quanto può apparire, tale previsione non sembra distonica con quelle che, come ora si vedrà, distinguono i compiti dei vari soggetti in modo più chiaro rispetto a quanto faceva l'art. 4 del d.lgs. n. 626 del 1994. Infatti, pur fornendo evidenti indicazioni su come debba essere strutturata la ripartizione degli obblighi di protezione, il legislatore ha inteso in ogni caso stendere una rete di sicurezza che possa comunque far emergere le responsabilità in caso di *defaillances* o di confusa organizzazione delle funzioni.

---

[1323] F. CHERUBINI, *Sulla delega di funzioni (in tema di prevenzione infortuni)*, in *GI*, 1996, II, c. 681.

[1324] R. GUARINIELLO, *Requisiti e limiti della delega*, cit., c. 529; Cass. pen., 6 ottobre 1995, in *CP*, 1997, p. 846; Cass. pen., 7 marzo 1995, in *DPL*, 1995, p. 1126.

[1325] G. NICOLINI, *Disposizioni generali*, cit., p. 244.

[1326] F. BACCHINI, *Misure di tutela e obblighi*, cit., p. 258.

[1327] G. NICOLINI, *Disposizioni generali*, cit., p. 244.

[1328] Cass. pen., sez. III, 15 giugno 1998, in *ISL*, 1998, p. 440; Cass., sez. IV, 22 ottobre 2002, in *GD*, 2003, n. 37, p. 77. Occorre ricordare del resto che il conferimento della delega – che agisce sul piano penalistico – non esonera il datore di lavoro dalla responsabilità civile, come stabilisce l'art. 1228 c.c. secondo il quale il debitore che si avvale dell'opera di un terzo nell'esecuzione della prestazione risponde del fatto doloso o colposo di questi. Per una ricostruzione delle opinioni dei giudici sull'attività di controllo del delegante sul delegato, cfr. L. FANTINI, *Tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro: orientamenti giurisprudenziali*, in *DRI*, 2004, p. 131 ss.

[1329] F. BACCHINI, *Misure di tutela e obblighi*, cit., pp. 258-259.

### 8.2. Gli obblighi dei vari soggetti

Una particolare ed opportuna attenzione per la distinzione dei ruoli dei vari protagonisti del sistema si coglie nelle norme sugli obblighi. Diversamente dall'art. 4 del d.lgs. n. 626 del 1994 (che prevedeva tutti insieme gli obblighi del datore di lavoro, del dirigente e del preposto, creando non pochi problemi di interpretazione)[1330], l'art. 17 indica in una apposita norma gli obblighi indelegabili del datore di lavoro, vale a dire la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'art. 28 e la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi. A sua volta, l'art. 18 prevede solo gli obblighi per il datore ed il dirigente (sia quelli delegabili al dirigente sia quelli *iure proprio* del dirigente medesimo). In un'ulteriore disposizione (art. 19) figurano gli obblighi per i preposti. Tale distinzione, che deve comunque raccordarsi con le definizioni di "dirigente" e di "preposto" ora contenute nell'art. 2 del decreto, è stata salutata con favore, contribuendo a semplificare l'individuazione dei rispettivi compiti e delle connesse responsabilità[1331].

Per quanto attiene agli obblighi datoriali (e dirigenziali), rispetto alla norma previgente, nell'art. 18 non figurano più alcuni adempimenti[1332], mentre ne compaiono di nuovi[1333].

Come anticipato, diversamente ancora una volta dall'art. 4 del d.lgs. n. 626 del 1994, l'art. 19

---

1330 G. FERRARO, *Il datore di lavoro e l'obbligazione di sicurezza: attribuzione di compiti e delegabilità di funzioni nel complessivo quadro dei nuovi adempimenti*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., p. 109 ss.

1331 G. NICOLINI, *Disposizioni generali*, cit., p. 244.

1332 Si tratta: della designazione degli addetti al servizio di prevenzione e protezione interno o esterno all'azienda (che tuttavia può ricavarsi dall'art. 31); dell'informazione al medico competente sui processi e sui rischi connessi all'attività produttiva; della tenuta del registro nel quale sono annotati cronologicamente gli infortuni sul lavoro che comportano un'assenza dal lavoro di almeno un giorno (la scomparsa del registro degli infortuni – che tuttavia non è immediata, ma avverrà a partire dall'inizio del settimo mese successivo all'emanazione del decreto interministeriale di cui all'art. 8, comma 4, con cui verranno definite le regole tecniche per la realizzazione ed il funzionamento del SINP – sembra rispondere al criterio di cui all'art. 1, comma 2, lett. *d*, della legge delega relativo alla semplificazione degli adempimenti meramente formali); della custodia, presso l'azienda ovvero l'unità produttiva, della cartella sanitaria e di rischio del lavoratore sottoposto a sorveglianza sanitaria, con salvaguardia del segreto professionale, e la consegna di copia della medesima cartella al lavoratore al momento della risoluzione del rapporto di lavoro, ovvero quando lo stesso ne faccia richiesta (come si vedrà, tali obblighi sono traslati in capo al medico competente).

1333 Vale a dire: l'adempimento degli obblighi di informazione, formazione e addestramento; la tempestiva consegna al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (RLS), su richiesta di questi e per l'espletamento della sua funzione, di copia del documento di valutazione dei rischi (DVR); il rilascio al RLS del permesso di accedere ai dati relativi alle misure tecniche adottate; l'elaborazione del documento unico di valutazione dei rischi da interferenze (DUVRI) e, su richiesta dei RLS e per l'espletamento della loro funzione, la tempestiva consegna agli stessi della copia del medesimo documento; la comunicazione all'INAIL, o all'IPSEMA, in relazione alle rispettive competenze, a fini statistici e informativi, dei dati relativi agli infortuni sul lavoro che comportino un'assenza dal lavoro di almeno un giorno, escluso quello dell'evento e, a fini assicurativi, delle informazioni relative agli infortuni sul lavoro che comportino un'assenza dal lavoro superiore a tre giorni (peraltro, in base a quanto previsto dall'art. 4, comma 2, del d.l. 3 giugno 2008, n. 97 – sul quale v. *infra* § 8.8 –, l'efficacia di tale obbligo è stata provvisoriamente "congelata" e rivivrà a partire dal 1° gennaio 2009); la consegna, nell'ambito dello svolgimento di attività in regime di appalto e di subappalto, ai lavoratori di apposita tessera di riconoscimento, corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro; la convocazione, nelle unità produttive con più di 15 lavoratori, della riunione periodica di cui all'art. 35; la comunicazione annuale all'INAIL dei nominativi dei RLS; la vigilanza affinché i lavoratori per i quali vige l'obbligo di sorveglianza sanitaria non siano adibiti alla mansione lavorativa specifica senza il prescritto giudizio di idoneità.
Gli obblighi relativi agli interventi strutturali e di manutenzione necessari per assicurare, ai sensi del decreto legislativo, la sicurezza dei locali e degli edifici assegnati in uso a pubbliche amministrazioni o a pubblici uffici, ivi comprese le istituzioni scolastiche ed educative, restano a carico dell'amministrazione tenuta, per effetto di norme o convenzioni, alla loro fornitura e manutenzione. In tal caso gli obblighi previsti dal decreto legislativo, relativamente ai predetti interventi, si intendono assolti, da parte dei dirigenti o funzionari preposti agli uffici interessati, con la richiesta del loro adempimento all'amministrazione competente o al soggetto che ne ha l'obbligo giuridico.

prevede gli obblighi gravanti esclusivamente sul preposto, opportunamente distinguendoli da quelli datoriali e dirigenziali. Gli obblighi espressamente ascritti al preposto[1334] sembrano collocarsi nel solco dell'orientamento secondo cui tale soggetto si configura come un responsabile esecutivo, come tale escluso dai compiti di organizzazione e di predisposizione delle misure di protezione[1335], e quindi tenuto soltanto alla sorveglianza ed alla informazione (Cass. n. 6468 del 1996; Cass. n. 3483 del 1994)[1336]. Sulla configurabilità di una delega al preposto non c'è consenso tra i primi interpreti: mentre alcuni sostengono che, dal raccordo tra le varie disposizioni sul preposto, compresa quella sulla sua specifica formazione (art. 37, comma 7), "riesce difficile immaginare la delegabilità al preposto di compiti propri del datore di lavoro sia pure nei limiti di una delega di esecuzione"[1337], altri affermano invece che anche gli obblighi del preposto sono soggetti alla disciplina della delega di funzioni (esecutive), nonostante si possano reputare "a lui esclusivamente attribuiti dalla legge stessa in relazione all'incarico esecutivo"[1338].

L'art. 20 conferma tutti gli obblighi per i lavoratori già previsti nell'art. 5 del d.lgs. n. 626 del 1994[1339], aggiungendone alcuni altri[1340]. Ne esce quindi confermata la posizione di garanzia che, in caso di infortunio occorso a terzi, rende responsabile anche il lavoratore, il quale deve applicare nell'adempimento la diligenza *ex* art. 1176, comma 2, c.c., restando il datore di lavoro responsabile verso terzi del suo comportamento colpevole *ex* art. 2049 c.c.[1341]. La nuova disposizione non modifica neppure i possibili effetti del comportamento illegittimo dei lavoratori, che rilevano sia

---

[1334] Il preposto deve: sovrintendere e vigilare sulla osservanza da parte dei singoli lavoratori dei loro obblighi di legge, nonché delle disposizioni aziendali in materia di salute e sicurezza sul lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuale messi a loro disposizione e, in caso di persistenza della inosservanza, informare i loro superiori diretti; verificare affinché soltanto i lavoratori che hanno ricevuto adeguate istruzioni accedano alle zone che li espongono ad un rischio grave e specifico; richiedere l'osservanza delle misure per il controllo delle situazioni di rischio in caso di emergenza e dare istruzioni affinché i lavoratori, in caso di pericolo grave, immediato e inevitabile, abbandonino il posto di lavoro o la zona pericolosa; informare il più presto possibile i lavoratori esposti al rischio di un pericolo grave e immediato circa il rischio stesso e le disposizioni prese o da prendere in materia di protezione; astenersi, salvo eccezioni debitamente motivate, dal richiedere ai lavoratori di riprendere la loro attività in una situazione di lavoro in cui persiste un pericolo grave ed immediato; segnalare tempestivamente al datore di lavoro o al dirigente sia le deficienze dei mezzi e delle attrezzature di lavoro e dei dispositivi di protezione individuale, sia ogni altra condizione di pericolo che si verifichi durante il lavoro, delle quali venga a conoscenza sulla base della formazione ricevuta; frequentare appositi corsi di formazione secondo quanto previsto dall'art. 37.

[1335] F. BASENGHI, *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici nel nuovo quadro legale*, in L. GALANTINO (a cura di), *La sicurezza del lavoro*, cit., p. 81.

[1336] Secondo F. BACCHINI, *Misure di tutela e obblighi*, cit., p. 259, gli obblighi del preposto riguardano esclusivamente la vigilanza e il controllo operativo, risultando privi "di elementi, anche residuali, di discrezionalità e potere organizzativo che in parte contraddicono la definizione" di cui all'art. 2, comma 1, lett. *e*, che invece sottolinea "l'esercizio di un funzionale potere di iniziativa nel sovrintendere alla attività lavorativa e nel garantire l'attuazione delle direttive ricevute".

[1337] G. NICOLINI, *Disposizioni generali*, cit., p. 245.

[1338] F. BACCHINI, *Misure di tutela e obblighi*, cit., p. 259.

[1339] Cfr. R. DEL PUNTA, *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., p. 157 ss., qui p. 169 ss.

[1340] Si tratta: della partecipazione ai programmi di formazione e di addestramento organizzati dal datore di lavoro; della sottoposizione non solo ai controlli sanitari previsti dal decreto legislativo, ma anche a quelli comunque disposti dal medico competente; nel caso di lavoratori di aziende che svolgono attività in regime di appalto o subappalto, dell'esposizione dell'apposita tessera di riconoscimento, corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro (tale obbligo grava anche in capo ai lavoratori autonomi che esercitano direttamente la propria attività nel medesimo luogo di lavoro, i quali sono tenuti a provvedervi per proprio conto). Degli obblighi gravanti sui componenti dell'impresa familiare e sui lavoratori autonomi *ex* art. 21 già s'è parlato (*supra* 6.2.3.2).

[1341] F. BACCHINI, *Sicurezza e salute dei lavoratori sul luogo di lavoro*, Cedam. Padova, 1998, p. 37.

sul piano delle sanzioni penali previste dall'art. 59 del d.lgs. n. 81 del 2008, sia sul versante disciplinare interno al rapporto di lavoro[1342].

C'è tuttavia una sensibile novità che riguarda non già gli obblighi, quanto i soggetti a cui essi fanno capo: si tratta, come è evidente, dell'ampliamento della nozione di lavoratore risultante dall'art. 2, comma 1, lett. *a*, in forza della quale i doveri di cui all'art. 20 gravano su tutti i lavoratori subordinati (compresi gli equiparati) o autonomi a cui il decreto delegato si riferisce, a prescindere dalla tipologia del relativo contratto di lavoro. Per quelle tipologie di lavoratori a cui il decreto si applica solo in parte (art. 3, comma 5 e seguenti), il *quantum* di obblighi dovrebbe essere comunque corrispondente e proporzionato alla quota di tutela applicabile.

Nessuna novità riguarda gli obblighi dei progettisti, dei fabbricanti, dei fornitori e degli installatori già contenuti nell'art. 6 del d.lgs. n. 626 del 1994, salvo il fatto che gli stessi sono ora suddivisi in tre diversi articoli: l'art. 22 (obblighi dei progettisti), l'art. 23 (obblighi dei fabbricanti e dei fornitori) e l'art. 24 (obblighi degli installatori).

Per quanto riguarda gli obblighi del medico competente, in ossequio al criterio di delega di cui all'art. 1, comma 2, lett. *g* (revisione… delle attribuzioni e delle funzioni dei soggetti del sistema di prevenzione aziendale, compreso il medico competente…), il ruolo e le responsabilità di tale soggetto risultano nettamente rafforzati: non pochi sono infatti i nuovi obblighi che l'art. 25 aggiunge a quelli già previsti dall'art. 17 del d.lgs. n. 626 del 1994, che restano peraltro confermati[1343].

### 8.3. Gli obblighi connessi agli appalti

Come puntualmente messo in luce[1344], la sicurezza dei lavoratori può risultare ancora più precaria

---

[1342] Per quanto attiene alla responsabilità disciplinare, essa vale per i lavoratori subordinati, mentre per quelli che tali non sono potrebbero valere le forme di responsabilità civilistica eventualmente previste nei relativi contratti di lavoro.

[1343] Si tratta: della collaborazione con il datore di lavoro e con il servizio di prevenzione e protezione alla attuazione e valorizzazione di programmi volontari di promozione della salute, secondo i principi della responsabilità sociale; della programmazione ed effettuazione della sorveglianza sanitaria attraverso protocolli sanitari definiti in funzione dei rischi specifici e tenendo in considerazione gli indirizzi scientifici più avanzati; della custodia, sotto la propria responsabilità, di una cartella sanitaria e di rischio per ogni lavoratore sottoposto a sorveglianza sanitaria (nelle aziende o unità produttive con più di 15 lavoratori il medico competente concorda con il datore di lavoro il luogo di custodia); della consegna al datore di lavoro, alla cessazione dell'incarico, della documentazione sanitaria in suo possesso, nel rispetto delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 196 del 2003 e con salvaguardia del segreto professionale; della consegna al lavoratore, alla cessazione del rapporto di lavoro, della documentazione sanitaria in suo possesso fornendogli le informazioni riguardo la necessità di conservazione; dell'invio all'ISPESL, esclusivamente per via telematica, delle cartelle sanitarie e di rischio nei casi previsti dal d.lgs. n. 81 del 2008, alla cessazione del rapporto di lavoro, nel rispetto delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 196 del 2003 (il lavoratore interessato può chiedere copia delle predette cartelle all'ISPESL anche attraverso il proprio medico di medicina generale); della comunicazione per iscritto, in occasione delle riunioni periodiche, non solo ai RLS, ma anche al datore di lavoro ed al responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi, dei risultati anonimi collettivi della sorveglianza sanitaria effettuata fornendo indicazioni sul significato di detti risultati ai fini della attuazione delle misure per la tutela della salute e della integrità psicofisica dei lavoratori; della visita degli ambienti di lavoro almeno una volta all'anno o a cadenza diversa che stabilisce in base alla valutazione dei rischi: la indicazione di una periodicità diversa dall'annuale deve essere comunicata al datore di lavoro ai fini della sua annotazione nel documento di valutazione dei rischi; della partecipazione alla programmazione del controllo dell'esposizione dei lavoratori i cui risultati gli sono forniti con tempestività ai fini della valutazione del rischio e della sorveglianza sanitaria; della comunicazione, mediante autocertificazione, del possesso dei titoli e requisiti di cui all'art. 38 al Ministero della salute entro il termine di sei mesi dall'entrata in vigore del decreto.

[1344] P. TULLINI, *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, cit. p. 95 ss.; V. PASQUARELLA, *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in *RGL*, 2007, supplemento al n. 2, p. 87 ss.; EAD., *Spigolature in materia di sicurezza negli appalti: l'edilizia nel "mirino" del legislatore*, relazione presentata al Convegno di Benevento del 9 novembre 2007 su "Ambiente e sicurezza sul lavoro.

nei casi in cui nell'organizzazione produttiva del datore di lavoro si inseriscano promiscuamente, mediante appalti "interni"[1345], le attività di altre imprese o lavoratori autonomi, aggiungendosi ai "normali" rischi del luogo di lavoro quelli nuovi derivanti dalle interferenze tra le varie attività. Data la delicatezza della questione, il legislatore del 2007 vi aveva dedicato particolare attenzione sia nella veste di "delegante" sia in quella di "diretto riformatore".

Come delegante, non si era limitato ad individuare un semplice criterio di delega, ma, nell'art. 1, comma 2, lett. *s*, aveva prescritto che la "revisione della normativa in materia di appalti" avvenisse mediante la previsione di particolari misure dirette a: 1) migliorare l'efficacia della responsabilità solidale tra appaltante ed appaltatore e il coordinamento degli interventi di prevenzione dei rischi, con particolare riferimento ai subappalti, anche attraverso l'adozione di meccanismi che consentano di valutare l'idoneità tecnico-professionale delle imprese pubbliche e private, considerando il rispetto delle norme relative alla salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro quale elemento vincolante per la partecipazione alle gare relative agli appalti e subappalti pubblici e per l'accesso ad agevolazioni, finanziamenti e contributi a carico della finanza pubblica; 2) modificare il sistema di assegnazione degli appalti pubblici al massimo ribasso, al fine di garantire che l'assegnazione non determini la diminuzione del livello di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori; 3) modificare la disciplina del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, prevedendo che i costi relativi alla sicurezza debbano essere specificamente indicati nei bandi di gara e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture oggetto di appalto.

Come diretto riformatore, il legislatore del 2007 era intervenuto a modificare l'art. 7 del d.lgs. n. 626 del 1994[1346], tramite l'art. 3 della l. n. 123 del 2007. La principale innovazione apportata da tale norma è consistita nella sostituzione (da parte dell'art. 3, comma 1, lett. *a*, della l. n. 123 del 2007) del comma 3 dell'art. 7 del d.lgs. n. 626 del 1994, prevedendosi l'obbligo in capo al datore di lavoro committente di promuovere la cooperazione ed il coordinamento di cui all'art. 7, comma 2, elaborando un unico documento di valutazione dei rischi indicante le misure adottate per eliminare le interferenze (DUVRI), da allegare al contratto di appalto o d'opera. Un'ulteriore modifica (apportata dall'art. 3, comma 1, lett. *b*, della l. n. 123 del 2007) è consistita nell'aggiunta all'art. 7 del d.lgs. n. 626 del 1994 del comma 3-*ter* il quale ha previsto l'obbligo di indicare specificamente, nei contratti di somministrazione, di appalto e di subappalto, di cui agli artt. 1559, 1655 e 1656 c.c., i costi relativi alla sicurezza del lavoro, potendo accedere a tali dati, su richiesta, il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza e le organizzazioni sindacali dei lavoratori. Il tema dei costi della sicurezza è stato oggetto di considerazione in un'altra norma di diretta attuazione

---

Quali tutele in vista del Testo Unico", cit., in corso di pubblicazione negli Atti; F. BACCHINI, *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli appalti "d'impresa" ed endoaziendali. Commento all'art. 3, comma 1, lett. a), b)*, in ID. (a cura di), *Legge 3 agosto 2007, n. 123*, cit., p. 67 ss.; P. SOPRANI, *Appalti e sicurezza del lavoro*, in *DPL*, 2008, p. 801 ss.

[1345] Sul concetto di lavori "interni" all'azienda cfr. F. BACCHINI, *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli appalti "d'impresa" ed endoaziendali*, cit., p. 102 ss.

[1346] Che era già stato oggetto di una modifica da parte dell'art. 1, comma 910, della l. 296 del 2006, il quale, predisponendo un nuovo alinea del comma 1, aveva introdotto il riferimento all'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda ed aveva aggiunto il comma 3-*bis* relativo alla solidarietà dell'imprenditore committente con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risultasse indennizzato ad opera dell'INAIL.

della l. n. 123 del 2007, l'art. 8, il quale modificando l'art. 86 del codice degli appalti di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, ha previsto che, nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori siano tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità ed alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture. In ogni caso, il costo relativo alla sicurezza non può essere soggetto a ribasso d'asta[1347].

Un'attenzione particolare, pur nei limiti di questa ricognizione, merita quindi l'art. 26 del nuovo decreto[1348], il quale continua ad assumere come presupposto il fatto che il datore di lavoro affidi lavori all'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima. È stato giustamente osservato come il "nonché" di cui all'art. 26, comma 1 (peraltro già presente anche nell'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 626 del 1994, dopo la modifica *ex* art. 1, comma 910 della l. n. 296 del 2006) debba essere interpretato non già come aggiuntivo di un ulteriore requisito, bensì semplicemente come aggiuntivo di una ulteriore fattispecie (come "o comunque"), essendo rilevante ai fini della norma *de qua* "non solo la contestualità o la contiguità spaziale e temporale delle attività degli appaltatori, ma anche la semplice inerenza sul piano organizzativo della loro attività al ciclo produttivo del committente"[1349].

Rispetto a quanto previsto dall'art. 7 del d.lgs. n. 626 del 1994 (come modificato ed integrato dall'art. 3 della l. n. 123 del 2007), l'art. 26 ha innanzitutto previsto che il datore di lavoro verifichi, con le modalità previste dal decreto di cui all'art. 6, comma 8, lett. *g*[1350], l'idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi in relazione ai lavori da affidare in appalto o mediante contratto d'opera o di somministrazione[1351], disponendo inoltre che lo stesso datore fornisca ai medesimi soggetti dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività.

Facendo in gran parte tesoro di quanto previsto dall'art. 7 del d.lgs. n. 626 del 1994 come recentemente modificato, ma apportando talora qualche innovazione, l'art. 26 ha poi disposto che i

---

1347 Su queste previsioni cfr. D. CEGLIE, *Appalti "interni" e appalti pubblici, tra rischi "interferenziali" e costi della sicurezza*, in M. RUSCIANO e G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro. Appendice di aggiornamento*, cit., p. 13 ss.

1348 Su cui cfr. F. BACCHINI, *Committenti e appaltatori*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 183 ss., spec. p. 188 ss.

1349 A. TERZI, *La responsabilità del committente negli appalti*, intervento presentato al Seminario di studi di Magistratura democratica su "La sicurezza sul lavoro", cit., p. 6 del dattiloscritto. V. altresì V. PASQUARELLA, *Appalto e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 104.

1350 Si tratta di un decreto del Presidente della Repubblica, emanato, acquisito il parere della Conferenza Stato-Regioni, entro 12 mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2008, e finalizzato a disciplinare il sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi di cui all'art. 27 in base ai criteri definiti dalla Commissione consultiva permanente.

1351 Fino alla emanazione del predetto decreto, la verifica è eseguita mediante l'acquisizione del certificato di iscrizione alla Camera di commercio, industria e artigianato, ovvero dell'autocertificazione dell'impresa appaltatrice o dei lavoratori autonomi del possesso dei requisiti di idoneità tecnico professionale, ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445 del 2000.

datori di lavoro, ivi compresi i subappaltatori[1352], cooperino all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto e coordinino gli interventi di prevenzione e protezione dai rischi cui sono esposti i lavoratori, informandosi reciprocamente anche al fine di eliminare rischi dovuti alle interferenze tra i lavori delle diverse imprese coinvolte nell'esecuzione dell'opera complessiva[1353]. Si conferma che spetta al datore di lavoro committente promuovere la cooperazione ed il coordinamento elaborando un unico documento di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare i rischi da interferenze, ovvero – e questa è una novità – per ridurli al minimo qualora la loro eliminazione non sia possibile. Sebbene il predetto documento di valutazione (DUVRI) non debba essere confuso con quello "generale" di valutazione dei rischi (DVR)[1354] e riguardi soltanto i rischi da interferenza tra le attività dell'appaltante e dell'appaltatore[1355], sia la previsione della responsabilità della sua elaborazione in capo al datore di lavoro committente sia il fatto che abbia ad oggetto una valutazione dei rischi (ancorché particolari) sembrerebbero configurare l'obbligo di elaborazione del DUVRI come indelegabile, potendo quindi destare, *prima facie*, una certa sorpresa il mancato richiamo di tale obbligo nell'art. 17 del d.lgs. n. 81 del 2008 e la sua esplicita ricomprensione invece tra quelli delegabili *ex* art. art. 18, comma 1, lett. *p*. Nondimeno, una più attenta valutazione delle finalità dell'istituto e, soprattutto, delle esigenze connesse alla sua gestione, può giustificare la sua delegabilità[1356].

Il nuovo decreto conferma altresì che il DUVRI vada allegato al contratto di appalto o di opera[1357], ma, assai discutibilmente, prevede che ai contratti stipulati anteriormente al 25 agosto 2007 ed ancora in corso alla data del 31 dicembre 2008, il documento debba essere allegato solo entro

---

[1352] E questa è una importante novità, come sottolinea F. BACCHINI, *Misure di tutela ed obblighi*, cit., p. 261.

[1353] Sull'importanza della reciproca informazione cfr. F. BACCHINI, *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli appalti "d'impresa" ed endoaziendali*, cit., p. 119. V. altresì O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., p. 44.

[1354] Di cui, precedentemente, all'art. 4 del d.lgs. n. 626 del 1994 ed ora disciplinato agli artt. 28 e 29 del d.lgs. n. 81 del 2008. Per una opportuna considerazione dei rischi interferenziali nel DVR di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 626 del 1994, prima della modifica dell'art. 7 dello stesso decreto da parte dell'art. 3 della l. n. 123 del 2007, nonché per l'individuazione del diverso ambito dei destinatari del DVR e del DUVRI sempre con riferimento ai rischi interferenziali, cfr. F. BACCHINI, *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli appalti "d'impresa" ed endoaziendali*, cit., p. 123, il quale sottolinea come il DUVRI costituisca "cosa diversa ed ulteriore" rispetto al DVR.

[1355] E non già i rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi. Secondo A. TERZI, *La responsabilità del committente negli appalti*, cit., p. 6 del dattiloscritto, può definirsi "specifico" tutto quello che è gestito autonomamente, "mentre non è specifico ogni rischio connesso a scelte tecniche e organizzative imposte dal committente". Su tale problematica cfr. anche F. BACCHINI, *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli appalti "d'impresa" ed endoaziendali*, cit., p. 119.

[1356] Almeno per quanto attiene alla questione di principio, la tesi dell'indelegabilità del DUVRI (relativamente al d.lgs. n. 626 del 1994) parrebbe condivisa in prima battuta da F. BACCHINI, *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli appalti "d'impresa" ed endoaziendali*, cit., p. 116. L'autore, tuttavia, segnala poi puntualmente come, nella disciplina del d.lgs. n. 626 del 1994 modificato dalla l. n. 123 del 2007, la tesi dell'indelegabilità del DUVRI incontrasse ostacoli sia per la mancata ricomprensione del relativo obbligo tra quelli indelegabili di cui all'art. 1, comma 4-*ter* di tale decreto, sia per la mancata modifica dell'apparato sanzionatorio, giungendo infine a ritenere che la delegabilità del DUVRI meglio risponda alle finalità della sua previsione, anche tenendo conto della necessità del suo costante aggiornamento (*op. cit.*, pp. 125-126).

[1357] Secondo F. BACCHINI, *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli appalti "d'impresa" ed endoaziendali*, cit., p. 128, l'allegazione dovrebbe intendersi secondo il principio dell'integrazione legale degli effetti del contratto di cui all'art. 1374 c.c. Tale allegazione sembra invece finalizzata ad assolvere un onere di pubblicità delle misure prevenzionistiche previste nel DUVRI (particolarmente necessaria per la presenza di più imprese): d'altronde, lo stesso legislatore, quando ha inteso integrare *ex lege* il contenuto del contratto di appalto (con l'indicazione dei costi per la sicurezza) lo ha previsto in modo ben diverso senza evocare l'allegazione.
Quanto alla tempistica dell'allegazione, lo stesso autore, pur ritenendo logico che il DUVRI fosse pronto già nella fase precedente alla presentazione dell'offerta contrattuale, presume che venga invece semplicemente allegato a contratti già stipulati (*op. cit.*, p. 129).

tale ultima data. Non poche perplessità si addensano sulla legittimità di tale dilazione, non foss'altro perché i rischi da interferenze esistono in quanto tali e non sembrano giustificare una protezione attenuata in ragione della data di stipulazione del contratto di appalto. In realtà, ove si ritenga che il differimento dell'allegazione del DUVRI ai contratti corrisponda alla procrastinazione della sua elaborazione, ben potrebbe ipotizzarsi l'illegittimità costituzionale di tale previsione, *ex* art. 76 Cost., in quanto prevede un abbassamento dei livelli di protezione rispetto alla disciplina pregressa[1358], che la norma delegante (art. 1, comma 3) non consente[1359]. Con riferimento alla disciplina previgente, si era rilevato che l'obbligo di elaborazione ed allegazione del DUVRI ricorresse soltanto per i contratti di appalto o di opera stipulati o rinnovati dopo l'entrata in vigore della l. n. 123 del 2007 in quanto, essendo l'art. 7, comma 3, del d.lgs. n. 626 del 1994 presidiato da una sanzione penale, il principio di irretroattività della legge penale di cui all'art. 25 c.p. non avrebbe consentito di estendere l'obbligo a contratti già stipulati prima della sua previsione[1360]. Tale assunto tuttavia non convince perché, sopravvalutando il dato della stipulazione del contratto, svaluta invece indebitamente la *ratio* dell'obbligo di elaborazione ed allegazione del DUVRI, il quale mira a prevenire rischi che emergono in ragione della presenza di appalti, a prescindere dal fatto che i relativi contratti fossero stati già stipulati in precedenza. A ben guardare, il principio di irretroattività della legge penale impediva soltanto che un datore di lavoro fosse assoggettato a sanzione penale per non aver elaborato ed allegato il DUVRI prima della data di entrata in vigore del relativo obbligo, mentre non poteva impedire di punire chi, dopo tale data, non avesse provveduto ad elaborare il documento e ad allegarlo al contratto precedentemente stipulato.

All'invito contenuto nel criterio di delega relativo al miglioramento dell'efficacia della responsabilità solidale tra appaltante ed appaltatore, l'art. 26, comma 4, risponde ribadendo quanto era già previsto in ordine alla solidarietà tra l'imprenditore committente, l'appaltatore e ciascuno degli eventuali subappaltatori per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'INAIL[1361]. Il predetto "miglioramento" consiste dunque "soltanto" nella estensione del predetto meccanismo solidaristico ai lavoratori marittimi (facendosi ora riferimento anche all'ipotesi in cui il lavoratore non risulti indennizzato dall'IPSEMA), nella salvezza delle disposizioni vigenti in materia di responsabilità solidale per il mancato pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali e assicurativi, e nella esplicazione della non applicazione del meccanismo della solidarietà ai danni conseguenti ai rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici. Continua invece a latitare l'esplicitazione di quel "criterio di accertamento del livello di protezione" dei lavoratori "da considerare invalicabile", dal quale, secondo alcuni commentatori della legge delega, dipende la reale tenuta del sistema e che non dovrebbe essere inferiore a quello relativo ai dipendenti del datore

---

1358 Cfr. l'art. 7 del d.lgs. n. 626 del 1994, come modificato dall'art. 3 della l. n. 123 del 2007.

1359 Sulla previsione di "non regresso" contenuta nella delega e sulle possibili modalità dell'abbassamento della tutela v. O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., pp. 35-36.

1360 F. BACCHINI, *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli appalti "d'impresa" ed endoaziendali*, cit., pp. 129-130.

1361 Queste previsioni non si applicano ai danni conseguenti ai rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici. Più in generale, sulla disciplina delle responsabilità solidali negli appalti v. L. IMBERTI, *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento (aggiornato al decreto legge 97/2008)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-72/2008.

di lavoro committente[1362].

Quanto alla natura della predetta responsabilità solidale, è stato rilevato come si tratti di responsabilità extracontrattuale ed oggettiva "che prescinde dall'accertamento della imputabilità dell'inadempimento… di tutela congiunta che ha dato luogo all'infortunio (che sarà rilevante nei rapporti interni tra appaltante e appaltatore per l'eventuale regresso)"; diversamente opinando, si dovrebbe rilevare l'inutilità della norma poiché, "se il presupposto della responsabilità solidale fosse l'accertamento della colpa dell'imprenditore committente per violazione, in concorso con l'appaltatore, di uno degli obblighi imposti dalla norma stessa, nessun dubbio vi potrebbe essere sulla sua responsabilità solidale a prescindere dalla norma specifica"[1363]. Per altro verso, si è osservato come la mancata menzione della somministrazione nell'art. 26, comma 4, possa essere superata in via interpretativa, giacché, limitando la responsabilità solidale al solo appalto, si finirebbe per gravare il lavoratore (in relazione agli altri contratti con lo stesso scopo) "della ripartizione del rischio fra committente e impresa" affidataria, per sottoporre ad un differente regime probatorio (prova della colpa) questi diversi contratti e per "escludere solo per questi contratti la responsabilità del committente quando non vi sia o non si raggiunga la prova di una sua responsabilità rispetto all'adempimento degli obblighi congiunti"[1364].

Anche le previsioni sui costi della sicurezza introdotte nel 2007 vengono ribadite[1365], sebbene l'art. 26, comma 5, non faccia più menzione della salvezza delle disposizioni in materia di sicurezza e salute del lavoro previste dalla disciplina vigente degli appalti pubblici[1366]. Pertanto, si prevede l'obbligo di indicare specificamente i costi relativi alla sicurezza del lavoro, con particolare riferimento a quelli propri connessi allo specifico appalto[1367]: la predetta specificazione va fatta nei singoli contratti di subappalto, di appalto e di somministrazione, qui precisandosi opportunamente "anche qualora in essere al momento della entrata in vigore del decreto legislativo"[1368]. Si tratta, a ben guardare, della previsione di un'integrazione legale del contenuto dei contratti *ex* art. 1374 c.c. che, ove non osservata, in base ai principi generali dovrebbe riverberare effetti sulla validità degli stessi contratti *ex* art. 1418 c.c.[1369], nonostante le perplessità sollevate sulla efficacia

---

[1362] Cfr. S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 43, il quale rileva come tale livello potrebbe in ipotesi corrispondere anche a "quello medio praticato dall'impresa appaltatrice nella sua attività standard, a prescindere dall'appalto in corso di assegnazione".

[1363] A. TERZI, *La responsabilità del committente negli appalti*, cit., pp. 9 e 10 del dattiloscritto, la quale, a tale proposito, richiama lo schema dell'art. 2049 c.c. con il quale la responsabilità solidale di cui all'art. 26 condivide il "criterio di imputazione del rischio al soggetto che si avvantaggia della situazione di fatto oggetto della fattispecie", non dovendosi inoltre trascurare il fatto che la responsabilità oggettiva del datore di lavoro in materia di sicurezza è specificamente contemplata e consentita dall'art. 4, parr. 3 e 4, della direttiva n. 89/391/CEE. Sulla responsabilità solidale cfr. *amplius* F. BACCHINI, *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli appalti "d'impresa" ed endoaziendali*, cit., p. 134 ss.

[1364] A. TERZI, *La responsabilità del committente negli appalti*, cit., p. 11 del dattiloscritto, la quale fra l'altro attribuisce al giudice del lavoro la competenza a conoscere delle controversie relative alla responsabilità oggettiva del committente dal momento che "il titolo della domanda è sempre il rapporto di lavoro con l'appaltatore".

[1365] Cfr. F. BACCHINI, *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli appalti "d'impresa" ed endoaziendali*, cit., p. 144 ss.

[1366] Che compariva nell'art. 7, comma 3-*ter*, aggiunto dall'art. 3 della l. n. 123 del 2007.

[1367] Su questa puntualizzazione cfr. F. BACCHINI, *Misure di tutela ed obblighi*, cit., p. 262.

[1368] Il che conferma vieppiù la discutibilità della dilazione dell'allegazione del DUVRI ai contratti già stipulati.

[1369] Sul punto cfr. *amplius* F. BACCHINI, *Misure di tutela ed obblighi*, cit., pp. 261-262.

della sanzione della nullità a proposito di contratti ad esecuzione continuata[1370]. Al di là della sua effettività, la sanzione civilistica costituisce l'unico presidio dell'obbligo di indicazione dei costi per la sicurezza, poiché – come già accadeva con l'art. 7, comma 3-*ter* del d.lgs. m. 626 del 1996[1371] – il legislatore non ha previsto sanzioni penali per la violazione del predetto obbligo.

I contratti di cui si parla sono sempre quelli di cui agli artt. 1559 (somministrazione), 1655 (appalto) e 1656 (subappalto) c.c.[1372], ai quali viene ora aggiunto l'art. 1677 (prestazione continuativa o periodica di servizi), mentre, nel caso dell'art. 1559, si escludono i contratti di somministrazione di beni e servizi essenziali. Ancora una volta discutibilmente, l'art. 26, comma 5, secondo periodo, prevede che, con riferimento ai contratti stipulati prima del 25 agosto 2007, i costi della sicurezza del lavoro siano indicati entro il 31 dicembre 2008, qualora gli stessi contratti siano ancora in corso a tale data. A tali dati possono accedere, su richiesta, il RLS e gli organismi locali delle organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, apparentemente non risolvendosi il dubbio[1373] su quale sia il RLS legittimato a richiedere i dati. Un'indiretta indicazione potrebbe essere fornita dalla previsione di cui all'art. 50, comma 5, che riconosce sia al RLS del datore di lavoro committente sia a quelli delle imprese appaltatrici il diritto di ricevere, su loro richiesta e per l'espletamento della loro funzione, copia del DUVRI: l'interpretazione analogica in tal caso non sembra preclusa visto che l'eventuale violazione del diritto di accesso ai dati sui costi per la sicurezza non risulta sanzionata.

Si è recentemente posto il problema se il riferimento del d.lgs. n. 81 del 2008 non solo al contratto di appalto, ma anche a quello di somministrazione possa integrare un eccesso di delega dato che l'art. 1, comma 2, lett. *s*, della l. n. 123 del 2007 richiama esclusivamente gli appalti[1374]. La risposta negativa è stata motivata in base al fatto che la delega comprende l'attuazione della direttiva 89/391/CEE, la quale, "avendo come destinatari ordinamenti giuridici diversi, non può essere interpretata nel senso di una delimitazione al contratto di appalto", ma esprime un concetto sostanziale – qual è l'affidamento ad altre imprese di segmenti del ciclo produttivo del committente – che prescinde dalle tipologie negoziali presenti nei vari ordinamenti[1375]. Sulla scorta di ciò si è poi sostenuto che i riferimenti contenuti nell'art. 26 non possono essere considerati tassativi, dovendosi applicare la norma a qualsiasi contratto anche atipico che realizzi lo scopo di quelli da esso nominati[1376]. Al di là della condivisibilità della risposta circa il presunto eccesso di delega, non convince invece il rilievo sulla non tassatività delle tipologie negoziali indicate nell'art. 26, almeno con riferimento alle previsioni di tale norma presidiate dalle sanzioni penali di cui all'art. 55 del d.lgs. n. 81 del 2008, stante il doveroso rispetto dei principi generali di legalità e tassatività

---

1370 A. TERZI, *La responsabilità del committente negli appalti*, cit., p. 13 del dattiloscritto.

1371 F. BACCHINI, *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli appalti "d'impresa" ed endoaziendali*, cit., p. 148.

1372 Già individuati nel comma 3-*ter* dell'art. 7 del d.lgs. n. 626 del 1994 introdotto dall'art. 3, comma 1, lett. *b*, della l. n. 123 del 2007.

1373 Già avanzato da O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., p. 45.

1374 A. TERZI, *La responsabilità del committente negli appalti*, cit., p. 8 del dattiloscritto.

1375 A. TERZI, *La responsabilità del committente negli appalti*, cit., pp. 8 e 9 del dattiloscritto.

1376 A. TERZI, *La responsabilità del committente negli appalti*, cit., p. 9 del dattiloscritto. Per un esame della problematica relativamente all'art. 7 del d.lgs. n. 626 del 1994, cfr. F. BACCHINI, *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli appalti "d'impresa" ed endoaziendali*, cit., p. 95 ss.

in materia penale[1377].

Diversamente da quanto accade nel caso degli appalti pubblici[1378], per quelli privati l'art. 26 non fornisce criteri oggettivi di accertamento e di calcolo degli oneri finanziari della sicurezza, che rischiano così di rimanere in balia della "legge del mercato", evidenziandosi oltretutto non poche difficoltà sia relativamente alla "determinazione del valore degli investimenti minimi da inserire nei bandi", sia in ordine al controllo pubblico della congruità delle previsioni di spesa[1379]. Non si dovrebbe fra l'altro trascurare che, proprio attraverso un'attenta analisi dei costi della sicurezza, si potrebbe efficacemente verificare l'idoneità dell'appaltatore che – nella logica dell'art. 26, diversamente da quanto pare risultare dal comma 1, lett. *a* – non dovrebbe essere tanto l'idoneità a fornire il servizio o l'opera richiesta, bensì "l'idoneità a gestire il sistema di sicurezza"[1380].

Come già segnalato, nell'ambito dello svolgimento di attività in regime di appalto o subappalto, il personale occupato dall'impresa appaltatrice o subappaltatrice deve essere munito di apposita tessera di riconoscimento corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro. Tale obbligo, finalizzato a contrastare il lavoro irregolare, era già stato introdotto con l'art. 6, comma 1, della l. n. 123 del 2007[1381], che lo aveva a sua volta mutuato dal menzionato art. 36-*bis*, comma 3, della "legge Bersani", e vale anche per i lavoratori autonomi che esercitano direttamente la propria attività nel medesimo luogo di lavoro. L'art. 26 del d.lgs. n. 81 del 2008 non ripropone tuttavia quanto previsto dal comma 2 dell'art. 6 della l. n. 123 del 2007 (articolo interamente abrogato dall'art. 304, comma 1, lett. *c*), il quale, nel caso di datori di lavoro con meno di dieci dipendenti, prevedeva che l'obbligo relativo alla "tessera" potesse essere assolto mediante annotazione degli estremi del personale giornalmente impiegato nei lavori su apposito registro vidimato dalla Direzione provinciale del lavoro, da tenersi sul luogo di lavoro.

---

[1377] Cfr. l'art. 55, comma 4, lett. *b*, che punisce con l'arresto da tre a sei mesi o con l'ammenda da 2.000 a 5.000 euro la violazione dell'art. 26, comma 1, lett. *b*, nonché l'art. 55, comma 4, lett. *d*, che punisce con l'arresto da quattro a otto mesi o con l'ammenda da 1.500 a 6.000 euro la violazione dell'art. 26, comma 1, e 2, lett. *a* e *b*: entrambe tali norme fanno riferimento a soggetti la cui identificazione è connessa alle tipologie negoziali indicate nell'art. 26. V. anche l'art. 55, comma 4, lett. *m*, che punisce con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 500 euro per ciascun lavoratore la violazione dell'art. 26, comma 8.

[1378] Dando attuazione ad uno dei criteri di delega precedentemente richiamati e sviluppando quanto previsto dall'art. 8 della l. n. 123 del 2007 (con cui era stato modificato l'art. 86 del. d.lgs. n. 163 del 2006), l'art. 26 dispone inoltre che, nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori siano tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture. A tal fine il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione (cfr. A. ODDO, *La congruità dei costi del lavoro e della sicurezza nei lavori, nei servizi e nelle forniture pubbliche. Commento all'art. 8*, in F. BACCHINI (a cura di), *Legge 3 agosto 2007, n. 123*, cit., p. 213 ss.). Le disposizioni del d.lgs. n. 81 del 2008 trovano applicazione in materia di appalti pubblici salvo quanto diversamente disposto dal d.lgs. n. 163 del 2006 modificate dall'art. 8, comma 1, della l. n. 123 del 2007.

[1379] Così S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 43.

[1380] A. TERZI, *La responsabilità del committente negli appalti*, cit., pp. 12 e 13 del dattiloscritto.

[1381] C. LAZZARI, *Svolgimento di attività in appalto o subappalto e tessera di riconoscimento*, in M. RUSCIANO e G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro. Appendice di aggiornamento*, cit., p. 81 ss.

### 8.3.1. La qualificazione delle imprese

Sulla scorta del criterio di delega contenuto nell'art. 1, comma 2, lett. *m*, della l. n. 123 del 2008[1382] e valorizzando l'assunto secondo cui un'efficace prevenzione presuppone un'adeguata organizzazione qualitativamente apprezzabile, l'art. 27 del nuovo decreto prevede che, nell'ambito della Commissione consultiva permanente, anche tenendo conto delle indicazioni provenienti dagli organismi paritetici, vengano individuati settori e criteri finalizzati alla definizione di un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi, con riferimento alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, fondato sulla base della specifica esperienza, competenza e conoscenza, acquisite anche attraverso percorsi formativi mirati. Il possesso dei requisiti per ottenere la predetta qualificazione costituisce elemento vincolante per la partecipazione alle gare relative agli appalti e subappalti pubblici e per l'accesso ad agevolazioni, finanziamenti e contributi a carico della finanza pubblica, sempre se correlati ai medesimi appalti o subappalti.

Ancora una volta sarà decisivo il ruolo "promozionale" della nuova Commissione consultiva la quale, sulla scorta del documento conclusivo dell'Assemblea dei quadri e delegati Cgil-Cisl-Uil del 12 gennaio 2007, ben potrebbe indicare fra i criteri per la qualificazione delle imprese un obbligo formativo preventivo alla sicurezza per chiunque voglia iniziare un'attività imprenditoriale, "che tenga conto delle caratteristiche di pericolosità della attività che si intendono avviare, dell'esperienza e dei livelli di istruzione"[1383].

### 8.4. La valutazione dei rischi

La II sezione del Capo III è riservata alla valutazione dei rischi, che costituisce il perno del sistema di gestione aziendale della prevenzione e della quale si disciplinano in dettaglio contenuto e modalità.

L'art. 28 disciplina l'oggetto della valutazione dei rischi, riferendosi a tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi anche a quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004[1384], quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, secondo quanto previsto dal d.lgs. n. 151 del 2001, nonché quelli connessi alle differenze di genere, all'età[1385], alla provenienza da altri paesi. Sul carattere esemplificativo di tale elencazione[1386] non possono sorgere dubbi, come risulta dallo stesso tenore letterale che ricomprende i rischi appena menzionati tra tutti i rischi che debbono essere valutati. Spiace tuttavia constatare che non si faccia alcuna menzione dei rischi particolari connessi alle tipologie negoziali flessibili[1387], peraltro "recuperabili" sia in forza della non tassatività della predetta elencazione sia, forse, grazie alla previsione di cui allo stesso art. 28, comma 2, lett. *f*.

---

[1382] Previsione di un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi, fondato sulla specifica esperienza, ovvero sulle competenze e conoscenze in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, acquisite attraverso percorsi formativi mirati.

[1383] M. LAI, *Il ruolo delle parti sociali*, cit., p. 199.

[1384] Sullo stress da lavoro cfr. F. BACCHINI, *La valutazione dei rischi*, in ID. (a cura di), *Speciale Testo Unico sicurezza del lavoro*, cit., p. 263.

[1385] Come già evidenziato, il termine "età" allude sia ai più giovani sia ai lavoratori più maturi: cfr. F. BACCHINI, *La valutazione dei rischi*, cit., p. 265.

[1386] F. BACCHINI, *La valutazione dei rischi*, cit., p. 263.

[1387] Sul punto cfr. già M. LAI, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 101, ed ora M. TIRABOSCHI, *Per i collaboratori tutela solo formale*, in *Il Sole 24 ORE* del 15 maggio 2008, p. 27.

Il documento redatto a conclusione della valutazione (DVR) deve innanzitutto avere data certa. A tale proposito, trattandosi di un documento "privato", per il quale la legge richiede la forma scritta senza ulteriori specificazioni, sembra davvero eccessivo, per ottenere la certificazione della data, esigere che il DVR sia redatto per atto pubblico o scrittura privata autenticata. D'altro canto, per certificare la data si potrebbero seguire ulteriori e più semplici procedure, come l'annullo dell'Ufficio del registro o di un ufficio postale. Anche così, tuttavia, si otterrebbe un eccessivo appesantimento di questo adempimento datoriale, non dovendosi oltretutto dimenticare che il DVR è suscettibile di aggiornamenti. Senza scomodare la legge delega che conteneva chiari segnali in ordine alla semplificazione degli adempimenti meramente formali (tale non è però il DVR), c'è tuttavia da chiedersi se il legislatore, esigendo una data certa, abbia inteso riferirsi ai "sacri" principi dell'opponibilità ai terzi[1388], o abbia più semplicemente richiesto che sia comunque possibile accertare la genuina collocazione temporale del DVR. In tal senso, non sembrerebbe azzardato ipotizzare una soluzione meno formalistica, ma più coerente con la filosofia partecipativa della sicurezza, consistente nel rafforzare il coinvolgimento di chi deve cooperare con il datore di lavoro nell'effettuazione della valutazione e nell'elaborazione del DVR, immaginando quindi la semplice redazione di un apposito verbale allegato al DVR attestante la veridicità della data dello stesso e sottoscritto, oltre che dal datore di lavoro, dal responsabile del servizio di prevenzione e protezione, dal medico competente (ove abbia partecipato) e dal rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (al quale, ove ne faccia richiesta, il documento va consegnato). Poesia, si dirà. Ed infatti è presumibile che in un paese come questo, fondato su timbri e tamponi, alla fine la spunterà il prosaico annullo postale!

Per quanto concerne il contenuto obbligatorio del DVR, oltre a quanto già prevedeva l'art. 4 del d.lgs. n. 626 del 1994[1389], l'art. 28 stabilisce che il DVR debba ora contenere: l'individuazione delle procedure per l'attuazione delle misure da realizzare nonché dei ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere, a cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri; l'indicazione del nominativo del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza o di quello territoriale e del medico competente che ha partecipato alla valutazione dei rischi; l'individuazione delle mansioni che eventualmente espongono i lavoratori a rischi specifici che richiedono una riconosciuta capacità professionale, specifica esperienza, adeguata formazione e conoscenza del contesto lavorativo. Stante il tenore di quest'ultima previsione, mediante essa si potrebbe tentare di recuperare un'adeguata "tutela" per quei lavoratori "flessibili" che non abbiano appunto una riconosciuta capacità professionale, specifica esperienza, adeguata formazione e conoscenza del contesto lavorativo.

---

[1388] F. BACCHINI, *La valutazione dei rischi*, cit., p. 265.

[1389] Una relazione sulla valutazione di tutti i rischi per la sicurezza e la salute durante il lavoro, nella quale siano specificati i criteri adottati per la valutazione stessa; l'indicazione delle misure di prevenzione e di protezione attuate e dei dispositivi di protezione individuali adottati, a seguito della valutazione dei rischi; il programma delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza.

È evidente come queste dettagliate prescrizioni rendano più pregnante che in passato l'elaborazione del documento di valutazione[1390], corroborando vieppiù l'opinione – peraltro non dominante – secondo cui, anche sotto l'egida della disciplina previgente, la fattispecie "mancata effettuazione della valutazione" si sarebbe realizzata non solo quando non si fosse provveduto a redigere il documento[1391], ma anche quando quest'ultimo si fosse rivelato insufficiente, incompleto o inadeguato[1392], potendo tale inadeguatezza riguardare tanto i parametri di cui all'art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 626 del 1994 quanto "apposite norme in rapporto ad alcuni rischi specifici"[1393].

Delle modalità di effettuazione della valutazione dei rischi si occupa in dettaglio l'art. 29, il quale, oltre a prevedere la preventiva consultazione del RLS, ribadisce la necessaria collaborazione con il responsabile del servizio di prevenzione e protezione e con il medico competente. Purtroppo, il coinvolgimento del medico competente in occasione della valutazione dei rischi è rimasto confinato ai soli casi in cui sia obbligatoria la sorveglianza sanitaria, laddove – in una prospettiva di più efficace prevenzione e protezione della salute dei lavoratori in qualche modo emergente dalla delega[1394] – non sarebbe stato affatto inopportuno valorizzarne maggiormente la partecipazione, eventualmente addossando al datore di lavoro l'onere di dimostrarne la non necessità.

Tra le novità va segnalato che la valutazione e il relativo documento debbono essere rielaborati non solo – come prevedeva l'art. 4 del d.lgs. n. 626 del 1994 – in occasione di modifiche del processo produttivo o dell'organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e della sicurezza dei lavoratori, ma anche in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione e della protezione o a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità, dovendosi aggiornare, a seguito di tale rielaborazione, le misure di prevenzione.

Particolari disposizioni sono dettate per le imprese di minori dimensioni, alle quali la disciplina previgente consentiva di autocertificare l'assolvimento dell'obbligo della valutazione dei rischi[1395]. Tale previsione aveva destato non poche perplessità, rilevandosi in particolare il rischio che l'autocertificazione fosse uno schermo per mascherare la non valutazione, al di là poi delle

---

1390 L. PONIZ, *Legge 123/2007 e decreti attuativi: profili penalistici*, relazione presentata al Seminario di studi di Magistratura democratica su "La sicurezza sul lavoro", cit.

1391 Come invece ritenuto, con riferimento al divieto di stipulazione di un contratto a termine in caso di mancata valutazione dei rischi (art. 3, comma 1, lett. *d*, del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368), da A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001, p. 33, secondo i quali il contenuto della valutazione, purché formalmente effettuata, è assolutamente irrilevante ai fini dell'integrazione degli estremi del divieto.

1392 Cfr. R. GUARINIELLO, *Obblighi e responsabilità delle imprese nella giurisprudenza penale*, in *RGL*, 2001, I, p. 529 ss., qui p. 536; S. MARGIOTTA, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, IV ed., Collana di Diritto privato diretta da P. RESCIGNO, Ipsoa, Milano, 2006, p. 1381 ss., qui p. 1393.

1393 R. GUARINIELLO, *Obblighi e responsabilità delle imprese*, cit., p. 536, il quale cita l'ipotesi di un documento che, con riferimento ad un posto di lavoro con videoterminali, trascuri di valutare i rischi per la vista o quelli relativi alla postura o le condizioni ergonomiche e di igiene ambientale. In giurisprudenza v. Cass., 12 gennaio 1996, in *DPL*, 1996, p. 572.

1394 Cfr. l'art. 1, comma 2, lett. *t*, della l. n. 123 del 2007 ove si parla di rivisitazione delle modalità di attuazione della sorveglianza sanitaria, adeguandola alle differenti modalità organizzative del lavoro, ai particolari tipi di lavorazioni ed esposizioni, nonché ai criteri ed alle linee guida scientifici più avanzati, anche con riferimento al prevedibile momento di insorgenza della malattia.

1395 Cfr. art. 4, comma 11, del d.lgs. n. 626 del 1994.

difficoltà di dimostrare concretamente l'avvenuta valutazione in assenza del documento di valutazione[1396]. La soluzione accolta dal legislatore del 2008 per i datori di lavoro che occupano fino a 10 lavoratori costituisce un passo in avanti, pur atteggiandosi come compromissoria: lascia sopravvivere la procedura autocertificatoria ma solo temporaneamente, vale a dire fino a che non siano disponibili procedure standardizzate di valutazione dei rischi[1397]. Questa previsione tuttavia non si applica per alcune attività connotate da particolare pericolosità[1398], trovando anche così attuazione il criterio di delega di cui all'art. 1, comma 2, lett. *c*, n. 1, della l. n. 123 del 2007 che evoca misure di particolare tutela per determinate categorie di lavoratori e lavoratrici e per specifiche tipologie di lavoro o settori di attività.

Anche i datori di lavoro che occupano fino a 50 lavoratori possono effettuare la valutazione dei rischi sulla base delle predette procedure standardizzate, ma, a differenza di quelli che occupano fino a 10 lavoratori, nelle more dell'elaborazione di tali procedure non possono ricorrere all'autocertificazione e debbono effettuare la valutazione dei rischi nel modo ordinario[1399]. In ogni caso, anche qualora l'impresa occupi fino a 50 lavoratori, la possibilità di ricorrere alle procedure standardizzate è esclusa per le attività pericolose[1400].

Occorre infine ricordare che, in base a quanto stabilito dall'art. 306, comma 2, del d.lgs. n. 81 del 2008, le disposizioni di cui agli artt. 17, comma 1, lett. *a*, e 28, nonché le altre disposizioni in tema di valutazione dei rischi che ad esse rinviano, ivi comprese le relative disposizioni sanzionatorie, acquistano efficacia decorsi novanta giorni dalla pubblicazione del decreto sulla Gazzetta ufficiale, continuando pertanto fino a tale data a trovare applicazione le disposizioni previgenti. Tra queste

---

1396 L. ANGELINI, *Lavori flessibili e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 106.

1397 I predetti datori, infatti, effettuano la valutazione dei rischi sulla base delle procedure standardizzate elaborate, ai sensi dell'art. 6, comma 8, lett. *f*, entro e non oltre il 31 dicembre 2010, dalla Commissione consultiva permanente tenendo conto dei profili di rischio e degli indici infortunistici di settore. Tali procedure sono poi recepite con decreto interministeriale adottato dai Ministeri del lavoro, della salute e dell'interno, acquisito il parere della Conferenza Stato-Regioni. Gli stessi datori di lavoro possono autocertificare l'effettuazione della valutazione dei rischi fino alla scadenza del diciottesimo mese successivo alla data di entrata in vigore del decreto interministeriale e, comunque, non oltre il 30 giugno 2012.

1398 Si tratta delle attività di cui all'art. 31 comma 6, lettere *a*, *b*, *c*, *d*, *g* del d.lgs. n. 81 del 2008, che si svolgono: nelle aziende industriali di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 334 del 1999 (attività a rischio di incidente rilevante) soggette all'obbligo di notifica o rapporto, ai sensi degli artt. 6 e 8 del medesimo decreto; nelle centrali termoelettriche; negli impianti ed installazioni di cui agli artt. 7, 28 e 33 del d.lgs. n. 230 del 1995; nelle aziende per la fabbricazione ed il deposito separato di esplosivi, polveri e munizioni; nelle strutture di ricovero e cura pubbliche e private con oltre 50 lavoratori. A prima vista, quest'ultimo riferimento sembrerebbe errato visto che le disposizioni sull'autocertificazione e sulle procedure standardizzate riguardano soltanto i datori di lavoro che occupano fino a 10 lavoratori: può tuttavia sostenersi – ad una più attenta lettura (che tenga conto anche di quanto disponeva il d.lgs. n. 626 del 1994) – che quel riferimento riguarda non tanto le aziende (e la loro dimensione occupazionale), quanto le "attività" che vi si svolgono, potendosi perciò concludere che, per le strutture di ricovero e cura pubbliche e private che ovviamente occupino fino a 10 lavoratori, il legislatore abbia inteso escludere la disciplina semplificata in ragione della specifica pericolosità in esse oggettivamente esistente, con la necessità dell'adozione del DVR secondo le procedure ordinarie.

1399 Tale previsione riguarda quindi le imprese che occupano da 11 a 50 lavoratori.

1400 Svolte: nelle aziende industriali di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 334 del 1999, soggette all'obbligo di notifica o rapporto, ai sensi degli artt. 6 e 8 del medesimo decreto; nelle centrali termoelettriche; negli impianti ed installazioni di cui agli artt. 7, 28 e 33 del d.lgs. n. 230 del 1995; nelle aziende per la fabbricazione ed il deposito separato di esplosivi, polveri e munizioni; nelle aziende in cui si svolgono attività che espongono i lavoratori a rischi chimici, biologici, da atmosfere esplosive, cancerogeni mutageni, connessi all'esposizione ad amianto; nelle aziende che rientrano nel campo di applicazione del d.lgs. n. 494 del 1996. A queste l'art. 29 aggiunge anche le industrie estrattive con oltre 50 lavoratori nonché le strutture di ricovero e cura pubbliche e private con oltre 50 lavoratori: fermo restando che la possibilità di utilizzare la procedura standardizzata vale soltanto per i datori che occupano fino a 50 lavoratori, debbono anche qui ribadirsi le considerazioni svolte poc'anzi in ordine alla possibilità di porre l'accento, più che sulle aziende e sulla loro dimensione occupazionale, sull'"attività" in esse svolta.

sembrerebbe doversi ricomprendere nella fase transitoria anche l'art. 96-*bis* del d.lgs. n. 626 del 1994, che è norma correlata alla valutazione dei rischi in quanto prevede che il datore di lavoro che intraprenda un'attività lavorativa sia tenuto ad elaborare il documento di valutazione dei rischi entro 3 mesi dall'effettivo inizio dell'attività. Senonché, venuta meno la fase transitoria, anche tale previsione decadrebbe, creandosi così una lacuna che dovrebbe essere colmata mediante la decretazione delegata integrativa di cui all'art. 1, comma 6, della l. n. 123 del 2007.

### 8.5. I modelli di organizzazione e di gestione

L'art. 30 contiene una norma innovativa che identifica i requisiti del modello di organizzazione e di gestione idoneo a scongiurare la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001[1401]. Tale modello deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un idoneo sistema aziendale[1402], prevedendo adeguati sistemi di registrazione delle attività, un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello ed un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate[1403]. L'art. 30 prevede che, in sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti già menzionati per le parti

---

[1401] Senza potersi qui addentrare sui delicati profili penalistici sottesi alla norma, occorre comunque ricordare che l'art. 9 della l. n. 123 del 2007, introducendo l'art. 25-*septies* nel predetto d.lgs. n. 231 del 2001 (omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela della igiene e della salute sul lavoro), aveva previsto che, in relazione ai delitti di cui agli artt. 589 e 590, comma 3, c.p. commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro, si applicasse una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a mille quote e che, nel caso di condanna per uno dei due citati delitti, si applicassero le sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2, del d.lgs. n. 231 del 2001 per una durata da tre mesi ad un anno (cfr. S. DOVERE, *L'impatto della l. 3.8.2007, n. 123 sull'apparato sanzionatorio della tutela della salute e della sicurezza del lavoro*, in M. RUSCIANO e G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro. Appendice di aggiornamento*, cit., p. 105 ss., qui p. 120 ss.; A. LANZI e P. ALDROVANDI, *L'applicazione del D.Lgs. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli Enti per fatto di reato, ai delitti di omicidio colposo e lesioni personali colpose commessi con violazione delle norme antinfortunistiche. Commento all'art. 9*, in F. BACCHINI (a cura di), *Legge 3 agosto 2007, n. 123*, cit., p. 225 ss.). L'art. 300 del d.lgs. n. 81 del 2008 sostituisce l'art. 25-*septies* del predetto d.lgs. n. 231 del 2001, confermando la sanzione pecuniaria delle mille quote e le sanzioni interdittive da tre mesi ad un anno solo in relazione al delitto di cui all'art. 589 c.p. ma soltanto ove sia commesso con violazione dell'art. 55, comma 2, del d.lgs. n. 81 del 2008, mentre qualora lo stesso delitto di cui all'art. 589 c.p. sia commesso *semplicemente* con violazione delle norme antinfortunistiche, si applica una sanzione pecuniaria da 250 quote a 500 quote e, nel caso di condanna per tale delitto, si applicano le sanzioni interdittive da tre mesi ad un anno. In relazione poi al delitto di cui all'art. 590, comma 3, c.p., commesso con violazione delle norme antinfortunistiche, si applica una sanzione pecuniaria non superiore a 250 quote e, nel caso di condanna per tale delitto, si applicano le sanzioni interdittive per un massimo di sei mesi. In generale, sulla riconduzione delle violazioni della disciplina antinfortunistica nell'ambito del d.lgs. n. 231 del 2001, cfr. Ga. MARRA, *Sicurezza dei luoghi di lavoro e responsabilità da reato delle persone giuridiche. Le condizioni di effettività*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 59 ss., nonché M. CINELLI, *Il progetto di "testo unico" della sicurezza sul lavoro: alcune osservazioni "a margine"*, ivi, p. 83 ss.

[1402] Per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi: *a*) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi ad attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici; *b*) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti; *c*) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; *d*) alle attività di sorveglianza sanitaria; *e*) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori; *f*) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori; *g*) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge; *h*) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate.

[1403] Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico.

corrispondenti[1404].

### 8.6. Il servizio di prevenzione e protezione

La III sezione riguarda il servizio di prevenzione e di protezione dai rischi (SPP). A differenza dell'art. 8 del d.lgs. n. 626 del 1994[1405], l'art. 31 prevede che il possesso delle capacità e dei requisiti professionali, l'essere in numero sufficiente rispetto alle caratteristiche dell'azienda e la disponibilità di mezzi e di tempo adeguati per lo svolgimento dei compiti assegnati sono elementi che riguardano non solo i dipendenti che fanno parte del SPP, ma tutti i soggetti coinvolti e, quindi, gli addetti e i responsabili dei servizi, interni o esterni. Inoltre, mentre la norma del 1994 prevedeva l'obbligo del datore di lavoro di ricorrere a persone o servizi esterni all'azienda qualora le capacità dei dipendenti all'interno dell'azienda ovvero dell'unità produttiva fossero insufficienti, quella del 2008 rende obbligatorio il ricorso a persone o servizi esterni in assenza di dipendenti che, all'interno dell'azienda ovvero dell'unità produttiva, siano in possesso dei requisiti di cui all'art. 32.

Il SPP deve essere obbligatoriamente interno negli stessi casi già previsti dall'art. 8 del d.lgs. n. 626 del 1994, precisandosi che, per quanto riguarda le strutture di ricovero e cura pubbliche e private, esse debbano occupare oltre 50 lavoratori[1406]. In tutti i casi in cui il SPP è obbligatoriamente interno, anche il responsabile del SPP deve essere interno. Nei casi di aziende con più unità produttive nonché nei casi di gruppi di imprese, può essere istituito un unico SPP e i datori di lavoro possono rivolgersi a tale struttura per l'istituzione del servizio e per la designazione degli addetti e del responsabile[1407].

Dato che la delega prevedeva la revisione dei requisiti, delle tutele, delle attribuzioni e delle funzioni dei soggetti del sistema di prevenzione aziendale anche attraverso idonei percorsi formativi[1408], il decreto delegato dà attuazione a tale criterio anche per quanto riguarda le figure soggettive del SPP[1409].

---

[1404] Agli stessi fini ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati dalla Commissione consultiva permanente. L'adozione del modello di organizzazione e di gestione di cui all'art. 30 nelle imprese fino a 50 lavoratori rientra tra le attività finanziabili ai sensi dell'art. 11.

[1405] Cfr. R. BORTONE, *Il servizio di prevenzione*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., p. 135 ss.

[1406] Il SPP deve essere interno: *a*) nelle aziende industriali di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 334 del 1999, soggette all'obbligo di notifica o rapporto, ai sensi degli artt. 6 e 8 del medesimo decreto; *b*) nelle centrali termoelettriche; *c*) negli impianti ed installazioni di cui agli artt. 7, 28 e 33 del d.lgs. n. 230 del 1995; *d*) nelle aziende per la fabbricazione ed il deposito separato di esplosivi, polveri e munizioni; e) nelle aziende industriali con oltre 200 lavoratori; *f*) nelle industrie estrattive con oltre 50 lavoratori; *g*) nelle strutture di ricovero e cura pubbliche e private con oltre 50 lavoratori. Anche in questo caso cfr. il criterio di delega di cui all'art. 1, comma 2, lett. *c*, n. 1, della l. n. 123 del 2007.

[1407] Nella nuova disposizione scompare l'obbligo per il datore di lavoro di comunicare all'Ispettorato del lavoro e alle ASL territorialmente competenti il nominativo della persona designata come responsabile del servizio di prevenzione e protezione interno ovvero esterno all'azienda.

[1408] Art. 1, comma 2, lett. *g*, della l. n. 123 del 2007.

[1409] Per svolgere le funzioni connesse al SPP occorre essere in possesso di titolo di studio non inferiore al diploma di istruzione secondaria superiore ed aver frequentato appositi corsi di formazione che devono rispettare quanto previsto dall'accordo sancito il 26 gennaio 2006 in sede di Conferenza Stato-Regioni (in *GU* n. 37 del 14 febbraio 2006). Possono altresì svolgere le funzioni di responsabile o addetto anche coloro che, pur non essendo in possesso del predetto titolo di studio, dimostrino di aver svolto una delle funzioni richiamate, professionalmente o alle dipendenze di un datore di lavoro, almeno da sei mesi alla data del 13 agosto 2003 previo svolgimento dei corsi secondo quanto previsto dal citato accordo del 26 gennaio 2006. Coloro che siano in possesso di particolari lauree (in una delle seguenti classi: L7, L8, L9, L17, L23, di cui al decreto del Ministro dell'università del 16 marzo 2007, o nelle

Particolari disposizioni riguardano gli istituti di istruzione, di formazione professionale e universitari e le istituzioni dell'alta formazione artistica e coreutica, nei quali il datore di lavoro che non opta per lo svolgimento diretto dei compiti propri del servizio di prevenzione e protezione dei rischi designa il responsabile del servizio di prevenzione e protezione individuandolo tra una serie di soggetti[1410].

Il datore di lavoro che si avvale di un esperto esterno per ricoprire l'incarico di responsabile del servizio deve comunque organizzare un servizio di prevenzione e protezione con un adeguato numero di addetti.

Mentre sono confermati i compiti del SPP già previsti dall'art. 9 del d.lgs. n. 626 del 1994[1411], rispetto a quest'ultima norma risultano più dettagliate le condizioni alla cui stregua il datore di lavoro può svolgere direttamente i compiti del SPP ricorrendo le ipotesi merceologiche e dimensionali di cui all'Allegato II (cfr. l'Allegato I del d.lgs. n. 626 del 1994) (art. 34)[1412]. A tal fine il datore deve frequentare corsi di formazione, di durata minima di 16 ore e massima di 48 ore, adeguati alla natura dei rischi presenti sul luogo di lavoro e relativi alle attività lavorative, nel rispetto dei contenuti e delle articolazioni definiti mediante accordo in sede di Conferenza Stato-Regioni, entro il termine di 12 mesi dall'entrata in vigore del decreto legislativo[1413]. Inoltre, il datore di lavoro è tenuto a frequentare corsi di aggiornamento nel rispetto di quanto previsto nell'accordo medesimo, applicandosi tale obbligo anche a coloro che abbiano frequentato i corsi di cui all'art. 3 del d.m. 16 gennaio 1997, nonché agli esonerati dalla frequenza dei corsi, ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. n. 626 del 1994.

Presumibilmente per esigenze di semplificazione, nella nuova norma scompare l'obbligo, precedentemente previsto, per il datore di lavoro di trasmettere all'organo di vigilanza competente per territorio una serie di documenti[1414].

---

classi 8, 9, 10, 4, di cui al decreto del Ministro dell'università del 4 agosto 2000 ovvero nella classe 4 di cui al decreto del Ministro dell'università del 2 aprile 2001), ovvero di altre lauree riconosciute corrispondenti ai sensi della normativa vigente sono esonerati dalla frequenza ai predetti corsi di formazione. Ulteriori titoli di studio possono essere individuati in sede di Conferenza Stato-Regioni. I responsabili e gli addetti dei SPP sono inoltre tenuti a frequentare corsi di aggiornamento secondo gli indirizzi definiti nel predetto accordo del 26 gennaio 2006. Le competenze acquisite a seguito dello svolgimento delle attività di formazione nei confronti dei componenti del servizio interno sono registrate nel libretto formativo del cittadino di cui all'art. 2, comma 1, lett. *i*, del d.lgs. n. 276 del 2003.

[1410] Vale a dire: a) il personale interno all'unità scolastica in possesso dei requisiti di cui all'art. 32 del d.lgs. n. 81 del 2008 che si dichiari a tal fine disponibile; b) il personale interno ad una unità scolastica in possesso dei requisiti di cui al predetto art. 32 che si dichiari disponibile ad operare in una pluralità di istituti. In assenza del predetto personale, gruppi di istituti possono avvalersi in maniera comune dell'opera di un unico esperto esterno, tramite stipula di apposita convenzione, in via prioritaria con gli enti locali proprietari degli edifici scolastici e, in via subordinata, con enti o istituti specializzati in materia di salute e sicurezza sul lavoro o con altro esperto esterno libero professionista.

[1411] L'unica differenza è che l'art. 33, comma 1, lett. *e*, prevede che il SPP partecipi non solo alle consultazioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, ma anche alla riunione periodica di cui all'art. 35.

[1412] L'Allegato II prevede che il datore di lavoro possa svolgere direttamente i compiti del SPP nelle aziende artigiane e industriali che hanno fino a 20 addetti, nelle aziende agricole e zootecniche che hanno fino a 10 addetti, nelle aziende della pesca che hanno fino a 20 addetti, nelle altre aziende che hanno fino a 200 addetti. Il termine "addetti" deve essere inteso come sinonimo di "lavoratori" ai sensi del d.lgs. n. 81 del 2008, valendo i criteri di computo di cui all'art. 4.

[1413] Fino alla pubblicazione del predetto accordo conserva validità la formazione effettuata ai sensi dell'articolo 3 del d.m. 16 gennaio 1997, il cui contenuto è riconosciuto dalla Conferenza Stato-Regioni in sede di definizione del predetto accordo.

[1414] Si trattava di: *a*) una dichiarazione attestante la capacità di svolgimento dei compiti di prevenzione e protezione dai rischi; *b*) una dichiarazione attestante gli adempimenti di cui all'art. 4, commi 1, 2, 3 e 11; *c*) una relazione sull'andamento degli infortuni e delle

Per quanto concerne la riunione periodica – che, nelle aziende ed unità produttive che occupano più di 15 lavoratori, il datore di lavoro, direttamente o tramite il servizio di prevenzione e protezione, indice almeno una volta all'anno – l'art. 35 (rispetto a quanto già previsto nell'art. 11 del d.lgs. n. 626 del 1994) dispone che, nel corso di tale riunione, il datore di lavoro sottopone all'esame dei partecipanti anche l'andamento degli infortuni e delle malattie professionali e della sorveglianza sanitaria e i criteri di scelta, le caratteristiche tecniche e l'efficacia dei dispositivi di protezione individuale[1415].

### 8.7. L'informazione e la formazione

L'art. 36 conferma quanto previsto dall'art. 21 del d.lgs. n. 626 del 1994 in merito ai contenuti dell'informazione che il datore di lavoro deve fornire ai lavoratori[1416], precisando peraltro che tali contenuti debbono essere facilmente comprensibili per i lavoratori e debbono consentire loro di acquisire le relative conoscenze. Si prevede inoltre, in linea con le indicazioni della delega, che, ove la informazione riguardi lavoratori immigrati, essa avvenga previa verifica della comprensione della lingua utilizzata nel percorso informativo[1417].

In tema di formazione, l'art. 37 va ben oltre le disposizioni contenute nell'art. 22 del d.lgs. n. 626 del 1994[1418]. Infatti, da un lato, la norma precisa che il datore di lavoro assicura che ciascun lavoratore riceva una formazione sufficiente ed adeguata in materia di salute e sicurezza, anche rispetto alle conoscenze linguistiche, e, dall'altro lato, si premura di esplicitare i contenuti della stessa formazione, la quale in particolare deve riferirsi: *a*) ai concetti di rischio, danno, prevenzione, protezione, organizzazione della prevenzione aziendale, diritti e doveri dei vari soggetti aziendali, organi di vigilanza, controllo, assistenza; *b*) ai rischi riferiti alle mansioni e ai possibili danni e alle conseguenti misure e procedure di prevenzione e protezione caratteristici del settore o comparto di appartenenza dell'azienda[1419].

Oltre a confermare quanto già previsto nel d.lgs. n. 626 del 1994 in ordine al momento dell'effettuazione della formazione[1420], si precisa opportunamente che, qualora si tratti di somministrazione di lavoro, la formazione debba avvenire in occasione dell'inizio dell'utilizzazione. Tale ultima

---

malattie professionali della propria azienda elaborata in base ai dati degli ultimi tre anni del registro infortuni o, in mancanza dello stesso, di analoga documentazione prevista dalla legislazione vigente; *d*) l'attestazione di frequenza del corso di formazione in materia di sicurezza e salute sul luogo di lavoro.

[1415] Inoltre, nel corso della riunione possono essere individuati: *a*) codici di comportamento e buone prassi per prevenire i rischi di infortuni e di malattie professionali; *b*) obiettivi di miglioramento della sicurezza complessiva sulla base delle linee guida per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro.

[1416] Cfr. R. DEL PUNTA, *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, cit., p. 160 ss.

[1417] Un'identica previsione riguarda la formazione.

[1418] Cfr. R. DEL PUNTA, *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, cit., p. 166 ss. Sulla ricomprensione della formazione antinfortunistica nell'oggetto di qualunque contratto di lavoro v. G.G. BALANDI, *Formazione e contratto di lavoro*, in *DLRI*, 2007, p. 135 ss., qui p. 179 ss.

[1419] La durata, i contenuti minimi e le modalità della formazione sono definiti mediante accordo in sede di Conferenza Stato-Regioni adottato, previa consultazione delle parti sociali, entro il termine di 12 mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2008. Il datore di lavoro assicura, altresì, che ciascun lavoratore riceva una formazione sufficiente ed adeguata in merito ai rischi specifici di cui ai Titoli del decreto legislativo successivi al I, la quale, fermo restando quanto vigente in materia, è anch'essa definita mediante l'accordo adottato in sede di Conferenza Stato-Regioni.

[1420] Secondo cui la formazione doveva avvenire in occasione: *a*) dell'assunzione; *b*) del trasferimento o cambiamento di mansioni; *c*) dell'introduzione di nuove attrezzature di lavoro o di nuove tecnologie, di nuove sostanze e preparati pericolosi.

previsione non deve essere intesa come se, nel novero delle varie tipologie negoziali flessibili, l'obbligo di formazione valesse soltanto per la somministrazione: è infatti evidente che, fermo restando l'obbligo di formazione per tutti i lavoratori (anche flessibili), la norma *de qua* mira semplicemente a precisare quale sia il momento in cui va impartita la formazione nell'unico contratto di lavoro di cui il datore di lavoro (utilizzatore) non è parte[1421].

All'obbligo di impartire la formazione si aggiunge ora quello dell'addestramento specifico, ove previsto, il quale viene effettuato da persona esperta e sul luogo di lavoro.

Un'ulteriore innovazione riguarda i preposti, i quali ricevono, a cura del datore di lavoro e in azienda, un'adeguata e specifica formazione e un aggiornamento periodico in relazione ai propri compiti in materia di salute e sicurezza del lavoro[1422]. Un'altra novità è che i componenti dell'impresa familiare di cui all'art. 230-*bis* c.c., i lavoratori autonomi che compiono opere o servizi ai sensi dell'art. 2222 c.c., i piccoli imprenditori di cui all'art. 2083 c.c. e i soci delle società semplici operanti nel settore agricolo possono avvalersi dei percorsi formativi appositamente definiti tramite il predetto accordo adottato in sede di Conferenza Stato-Regioni.

Si conferma che i lavoratori incaricati dell'attività di prevenzione incendi e lotta antincendio, di evacuazione dei luoghi di lavoro in caso di pericolo grave ed immediato, di salvataggio, di primo soccorso e, comunque, di gestione dell'emergenza devono ricevere un'adeguata e specifica formazione nonché – e si tratta di una novità – un aggiornamento periodico[1423]. Per quanto riguarda la formazione del RLS, le modalità, la durata e i contenuti specifici della stessa sono stabiliti in sede di contrattazione collettiva nazionale, nel rispetto di contenuti minimi[1424].

Le competenze acquisite a seguito dello svolgimento delle attività di formazione sono registrate nel libretto formativo del cittadino (di cui all'art. 2, comma 1, lett. *i*, del d.lgs. n. 276 del 2003): il contenuto del libretto è considerato dal datore di lavoro ai fini della programmazione della formazione e di esso gli organi di vigilanza tengono conto ai fini della verifica degli obblighi previsti dal decreto legislativo.

---

1421 G. NICOLINI, *Disposizioni generali*, cit., p. 246.

1422 I contenuti di tale formazione comprendono: *a*) i principali soggetti coinvolti e i relativi obblighi; *b*) la definizione e individuazione dei fattori di rischio; *c*) la valutazione dei rischi; *d*) l'individuazione delle misure tecniche, organizzative e procedurali di prevenzione e protezione.

1423 In attesa dell'emanazione delle disposizioni di cui al comma 3 dell'art. 46 (su cui v. oltre), continuano a trovare applicazione le disposizioni di cui al d.m. 10 marzo 1998 attuativo dell'art. 13 del d.lgs. n. 626 del 1994.

1424 Tali contenuti riguardano: *a*) principi giuridici comunitari e nazionali; *b*) legislazione generale e speciale in materia di salute e sicurezza sul lavoro; *c*) principali soggetti coinvolti e relativi obblighi; *d*) definizione e individuazione dei fattori di rischio; *e*) valutazione dei rischi; *f*) individuazione delle misure tecniche, organizzative e procedurali di prevenzione e protezione; *g*) aspetti normativi dell'attività di rappresentanza dei lavoratori; *h*) nozioni di tecnica della comunicazione. La durata minima dei relativi corsi è di 32 ore iniziali, di cui 12 sui rischi specifici presenti in azienda e le conseguenti misure di prevenzione e protezione adottate, con verifica di apprendimento. La contrattazione collettiva nazionale disciplina le modalità dell'obbligo di aggiornamento periodico, la cui durata non può essere inferiore a 4 ore annue per le imprese che occupano dai 15 ai 50 lavoratori e a 8 ore annue per le imprese che occupano più di 50 lavoratori.

### 8.8. La sorveglianza sanitaria

La V sezione ridisegna il quadro della sorveglianza sanitaria, con particolare attenzione per i compiti del medico competente[1425]. Dato lo specifico criterio di delega di cui all'art. 1, comma 2, lett. *g*, della l. n. 123 del 2007[1426], l'art. 38, recependo gli auspici formulati da alcuni osservatori[1427], non si limita a ridefinire i requisiti ed i titoli per lo svolgimento dell'attività di medico competente[1428], ma richiede altresì la partecipazione al programma di educazione continua in medicina ai sensi del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, a partire dal programma triennale successivo all'entrata in vigore del decreto legislativo[1429], prevedendo inoltre che i medici in possesso dei titoli e dei requisiti previsti siano iscritti nell'elenco dei medici competenti istituito presso il Ministero della salute.

Il medico competente – che deve svolgere la propria attività secondo i principi della medicina del lavoro e del codice etico della Commissione internazionale di salute occupazionale (ICOH) – può essere, come era già previsto, oltre che un libero professionista o un dipendente del datore di lavoro, anche un dipendente o un collaboratore di una struttura esterna pubblica o privata convenzionata con l'imprenditore, ricomprendendosi ora anche le strutture costituite su iniziativa delle organizzazioni datoriali. Non ha quindi trovato accoglimento la proposta di una ripubblicizzazione del medico competente formulata almeno con riferimento alla sorveglianza sanitaria relativa a particolari fattori di rischio[1430].

Più stringente che in passato è il limite relativo all'incompatibilità: mentre in precedenza era previsto che il dipendente di una struttura pubblica non potesse svolgere l'attività di medico competente qualora esplicasse attività di vigilanza, ora si dispone che il dipendente di una struttura pubblica, assegnato agli uffici che svolgono attività di vigilanza, non può prestare, ad alcun titolo e in alcuna parte del territorio nazionale, attività di medico competente.

La cooperazione del datore di lavoro risulta rafforzata. Infatti, mentre prima si prevedeva che

---

1425 Su tale figura v. R. ROMEI, *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 626 del 1994*, cit., pp. 81-82, e R. BORTONE, *La sorveglianza sanitaria*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., p. 149 ss.

1426 Che allude alla revisione dei requisiti, delle tutele, delle attribuzioni e delle funzioni dei soggetti del sistema di prevenzione aziendale, compreso il medico competente, anche attraverso idonei percorsi formativi.

1427 Cfr. S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 48; O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., p. 49.

1428 Si tratta di: *a*) specializzazione in medicina del lavoro o in medicina preventiva dei lavoratori e psicotecnica; *b*) docenza in medicina del lavoro o in medicina preventiva dei lavoratori e psicotecnica o in tossicologia industriale o in igiene industriale o in fisiologia e igiene del lavoro o in clinica del lavoro; *c*) autorizzazione di cui all'art. 55 del d.lgs. n. 277 del 1991; *d*) specializzazione in igiene e medicina preventiva o in medicina legale. Tali titoli non sono tuttavia totalmente fungibili, giacché si prevede che i medici specializzati in igiene e medicina preventiva o in medicina legale siano tenuti a frequentare appositi percorsi formativi universitari da definire con apposito decreto del Ministero dell'università di concerto con il Ministero della salute. In ogni caso, tali medici specializzati che, alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2008, svolgano le attività di medico competente o dimostrino di avere svolto tali attività per almeno un anno nell'arco dei tre anni anteriori all'entrata in vigore dello stesso decreto, sono abilitati a svolgere le medesime funzioni: a tal fine sono tenuti a produrre alla Regione attestazione del datore di lavoro comprovante l'espletamento di tale attività. Per una ricostruzione delle problematiche sottese ai titoli del medico competente v. G. CAMPURRA, *La nuova sorveglianza sanitaria*, in F. BACCHINI (a cura di), *Speciale Testo Unico sicurezza del lavoro* cit., p. 276 ss., qui pp. 277-278.

1429 I crediti previsti dal programma triennale dovranno essere conseguiti nella misura non inferiore al 70% del totale nella disciplina "medicina del lavoro e sicurezza degli ambienti di lavoro".

1430 O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., p. 50.

qualora il medico competente fosse dipendente del datore di lavoro, questi doveva fornirgli i mezzi ed assicurargli le condizioni necessarie per lo svolgimento dei suoi compiti, ora si dispone che il datore di lavoro deve assicurare le condizioni necessarie per lo svolgimento di tutti i compiti del medico competente garantendone l'autonomia a prescindere dal fatto che esso sia o meno un suo dipendente[1431]. Si conferma poi la possibilità per il medico competente di avvalersi, per accertamenti diagnostici, della collaborazione di medici specialisti scelti tuttavia non più dal datore di lavoro, ma in accordo con esso, il quale ne sopporta gli oneri.

Un'altra novità consiste nel fatto che, per le aziende con più unità produttive, per i gruppi d'imprese nonché qualora la valutazione dei rischi ne evidenzi la necessità, il datore di lavoro può nominare più medici competenti individuando tra essi un medico con funzioni di coordinamento.

Nuova, e sicuramente assai interessante nella prospettiva della costruzione di un sistema integrato per la prevenzione, è anche la disposizione (art. 40) sui rapporti del medico competente con il Servizio sanitario nazionale, prevedendosi che, entro il primo trimestre dell'anno successivo all'anno di riferimento, il medico competente trasmetta, esclusivamente per via telematica, ai servizi competenti per territorio le informazioni elaborate, evidenziando le differenze di genere, relative ai dati aggregati sanitari e di rischio dei lavoratori sottoposti a sorveglianza sanitaria[1432].

Quanto alla sorveglianza sanitaria – oggetto anch'essa di un criterio di delega[1433] – l'art. 41 prevede che essa sia effettuata dal medico competente: *a*) nei casi previsti dalla normativa vigente, dalle direttive europee nonché dalle indicazioni fornite dalla Commissione consultiva permanente; *b*) qualora il lavoratore ne faccia richiesta e la stessa sia ritenuta dal medico competente correlata ai rischi lavorativi[1434]. In ogni caso, le visite mediche rientranti nella sorveglianza sanitaria non possono essere effettuate: *a*) in fase preassuntiva[1435]; *b*) per accertare stati di gravidanza;

---

[1431] Ovviamente, secondo i principi generali, qualora non sia lavoratore dipendente, il medico provvederà autonomamente ai mezzi necessari per lo svolgimento della propria attività.

[1432] Le Regioni e le Province autonome trasmettono poi all'ISPESL le informazioni aggregate dalle ASL.

[1433] L'art. 1, comma 2, lett. *t*, della l. n. 123 del 2007 prevede la rivisitazione delle modalità di attuazione della sorveglianza sanitaria, adeguandola alle differenti modalità organizzative del lavoro, ai particolari tipi di lavorazioni ed esposizioni, nonché ai criteri ed alle linee guida scientifici più avanzati, anche con riferimento al prevedibile momento di insorgenza della malattia.

[1434] Costituiscono oggetto della sorveglianza sanitaria, come già previsto in precedenza, sia le visite mediche preventive intese a constatare l'assenza di controindicazioni al lavoro cui il lavoratore è destinato al fine di valutare la sua idoneità alla mansione specifica, sia le visite mediche periodiche per controllare lo stato di salute dei lavoratori ed esprimere il giudizio di idoneità alla mansione specifica: la periodicità di tali accertamenti, qualora non prevista dalla relativa normativa, viene stabilita, di norma, in una volta l'anno, ma può anche assumere una diversa cadenza, stabilita dal medico competente in funzione della valutazione del rischio. Peraltro, l'organo di vigilanza, con provvedimento motivato, può disporre contenuti e periodicità della sorveglianza sanitaria differenti rispetto a quelli indicati dal medico competente. Rientrano nella sorveglianza sanitaria anche le visite mediche in occasione del cambio della mansione onde verificare l'idoneità alla mansione specifica, nonché le visite mediche effettuate alla cessazione del rapporto di lavoro nei casi previsti dalla normativa vigente. Come anticipato, la sorveglianza sanitaria comprende anche la visita medica su richiesta del lavoratore, qualora sia ritenuta dal medico competente correlata ai rischi professionali o alle sue condizioni di salute, suscettibili di peggioramento a causa dell'attività lavorativa svolta, al fine di esprimere il giudizio di idoneità alla mansione specifica.

[1435] Dovrebbe così risolversi una *querelle* che era stata alimentata dalla mancanza di un'espressa previsione in tal senso nel d.lgs. n. 626 del 1994, il quale peraltro, riferendo le visite ai "lavoratori", lasciava intendere che si trattasse di soggetti già assunti: cfr. G. CAMPURRA, *La nuova sorveglianza sanitaria*, cit. p. 281: pertanto, il divieto di effettuare visite in fase preassuntiva di cui all'art. 41 (la cui violazione peraltro non risulta sanzionata) riguarda solo le visite rientranti nella sorveglianza sanitaria e la correlativa attività del medico competente. Sulla differenza tra le visite inerenti alla sorveglianza sanitaria (imposte per legge e finalizzate a verificare l'adeguatezza delle misure prevenzionali adottate in azienda e se lo svolgimento della prestazione possa nuocere al lavoratore) e gli accertamenti di cui all'art. 5 Stat. lav. (i quali sono esercizio della facoltà datoriale di accertare l'idoneità fisica del lavoratore alla specifica

*c*) negli altri casi vietati dalla normativa vigente[1436]. Deve tuttavia rilevarsi che l'art. 4, comma 2, del recentissimo d.l. 3 giugno 2008, n. 97 ha temporaneamente disapplicato il divieto di effettuare le visite mediche rientranti nella sorveglianza sanitaria, prevedendo che la disposizione di cui all'art. 41, comma 3, lett. *a*, del d.lgs. n. 81 del 2008 si applichi a decorrere dal 1° gennaio 2009[1437]. Al di là delle considerazioni di merito su tale disapplicazione (riguardante un divieto entrato in vigore da pochi giorni) in sé alquanto discutibile[1438], si può dubitare della sua legittimità sia per quanto concerne la sussistenza dei caratteri di necessità ed urgenza (richiesti dall'art. 77, comma 2, Cost., per l'adozione dei decreti legge), sia per quanto concerne più in generale la fonte con cui è stata disposta. Può invero notarsi che la suddetta temporanea disapplicazione modifica una disposizione del d.lgs. n. 81 del 2008 senza rispettare quanto previsto dall'art. 1, comma 6, della l. n. 123 del 2007, secondo cui le disposizioni integrative e correttive del decreto delegato possono essere adottate dal Governo, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del medesimo, nel rispetto dei principi e criteri direttivi della delega e attraverso la procedura di cui ai commi 4 e 5, vale a dire mediante un ulteriore decreto delegato sul cui schema, fra l'altro, debbono pronunciarsi le competenti Commissioni parlamentari, la Conferenza Stato-Regioni e deve esercitarsi la consultazione con le parti sociali. Anche ammesso, ma non concesso, che sussista l'urgenza, resta il fatto che, mediante il decreto legge e la sua eventuale conversione (tramite una "normale" legge del Parlamento) si modificherebbe una disposizione che era emanabile (e modificabile) solo con quel particolare procedimento legislativo che lo stesso Parlamento ha delegato al Governo peraltro nel rispetto di un *iter* che, si badi bene, è incentrato sul rispetto sia dell'art. 76 Cost. sia dell'art. 117 Cost., trattandosi di materia rientrante nella competenza legislativa concorrente[1439].

Sulla base delle risultanze delle visite mediche oggetto della sorveglianza sanitaria, il medico competente esprime uno dei seguenti giudizi relativi alla mansione specifica: *a*) idoneità; *b*) idoneità parziale, temporanea o permanente, con prescrizioni o limitazioni; *c*) inidoneità temporanea; *d*) inidoneità permanente. Confermandosi che di tali giudizi il medico competente informa per iscritto il datore di lavoro e il lavoratore, si prevede altresì che, nel caso di espressione del giudizio di inidoneità temporanea, occorre precisarne i limiti temporali di validità.

Ispirata anch'essa dalla delega[1440] è la previsione contenuta nell'art. 42, in base alla quale il datore

---

mansione e devono quindi essere svolti soltanto da enti pubblici al fine di garantire elementari esigenze di imparzialità) cfr. F. STOLFA, *Diritto della sicurezza nel lavoro*, Bari, 2001, p. 64 ss., qui p. 69.

[1436] Nei casi ed alle condizioni previste dall'ordinamento, le visite mediche preventive, quelle periodiche e quelle in occasione del cambio della mansione sono altresì finalizzate alla verifica di assenza di condizioni di alcol dipendenza e di assunzione di sostanze psicotrope e stupefacenti. Gli esiti della visita medica devono essere allegati alla cartella sanitaria e di rischio (art. 25, comma 1, lett. *c*) secondo i requisiti minimi contenuti nell'Allegato 3A e predisposta su formato cartaceo o informatizzato, secondo quanto previsto dall'art. 54.

[1437] Ciò vale anche per quanto riguarda l'obbligo di cui all'art. 18, comma 1, lett. *r*: v. *supra* § 8.2.

[1438] V. *supra* la nota 428.

[1439] In quanto relative alla tutela della salute, le visite mediche *de quibus* dovrebbero rientrare sia nella "tutela e sicurezza del lavoro" sia nella "tutela della salute" di cui all'art. 117, comma 3, Cost. È evidente che, al di là delle questioni di merito. qui si pone il problema costituzionalistico dell'operatività dei decreti d'urgenza (e della loro conversione in legge) nelle materie che, dopo la riforma del Titolo V Cost., rientrano nella legislazione concorrente.

[1440] Cfr. l'art. 1, comma 2, lett. *u*, della l. n. 123 del 2007, che prevede il rafforzamento e la garanzia delle tutele previste dall'art. 8 del d.lgs. n. 277 del 1991.

di lavoro, anche in considerazione di quanto disposto dalla l. 12 marzo 1999, n. 68[1441], in relazione ai predetti giudizi, attua le misure indicate dal medico competente e, qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica, adibisce il lavoratore, ove possibile, ad altra mansione compatibile con il suo stato di salute[1442]. Il lavoratore che venga adibito a mansioni inferiori conserva la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, nonché la qualifica originaria[1443]; qualora invece venga adibito a mansioni equivalenti o superiori si applica l'art. 2103 c.c. (che, in caso di assegnazione a mansioni superiori, riconosce il diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta nonché la definitività dell'assegnazione dopo un periodo comunque non superiore a tre mesi), fatto salvo quanto previsto dall'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001 che, nel settore delle pubbliche amministrazioni, in omaggio al principio costituzionale dell'obbligo del pubblico concorso, esclude l'applicabilità del meccanismo di promozione previsto dall'art. 2103 c.c.

### 8.9. La gestione delle emergenze

La VI sezione concerne la gestione delle emergenze, confermando nella sostanza quanto già previsto dalla precedente disciplina. Le disposizioni generali di cui all'art. 43 sono di fatto le stesse di cui parlava l'art. 12 del d.lgs. n. 626 del 1994[1444], con l'unica differenza lessicale, non per questo irrilevante, per cui ciò che prima si chiamava "pronto soccorso" ora viene più correttamente denominato "primo soccorso". Parimenti confermati dall'art. 44 sono i diritti dei lavoratori in caso di pericolo grave e immediato già previsti dall'art. 14 del d.lgs. n. 626 del 1994[1445].

Quanto al primo soccorso (art. 45), sebbene non compaia più una previsione come quella dell'art. 15, comma 2, del d.lgs. n. 626 del 1994[1446], non sembra doversi ritenere che l'attuazione dei relativi provvedimenti spetti esclusivamente al datore di lavoro. Per le caratteristiche minime delle attrezzature di primo soccorso, i requisiti del personale addetto e la sua formazione, individuati in relazione alla natura dell'attività, al numero dei lavoratori occupati ed ai fattori di rischio, il

---

1441 L'art. 1, comma 7, di tale legge prevede che i datori di lavoro pubblici e privati siano tenuti a garantire la conservazione del posto di lavoro a quei lavoratori che, non essendo disabili al momento dell'assunzione, abbiano acquisito per infortunio sul lavoro o malattia professionale eventuali disabilità. In base all'art. 4, comma 4, della stessa legge, per tali lavoratori l'infortunio o la malattia professionale non costituiscono giustificato motivo di licenziamento qualora essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti o, in mancanza, inferiori: in quest'ultimo caso conservano il diritto al trattamento più favorevole corrispondente alle mansioni di provenienza. Ove invece non sia possibile l'assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori, i lavoratori sono avviati dai Centri per l'impiego presso altra azienda in attività compatibili con le residue capacità lavorative.

1442 Su questi aspetti si vedano le considerazioni di O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., p. 50.

1443 V. art. 4, comma 4, della l. n. 68 del 1999.

1444 Cfr. R. BORTONE, *Il servizio di prevenzione*, cit., p. 146 ss.

1445 Pertanto, il lavoratore che, in caso di pericolo grave, immediato e che non può essere evitato, si allontani dal posto di lavoro o da una zona pericolosa, non può subire pregiudizio alcuno e deve essere protetto da qualsiasi conseguenza dannosa. Inoltre, il lavoratore che, in caso di pericolo grave e immediato e nell'impossibilità di contattare il competente superiore gerarchico, adotti misure per evitare le conseguenze di tale pericolo, non può subire pregiudizio per tale azione, a meno che non abbia commesso una grave negligenza.

1446 Secondo cui il datore di lavoro, qualora non vi provveda direttamente, designa uno o più lavoratori incaricati dell'attuazione dei provvedimenti di primo soccorso.

d.lgs. n. 81 del 2008 effettua un rinvio al d.m. n. 388 del 2003 ed ai successivi decreti di adeguamento[1447].

L'art. 46 puntualizza, quasi orgogliosamente, che la prevenzione incendi costituisce una funzione di preminente interesse pubblico, di esclusiva competenza statuale, diretta a conseguire, secondo criteri applicativi uniformi sul territorio nazionale, gli obiettivi di sicurezza della vita umana, di incolumità delle persone e di tutela dei beni e dell'ambiente ed aggiunge che nei luoghi di lavoro soggetti al decreto legislativo devono essere adottate idonee misure per prevenire gli incendi e per tutelare l'incolumità dei lavoratori[1448]. Ogni disposizione contenuta nel decreto legislativo concernente aspetti di prevenzione incendi, sia per l'attività di disciplina che di controllo, deve essere riferita agli organi centrali e periferici del Dipartimento dei vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile, di cui agli artt. 1 e 2, del d.lgs. n. 139 del 2006. Le maggiori risorse derivanti dall'espletamento della funzione di controllo sono rassegnate al Corpo nazionale dei vigili del fuoco per il miglioramento dei livelli di sicurezza antincendio nei luoghi di lavoro.

### 8.10.1. La partecipazione e la consultazione dei rappresentanti dei lavoratori

La VII sezione ricomprende le norme sulla rappresentanza collettiva dei lavoratori, su alcune delle quali aleggiano i criteri di delega e le innovazioni già previste dalla parte direttamente efficace della l. n. 123 del 2007. Quanto alla delega, vengono in gioco i criteri di cui all'art. 1, comma 2, lett.*g*[1449] ed *h*[1450], mentre, rispetto alle norme immediatamente operanti della predetta legge, qui rileva l'art. 3, comma 1, lett. *c*, *d*, *e*, ed *f*[1451].

Come è noto, sulla figura del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (RLS), introdotta con il d.lgs. n. 626 del 1994 in ossequio alla direttiva n. 89/391/CEE, ancora oggi permangono non

---

[1447] Con appositi decreti ministeriali, acquisito il parere della Conferenza Stato-Regioni, verranno inoltre definite le modalità di applicazione in ambito ferroviario dello stesso d.m. n. 388 del 2003.

[1448] Ad alcuni decreti adottati in relazione ai fattori di rischio dai Ministri dell'interno e del lavoro spetta definire: A) i criteri diretti ad individuare: 1) misure intese ad evitare l'insorgere di un incendio ed a limitarne le conseguenze qualora esso si verifichi; 2) misure precauzionali di esercizio; 3) metodi di controllo e manutenzione degli impianti e delle attrezzature antincendio; 4) criteri per la gestione delle emergenze; B) le caratteristiche dello specifico servizio di prevenzione e protezione antincendio, compresi i requisiti del personale addetto e la sua formazione. Fino all'emanazione dei predetti decreti continuano ad applicarsi i criteri generali di sicurezza antincendio e per la gestione delle emergenze nei luoghi di lavoro di cui al decreto del Ministro dell'interno del 10 marzo 1998. Al fine di favorire il miglioramento dei livelli di sicurezza antincendio nei luoghi di lavoro, ed ai sensi del d.lgs. n. 139 del 2006, con decreto del Ministro dell'interno sono istituiti, presso ogni Direzione regionale dei vigili del fuoco, nuclei specialistici per l'effettuazione di una specifica attività di assistenza alle aziende. Il medesimo decreto contiene le procedure per l'espletamento della attività di assistenza.

[1449] Che prevede la revisione dei requisiti, delle tutele, delle attribuzioni e delle funzioni dei soggetti del sistema di prevenzione aziendale... anche attraverso idonei percorsi formativi, con particolare riferimento al rafforzamento del ruolo del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale, nonché la introduzione della figura del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza di sito produttivo.

[1450] Dove si prevede la rivisitazione e il potenziamento delle funzioni degli organismi paritetici, anche quali strumento di aiuto alle imprese nell'individuazione di soluzioni tecniche e organizzative dirette a garantire e migliorare la tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

[1451] Quest'ultimo articolo (alla lett. *c*), modificando l'art. 18 del d.lgs. n. 626 del 1994, ha previsto, da un lato, che il RLS territoriale sia di norma eletto dai lavoratori e, da un altro lato, che l'elezione dei RLS aziendali, territoriali o di comparto avvenga di norma in un'unica giornata su tutto il territorio nazionale (*election day*) (lett. *d*). È stato inoltre introdotto l'obbligo per il datore di lavoro di consegnare al RLS, su richiesta di questi e per l'espletamento della sua funzione, copia del documento di valutazione dei rischi, nonché del registro degli infortuni sul lavoro (lett. *e*). Di notevole significato, pur se foriera di qualche incertezza sul piano dei principi, è poi la previsione secondo cui i RLS territoriali o di comparto esercitano le proprie attribuzioni con riferimento a tutte le unità produttive del territorio o del comparto di rispettiva competenza (lett. *f*).

poche incertezze, legate ad una serie di problemi, tra cui la natura della rappresentanza, l'ambito di riconoscimento del RLS, le sue modalità costitutive, le sue prerogative e le tutele che gli sono assicurate[1452]. Non v'è dubbio che, fra tali problemi, il più denso sia quello connesso alla natura della rappresentanza per la sicurezza, su cui il nuovo decreto fornisce alcune indicazioni che delineano l'orientamento del legislatore.

L'art. 47 del d.lgs. n. 81 del 2008 stabilisce ora che nelle aziende o unità produttive che occupano fino a 15 lavoratori (e non più, come prima, solo dipendenti) il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza sia "di norma" – questa espressione rappresenta una novità – eletto direttamente dai lavoratori al loro interno, oppure sia individuato per più aziende nell'ambito territoriale o del comparto produttivo secondo quanto previsto dall'art. 48. Nulla è detto a proposito di quale sia la dimensione "territoriale" né di che cosa debba intendersi per "comparto produttivo", potendosi quindi ritenere che il rinvio che l'art. 47 opera all'art. 48 riguardi anche tali profili. Per la verità, l'unico riferimento in tal senso potrebbe essere reperito nel comma 2, il quale affida ai contratti collettivi nazionali (interconfederali o di categoria), stipulati dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, l'individuazione delle modalità di elezione o designazione del RLST, prevedendo peraltro che, in mancanza della contrattazione, vi provveda con proprio decreto il Ministro del lavoro, sentite le predette associazioni. Al di là del dato lessicale del comma 2, apparentemente più limitativo, pare quindi – come del resto è opportuno – ricomprendere l'individuazione dei confini territoriali e la definizione del comparto produttivo fra le "modalità di elezione o designazione del RLST" di cui dovrà occuparsi l'autonomia collettiva, non dovendosi tuttavia trascurare il ruolo suppletivo ministeriale, indubbiamente finalizzato a rimarcare la necessarietà della rappresentanza di cui si sta parlando.

Per quanto riguarda le aziende o unità produttive con più di 15 lavoratori, si conferma la previsione antecedente secondo cui il RLS è eletto o designato dai lavoratori nell'ambito delle rappresentanze sindacali in azienda; in assenza di queste ultime, il rappresentante è eletto dai lavoratori della azienda al loro interno[1453]. La novità consiste nel fatto che, ove non si proceda all'elezione (ma anche alla designazione), fatte salve diverse intese tra le associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, le funzioni di RLS sono esercitate dai rappresentanti territoriali o di sito. Si tratta, dunque, di una ulteriore forte indicazione sulla necessarietà della rappresentanza, che risulta confermata anche dalla previsione (questa non nuova) sul numero minimo di RLS a seconda dell'organico aziendale, peraltro derogabile *in melius* in sede di contrattazione collettiva (apparentemente di qualunque livello essa sia: cfr. art. 47, comma 5): ricalcando l'art. 18, comma 6, del d.lgs. n. 626 del 1994, l'art. 47, comma

---

[1452] Per un'accurata ricognizione di questi problemi v. *amplius* P. CAMPANELLA, *La dimensione collettiva di tutela della salute dei lavoratori e la figura del rappresentante per la sicurezza*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 53 ss.; EAD., *Profili collettivi di tutela della salute e rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza: disciplina legislativa, bilancio applicativo, prospettive di riforma*, in *RGL*, 2007, supplemento al n. 2, p. 153 ss.; M. RICCI, *Sicurezza sul lavoro: controllo e partecipazione sindacale tra* iure condito *e* de iure condendo, in *LG*, 2008, p. 113 ss.

[1453] Sembra così confermata la tendenza già manifestatasi verso la "sindacalizzazione" e "contrattualizzazione" della composizione e dei poteri delle rappresentanze per la sicurezza di cui parlava già G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Utet, Torino, 1995, pp. 106 e 255, pur non dovendosi interpretare tutto ciò come una "totale sovrapposizione" tra le rappresentanze per la sicurezza e quelle sindacali: così M. LAI, *Il ruolo delle parti sociali*, cit., p. 204.

7, prevede: *a*) un rappresentante nelle aziende ovvero unità produttive sino a 200 lavoratori; *b*) tre rappresentanti nelle aziende ovvero unità produttive da 201 a 1.000 lavoratori; *c*) sei rappresentanti in tutte le altre aziende o unità produttive oltre i 1.000 lavoratori. Per queste ultime aziende, la nuova disposizione introduce peraltro una novità[1454], prevedendo che il numero dei rappresentanti sia aumentato nella misura individuata dagli accordi interconfederali o dalla contrattazione collettiva. Anche a proposito del numero dei RLS, vale la base di computo riferita ai "lavoratori" e non più ai "dipendenti".

L'art. 48 si occupa diffusamente del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale (RLST) il quale, come già previsto dopo la modifica apportata dall'art. 3 della l. n. 123 del 2007, esercita le competenze del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza nei termini e con le modalità previste dall'art. 50 con riferimento a tutte le aziende o unità produttive del territorio o del comparto produttivo di competenza nelle quali non sia stato eletto o designato il RLS. A tale proposito può rilevarsi che, ove si valorizzi adeguatamente la peculiare natura "necessaria" ed "obbligatoria" della rappresentanza per la sicurezza[1455], questa sorta di funzione *erga omnes* del RLS territoriale[1456] non sembra in contrasto con il principio di libertà sindacale cui all'art. 39, comma 1, Cost.[1457].

Trattandosi di una materia che tocca le prerogative delle organizzazioni sindacali, il decreto si limita a stabilire i principi, rinviando poi opportunamente all'autonomia collettiva la disciplina di dettaglio. Ciò avviene, come già anticipato, a proposito dell'individuazione, affidata alla contrattazione,[1458] delle modalità di *elezione* o *designazione* del RLST, rendendosi così più elastica la previsione maggiormente prescrittiva della norma precedente, come modificata dall'art. 3 della l. n. 123 del 2007, la quale, riferendosi (ancorché "di norma") alla sola *elezione*, pareva accentuare la dimensione pubblicistica della rappresentanza[1459], almeno con riferimento alle modalità della sua costruzione. Anche la nuova normativa sembrerebbe quindi ancora oscillare tra la dimensione "pubblicistica" e quella "volontaristica" della rappresentanza per la sicurezza e, in particolare, di quella del RLST. Senza potere in questa sede approfondire oltre misura la questione, non sembra

---

1454 V. gli auspici di M. LAI, *Il ruolo delle parti sociali*, cit., p. 206.

1455 In tal senso può deporre, sul piano letterale, anche la previsione di cui all'art. 47, comma 1, primo periodo, in base alla quale il RLS "è istituito": cfr. C. FRASCHERI, *Intervento* al Convegno di Urbino del 10 maggio 2008 su "Le nuove regole sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori. Un confronto a più voci", cit.

1456 Così la definisce anche F. CARINCI, *La telenovela del T.U. sulla sicurezza*, cit., p. 350.

1457 Cfr. in tal senso anche M. LAI, *Il ruolo delle parti sociali*, cit., p. 208, secondo il quale, dal lato del datore di lavoro, la violazione dell'art. 39, comma 1, Cost. va esclusa in quanto i diritti e le attribuzioni del RLST si configurano come "diritti potestativi, a fronte dei quali sta un 'pati' del datore di lavoro, esercitabili dunque anche senza il suo preventivo assenso". La maggior parte della dottrina propende per la natura obbligatoria della rappresentanza: cfr. tra gli altri B. VENEZIANI, *L'impatto sulle relazioni industriali*, in AA.VV., *La nuova normativa su prevenzione e sicurezza*, F. Angeli, Milano, 1995, p. 104; G. PROIA, *Consultazione e partecipazione dei lavoratori*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., p. 194 ss.; G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, cit., p. 254. Il carattere privatistico-volontaristico della rappresentanza è invece sottolineato da P. CAMPANELLA, *Profili collettivi di tutela della salute*, cit., p. 153 ss.; EAD., *La dimensione collettiva di tutela della salute dei lavoratori*, cit., p. 53 ss.; M. LAI, *I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza e gli organismi paritetici*, in M. RUSCIANO e G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*. *Appendice di aggiornamento*, cit., p. 25 ss., qui p. 26; M. RICCI, *Sicurezza sul lavoro: controllo e partecipazione sindacale*, cit., p. 120 ss.

1458 Si tratta degli accordi collettivi nazionali, interconfederali o di categoria, stipulati dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In mancanza di questi accordi, le modalità di elezione o designazione sono individuate con decreto del Ministro del lavoro, sentite le predette associazioni sindacali.

1459 F. CARINCI, *La telenovela del T.U. sulla sicurezza*, cit., p. 350.

azzardato ipotizzare che la finalità ed il ruolo della figura del RLS (compreso il RLST) sono tali da rendere non del tutto appagante (quando non fuorviante) una secca dicotomia tra dimensione pubblicistico-obbligatoria e dimensione privatistico-volontaristica. Presumibilmente, la fattispecie dovrebbe invece essere riguardata combinando le due ottiche, privilegiando la prima per quanto attiene all'*an* ed al *quod*, vale a dire alla presenza ed alle funzioni del RLS e, quindi alle sue relazioni (per così dire esterne) con il datore di lavoro, con gli altri protagonisti del sistema prevenzionistico aziendale, nonché con i soggetti del sistema istituzionale (organismi di vigilanza); la seconda ottica sembra invece riguardare le modalità delle sue relazioni (per così dire interne) sia con i soggetti che necessariamente rappresenta (lavoratori) sia con quelli con cui non può non rapportarsi, sia strategicamente sia anche in termini di "dipendenza"[1460], per lo svolgimento della propria attività (organizzazioni sindacali, organismi paritetici, ma anche altri RLS nel caso del RLS di sito produttivo), con particolare riferimento al *quomodo* della sua individuazione.

Nella *querelle* sulla natura della rappresentanza del RLS si inserisce anche il discorso relativo al cosiddetto *election day*, che l'art. 47 riconferma, con qualche ulteriore precisazione[1461], rispetto alla disciplina immediatamente previgente. Si tratta, come è noto, della previsione secondo cui l'elezione dei RLS aziendali, territoriali o di comparto, salvo diverse determinazioni in sede di contrattazione collettiva, avviene di norma in corrispondenza della giornata nazionale per la salute e sicurezza sul lavoro individuata, nell'ambito della settimana europea per la salute e sicurezza sul lavoro, con decreto del Ministro del lavoro di concerto con il Ministro della salute, sentite le confederazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. A tale proposito si è rilevato come la previsione dell'*election day* contraddica la dimensione privatistico-volontaristica della rappresentanza per la sicurezza, deponendo per una visione pubblicistica di tale istituto[1462]. Si può tuttavia replicare che, adottando l'ottica plurale o mista a cui si è appena fatto cenno, l'equivoco sulla eccessiva pubblicizzazione può risolversi. D'altro canto, non può trascurarsi che, sempre in base all'art. 47, da un lato l'*election day* opera "di norma", facendosi salve diverse determinazioni in sede di contrattazione collettiva, e dall'altro lato il decreto ministeriale finalizzato ad individuare la data postula il parere delle confederazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Né, a ben guardare, l'attribuzione al predetto decreto del compito di disciplinare anche le modalità di attuazione dell'*election day* contrasta, come si è sostenuto, con la previsione di cui all'art. 47, comma 5, che – riproponendo quanto già contemplato nell'art. 18, comma 4, del d.lgs. n. 626 del 1996 – affida alla contrattazione collettiva le modalità di designazione o di elezione del RLS[1463]. Infatti, è da presumere che le *modalità di attuazione* dell'*election day* abbiano a che fare essenzialmente con questioni di carattere tecnico-organizzativo o strumentale (certamente non di secondaria importanza) che, pur essendo funzionali alla realizzazione delle *modalità di designazione o di elezione* del RLS di stretta competenza dell'autonomia collettiva, tuttavia non vi corrispondono né possono corrispondervi.

---

[1460] Si pensi al delicatissimo problema della configurazione della posizione lavorativo-professionale del RLST, giustamente rilevato da C. FRASCHERI, *Intervento*, cit.

[1461] Che non sembra in grado di dissipare le ambiguità intraviste da F. CARINCI (*La telenovela del T.U. sulla sicurezza*, cit., pp. 350-351) nella fonte regolatrice dell'elezione dei RLS.

[1462] P. CAMPANELLA, *Profili collettivi di tutela della salute*, cit., p. 173; M. LAI, *Il ruolo delle parti sociali*, cit., p. 204; C. FRASCHERI, *Non solo efficienza, ma anche efficacia per il riordino delle norme di sicurezza*, in *Amb. & Sic.*, 2007, n. 16, p. 57 ss.

[1463] M. LAI, *Il ruolo delle parti sociali*, cit., p. 205; ID., *Consultazione e partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori*, in F. BACCHINI (a cura di), *Speciale Testo Unico sicurezza del lavoro*, cit., p. 290 ss.

Tornando al RLST, per l'esercizio delle proprie attribuzioni questi accede ai luoghi di lavoro nel rispetto delle modalità e del termine di preavviso individuati dagli accordi collettivi: il termine di preavviso non opera tuttavia in caso di infortunio grave, nel qual caso l'accesso avviene previa segnalazione all'organismo paritetico. Ove l'azienda impedisca l'accesso, nel rispetto delle modalità previste dalla legge, al RLST, questi lo comunica all'organismo paritetico o, in sua mancanza, all'organo di vigilanza territorialmente competente: si tratta di una previsione discutibile, non comprendendosi perché, data la delicatezza della fattispecie, la comunicazione all'organo di vigilanza debba configurarsi solo come sussidiaria.

All'autonomia organizzativa delle organizzazioni sindacali spetterà individuare i possibili rapporti funzionali con il RLST[1464], il cui nominativo è comunicato alle aziende, ai lavoratori interessati ed agli organi di vigilanza territorialmente competenti dall'organismo paritetico o, in mancanza, dal fondo di cui all'art. 52[1465]. È stato opportunamente rilevato che il presupposto necessario ai fini della predetta comunicazione è rappresentato dalla conoscenza della presenza o meno del RLS in azienda: un dato non facilmente appurabile visto che il datore di lavoro deve annualmente comunicare solo all'INAIL i nominativi dei RLS eletti o designati in azienda (art. 18, comma 1, lett. *aa*), e non anche agli organismi paritetici[1466]. A tale difficoltà – generata dalla scomparsa, nel testo finale del decreto, della più che opportuna previsione che obbligava il datore di lavoro ad inviare agli organismi paritetici copia del verbale di elezione del RLS[1467] – si potrebbe forse tentare di porre rimedio valorizzando il fatto che il fondo di cui all'art. 52 è costituito presso l'INAIL, cosicché, raccordando debitamente le predette comunicazioni datoriali da quest'ultimo ricevute, si potrebbe mettere il fondo in condizione di sapere se la tal impresa abbia o meno il proprio RLS; lo stesso fondo potrebbe quindi fornire i dati agli organismi paritetici (al sostegno dei quali lo stesso fondo è fra l'altro finalizzato) consentendo loro di comunicare alle aziende carenti di RLS il nome del RLST. Diversamente lo stesso fondo potrebbe fornire direttamente alle aziende quest'ultima comunicazione, come del resto prevede l'art. 48, comma 6: poiché però tale compito è attribuito al fondo "in mancanza" degli organismi paritetici, occorrerebbe interpretare elasticamente l'espressione "in mancanza" non solo come inesistenza dell'organismo paritetico, ma anche come mancanza da parte di quest'ultimo dei dati necessari per operare. Come si sarà avvertito, il problema di cui si discute è tutt'altro che marginale, giacché dalla sua soluzione dipende l'effettività della funzione generalizzata di tutela del RLST. Ad essere maliziosi, verrebbe da pensare che la soppressione in "zona Cesarini" della citata previsione sul verbale di elezione non sia stata del tutto casuale!

L'importanza strategica delle funzioni del RLST ai fini di un'adeguata rappresentanza nelle tante

---

[1464] Il quale ha diritto ad una formazione particolare in materia di salute e sicurezza concernente i rischi specifici esistenti negli ambiti in cui esercita la propria rappresentanza, tale da assicurargli adeguate competenze sulle principali tecniche di controllo e prevenzione dei rischi stessi. Le modalità, la durata e i contenuti specifici di tale formazione sono stabiliti in sede di contrattazione collettiva secondo un percorso formativo di almeno 64 ore iniziali, da effettuarsi entro 3 mesi dalla data di elezione o designazione, e 8 ore di aggiornamento annuale.

[1465] A tale fondo il RLST invia una relazione annuale sulla attività svolta.

[1466] Così M. LAI, *Consultazione e partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori*, cit., p. 291.

[1467] Come nota ancora M. LAI, *Consultazione e partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori*, cit., p. 291.

realtà di piccole dimensioni ha indotto il legislatore delegato a configurarne l'esercizio come incompatibile con l'esercizio di altre funzioni sindacali operative, senza peraltro specificare quali esse siano. Tale silenzio dovrebbe essere colmato, nella loro autonomia, dall'interpretazione delle organizzazioni sindacali, potendosi ritenere – come è stato rilevato – che l'incompatibilità riguardi "lo svolgimento di funzioni sindacali in aree diverse ('altre') di intervento ma non anche… incarichi nella stessa materia… (ad esempio componente di organismo paritetico)"[1468]. Non pare comunque dubbio che la previsione dell'incompatibilità costituisca una ulteriore, e non marginale, indicazione circa la natura "pubblicistica" (nel senso di "obbligatoria" e "necessaria") della rappresentanza per la sicurezza di cui si parlava poc'anzi e, in particolare, di quella che prende corpo attraverso il RLST.

Alla valorizzazione del ruolo del RLST si affianca, nel rispetto della delega, l'introduzione del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza di sito produttivo che è individuato in specifici contesti produttivi caratterizzati dalla compresenza di più aziende o cantieri[1469]. Il legislatore valorizza così alcune esperienze realizzate in alcuni grandi porti italiani (Napoli e Genova) per i quali sono stati predisposti appositi protocolli sulla gestione della sicurezza[1470].

Con una disposizione che riecheggia vagamente i toni dell'art. 19 Stat. lav., si prevede che, in tali contesti, il RLS di sito produttivo è individuato, su loro iniziativa, tra i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza delle aziende operanti nel medesimo sito. L'aver lasciato all'"iniziativa" dei vari RLS la decisione circa l'individuazione del RLS di sito costituisce una scelta particolarmente opportuna e responsabile, che tiene conto del delicato ruolo della nuova figura, la quale non può essere semplicemente imposta, ma deve essere valorizzata in ragione del grado di consapevolezza e di maturità dei vari soggetti dai quali dipende la sua individuazione e con i quali, in primo luogo, il RLS di sito deve rapportarsi. In tal senso è presumibile che il metodo migliore per la predetta individuazione sia la designazione, al loro interno, da parte dei RLS delle aziende operanti nel sito[1471], ma assai opportunamente il legislatore ha assegnato ancora una volta alla contrattazione collettiva il compito di stabilire le modalità di individuazione del RLS di sito, nonché le modalità secondo cui egli esercita le attribuzioni di cui all'art. 50 in tutte le aziende o cantieri del sito produttivo in cui non vi siano RLS e realizza il coordinamento tra i RLS del medesimo sito[1472]. Il RLS di sito è stato quindi opportunamente considerato essenzialmente come integrativo e non solo come sostitutivo dei RLS aziendali. È tuttavia presumibile che la messa a punto della nuova figura

---

[1468] M. LAI, *Consultazione e partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori*, cit., p. 291.

[1469] Si tratta di: *a*) porti di cui all'art. 4, comma 1, lett. *b*, *c* e *d* della l. 28 gennaio 1994, n. 84, sedi di autorità portuale nonché quelli sede di autorità marittima da individuare con decreto dei Ministri del lavoro e dei trasporti da emanare entro dodici mesi dall'entrata in vigore del decreto legislativo; *b*) centri intermodali di trasporto di cui alla direttiva del Ministro dei trasporti del 18 ottobre 2006, n. 3858; *c*) impianti siderurgici; *d*) cantieri con almeno 30.000 uomini-giorno, intesa quale entità presunta dei cantieri, rappresentata dalla somma delle giornate lavorative prestate dai lavoratori, anche autonomi, previste per la realizzazione di tutte le opere; *e*) contesti produttivi con complesse problematiche legate alla interferenza delle lavorazioni e da un numero complessivo di addetti mediamente operanti nell'area superiore a 500.

[1470] Osserva M. LAI, *Consultazione e partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori*, cit., p. 291, come in tali esperienze sia emersa l'esigenza di individuare, accanto al RLS di sito, anche un'autorità di riferimento per la sicurezza per l'intero sito con compiti di promozione e coordinamento dei vari interventi.

[1471] Come auspicato già da M. LAI, *Il ruolo delle parti sociali*, cit., p. 210.

[1472] Come già rilevato da O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., p. 44.

e delle sue prerogative richieda un confronto non semplice tra le organizzazioni sindacali, specialmente per quanto concerne le relazioni tra il RLS di sito e gli altri RLS.

Il riferimento del legislatore delegato alla funzione di supplenza del RLS di sito per le aziende del sito che non abbiano propri RLS induce a riflettere, almeno in astratto, sul fatto che, dipendendo l'individuazione del RLS di sito dall'iniziativa dei RLS aziendali, ove nessuna azienda operante nel sito avesse propri RLS, l'individuazione del RLS di sito sarebbe impossibile. Il che, al di là della ipotesi di scuola, sarebbe ancor più paradossale perché, non potendosi individuare il RLS di sito, nessuno potrebbe svolgere le funzioni di RLS per quelle aziende. Senza minimamente sconfessare la scelta del legislatore sull'"iniziativa", in simili casi estremi soccorrerebbe il "combinato disposto" degli artt. 47, comma 8, e 48, comma 1, dal quale emergerebbe come *extrema ratio* il RLST[1473]. Resterebbe peraltro sullo sfondo il problema della effettiva capacità rappresentativa di tale figura, ancorata appunto alle peculiarità del territorio, nei confronti dei lavoratori di imprese che, come spesso accade nei grandi siti, essendo legate alla catena degli appalti e dei subappalti, difficilmente sono radicate nel sito e nel suo territorio, spesso emergendo e scomparendo con notevole facilità. Di qui l'esigenza di valorizzare il più possibile il rinvio alla contrattazione collettiva operato dall'art. 49, comma 3, la quale avrà anche il compito di studiare la soluzione più idonea per le ipotesi di confine come quella appena descritta.

Tra le nuove attribuzioni del RLS previste dall'art. 50, che si aggiungono a quelle già definite dall'art. 19 del d.lgs. n. 626 del 1994, figura la sua consultazione anche sulla designazione del medico competente, nonché in merito all'organizzazione della formazione senza più la limitazione precedente riferita agli addetti alle emergenze. Si estende il suo diritto di ricorrere alle autorità competenti qualora ritenga che le misure di prevenzione e protezione dai rischi e i mezzi impiegati per attuarle non siano idonei a garantire la sicurezza e la salute durante il lavoro anche qualora le predette misure siano adottate dai dirigenti e non solo dal datore di lavoro (come in precedenza). Inoltre, in occasione di visite e verifiche effettuate dalle autorità competenti, si prevede opportunamente che sia sentito da queste, anche se "di norma". Si prevede che possa disporre non solo, come prima, del tempo necessario allo svolgimento dell'incarico senza perdita di retribuzione, e dei mezzi necessari per l'esercizio delle funzioni e delle facoltà riconosciutegli, ma anche degli spazi e anche tramite l'accesso ai dati, di cui all'art. 18, comma 1, lett. *r*, contenuti in applicazioni informatiche. In caso di appalto, i RLS rispettivamente del datore di lavoro committente e delle imprese appaltatrici, su loro richiesta e per l'espletamento della loro funzione, ricevono copia del DUVRI. Il RLS è tenuto al rispetto delle disposizioni sulla *privacy* e del segreto industriale relativamente alle informazioni contenute nel DVR e nel DUVRI, nonché al segreto in ordine ai processi lavorativi di cui venga a conoscenza nell'esercizio delle funzioni[1474].

---

[1473] Ai sensi della prima disposizione, in mancanza di elezione del RLS, le funzioni di RLS sono esercitate dal RLST, salvo diverse intese tra le associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; in base alla seconda norma, il RLST esercita le competenze del RLS di cui all'art. 50 nei termini e con le modalità ivi previste con riferimento a tutte le aziende o unità produttive del territorio o del comparto di competenza nelle quali non sia stato eletto o designato il RLS.

[1474] A proposito di prerogative del RLS, è interessante ricordare la recentissima proposta di integrare l'art. 28 Stat. lav. con ulteriori commi, prevedendo l'applicabilità del procedimento ivi disciplinato "anche nelle ipotesi di violazione della normativa in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali ove sussista grave ad attuale pericolo per l'incolumità fisica e la salute dei lavoratori e delle lavoratrici". A tal fine, la proposizione del ricorso spetta, oltre che agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, anche al RLS di cui all'art. 47 del d.lgs. n. 81 del 2008, congiuntamente o disgiuntamente ai predetti organismi.

Dissipando alcuni dubbi (peraltro alquanto inconsistenti) che pure erano stati avanzati sotto l'egida della precedente disciplina, il nuovo decreto legislativo prevede del tutto ragionevolmente che l'esercizio delle funzioni di RLS sia incompatibile con la nomina di responsabile o addetto al servizio di prevenzione e protezione.

Da ultimo, va osservato che l'articolata disciplina contenuta nella Sezione VII del Capo III del Titolo I, che arricchisce vieppiù quella precedente, dovrebbe eliminare i residui spazi di operatività dell'art. 9 Stat. lav.[1475], ove beninteso non lo si ritenesse già implicitamente abrogato dalle disposizioni del d.lgs. n. 626 del 1994[1476]. Sorprende tuttavia non poco il silenzio del legislatore delegato (forse condizionato dal valore simbolico di un'abrogazione esplicita di una norma dello Stat. lav.), il quale non può non essersi posto la questione, che, contrariamente alle apparenze, non è secondaria. Ci si potrebbe infatti chiedere quali conseguenze potrebbero configurarsi ove i lavoratori appartenenti ad un'impresa in cui non fosse stato direttamente eletto il proprio RLS, dissentendo dalla strategia del RLST, intendessero tutelarsi collettivamente *ex se* invocando le prerogative previste dal formalmente sopravvissuto art. 9 Stat. lav., questo sì decisamente volto a configurare una rappresentanza tutta privatistico-volontaristica: al di là della scolasticità di tale ipotesi e della non sovrapponibilità tra la rappresentanza di cui all'art. 9 Stat. lav. e quella del RLS, la vicenda potrebbe comunque creare problemi sia sul piano dei rapporti tra lavoratori e RLST, sia su quello delle incombenze gravanti sul datore di lavoro, il quale, non potendo opporsi all'esercizio delle prerogative connesse alla rappresentanza collettiva per la sicurezza[1477], rischierebbe di non sapere a chi "dare ascolto". Né, per altro verso, deve trascurarsi che proprio l'incertezza sull'uscita di scena della norma statutaria (inevitabilmente connessa al meccanismo dell'abrogazione implicita) potrebbe, ancorché indirettamente, contribuire ad alimentare la pur tenue fiammella dell'incostituzionalità della previsione dell'efficacia *erga omnes* delle funzioni del RLST. Pare quindi che il legislatore delegato non abbia percepito tutti i riflessi della giusta scelta di rafforzare

---

Con il decreto che decide sul ricorso, il giudice "ordina la cessazione del comportamento illegittimo e adotta ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti delle violazioni accertate, ivi compreso l'ordine al datore di lavoro di definizione e attuazione di un piano di realizzazione delle misure antinfortunistiche e di prevenzione omesse, fissandone i criteri temporali. La definizione e la attuazione del piano da parte del datore di lavoro avviene con la partecipazione e sotto il controllo degli organismi di vigilanza ai quali il decreto del giudice è comunicato a cura della cancelleria". Infine si prevede, da un lato, che, nelle ipotesi di violazioni *de quibus*, sia legittimo il rifiuto dei lavoratori e delle lavoratrici di eseguire la prestazione di lavoro e, da un altro lato, che al RLS si applichino le tutele di cui all'art. 50, comma 2, del d.lgs. n. 81 del 2008 anche in relazione all'esercizio della facoltà di proporre il ricorso *de quo* (v. C. PONTERIO, *Le proposte di Magistratura democratica*, intervento presentato al Seminario di studi di Magistratura democratica su "La sicurezza sul lavoro", cit.). Rinviando ad altra sede l'esame della proposta di introduzione di questa sorta di *interdictum*, di natura squisitamente cautelare, e della sua plausibilità, può qui rilevarsi come la legittimazione attiva spetterebbe non solo al RLS aziendale, ma anche al RLST ed al RLS di sito produttivo, dovendosi intendere il riferimento all'art. 47 del d.lgs. n. 81 del 2008 come relativo a tutte le figure contemplate nel primo periodo del comma 1 di tale norma. Più in generale, sulla esperibilità del procedimento di cui all'art. 28 Stat. lav. in caso di lesione delle prerogative del RLS, v. P. CAMPANELLA, *Profili collettivi di tutela della salute*, cit., p. 168 ss.

[1475] Su cui v. G.G. BALANDI, *Individuale e collettivo nella tutela della salute nei luoghi di lavoro: l'art. 9 dello statuto*, in *LD*, 1990, p. 219 ss. Sul carattere non oggettivo della responsabilità di cui all'art. 2087 c.c. cfr. M. PERSIANI, *Introduzione*, in *Problemi della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Quaderni di ADL*, 5, 2003, p. 1 ss., qui p. 4.

[1476] Come sostenuto dalla maggior parte degli interpreti: cfr. in tal senso L. GALANTINO, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in EAD. (a cura di), *La sicurezza del lavoro* cit., p. 1 ss., qui p. 34; C. ZOLI, *Sicurezza del lavoro: contrattazione e partecipazione*, in *RGL*, 2000, I, p. 613 ss., qui p. 622; G. PROIA, *Consultazione e partecipazione dei lavoratori*, cit., p. 200; G. NATULLO, *Rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza e rappresentanze sindacali in azienda*, in *ADL*, 1997, p. 205 ss., qui p. 209; M. FRANCO, *La responsabilità del datore e del prestatore di lavoro in materia di sicurezza nel d. leg. 19 settembre 1994, n. 626*, in *RIDL*, 1996, I, p. 261. In senso contrario v. E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 115-116; M.G. GAROFALO, *La legislazione nel 1993-1994*, in *DLRI*, 1995, p. 105 ss., qui p. 110; M. LAI, *La sicurezza sul lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 207.

[1477] Cfr. M. LAI, *Il ruolo delle parti sociali*, cit., p. 208.

il ruolo del RLS, in particolare del RLST, la quale non poteva non modificare sensibilmente lo scenario complessivo della tutela collettiva della sicurezza. In questo nuovo scenario, ove si ritenesse ancora vigente la norma statutaria, i modelli di rappresentanza ivi contemplati potrebbero ipoteticamente trovare ancora spazio solo se non si ponessero in conflitto con quelli "nuovi" di derivazione comunitaria, ma invece servissero a rafforzarne l'azione.

Un'ultimissima considerazione concerne il fatto che l'ampliamento dei destinatari della tutela e, nel contempo, la considerazione dei "lavoratori" (e non più dei soli dipendenti) come base di calcolo per l'applicazione delle disposizioni sull'individuazione dei RLS, non potranno non riverberare effetti sul piano sia dell'elettorato attivo sia di quello passivo. I "nuovi" RLS dovranno essere espressione dei "nuovi" lavoratori a cui si rivolge il d.lgs. n. 81 del 2008 e ben potranno essere, secondo le previsioni della contrattazione collettiva, anche lavoratori non subordinati o non standard.

### 8.10.2. Gli organismi paritetici e il fondo di sostegno

L'art. 51 prevede la costituzione a livello territoriale degli organismi paritetici, definiti, dall'art. 2, lett. *ee*, come organismi costituiti ad iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, quali sedi privilegiate per: la programmazione di attività formative e l'elaborazione e la raccolta di buone prassi a fini prevenzionistici; lo sviluppo di azioni inerenti alla salute e sicurezza sul lavoro; l'assistenza alle imprese finalizzata all'attuazione degli adempimenti in materia; ogni altra attività o funzione assegnata loro dalla legge o dai contratti collettivi di riferimento[1478].

Gli organismi paritetici possono supportare le imprese nell'individuazione di soluzioni tecniche e organizzative dirette a garantire e migliorare la tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Per le stesse finalità di supporto, gli organismi paritetici possono effettuare sopralluoghi nei luoghi di lavoro rientranti nei territori e nei comparti produttivi di competenza, purché dispongano di personale con specifiche competenze tecniche in materia di salute e sicurezza sul lavoro[1479]. In tal modo viene opportunamente superata la discutibile previsione introdotta con l'art. 7 della l. n. 123 del 2007[1480], che riconosceva agli organismi paritetici il diritto di effettuare sopralluoghi finalizzati a valutare l'applicazione delle norme in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, dei cui esiti veniva informata la competente autorità di coordinamento delle attività di vigilanza, alla quale gli organismi paritetici potevano richiedere di disporre l'effettuazione di controlli in materia di sicurezza del lavoro mirati a specifiche situazioni[1481].

Un'altra importante novità è rappresentata dal fondo di sostegno alla piccola e media impresa, ai rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza territoriali e alla pariteticità costituito presso l'INAIL. Il fondo opera a favore delle realtà in cui la contrattazione nazionale o integrativa non preveda o costituisca sistemi di rappresentanza dei lavoratori e di pariteticità migliorativi o, almeno, di pari livello ed ha quali obiettivi: *a*) il sostegno ed il finanziamento, in misura non inferiore al 50% delle

---

[1478] È stata rilevata la parziale analogia tra la definizione di organismi paritetici e quella di enti bilaterali di cui all'art. 2, comma 1, lett. *h*, del d.lgs. n. 276 del 2003: cfr. M. LAI, *Consultazione e partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori*, cit., p. 292, nota 3.

[1479] Come tempestivamente suggerito da M. LAI, *Il ruolo delle parti sociali*, cit., p. 212.

[1480] Cfr. F. CARINCI, *La telenovela del T.U. sulla sicurezza*, cit., p. 351; M. RICCI, *Sicurezza sul lavoro: controllo e partecipazione sindacale*, cit., p. 121; M. LAI, *Il ruolo delle parti sociali*, cit., pp. 210-211.

[1481] Gli organismi paritetici trasmettono al Comitato regionale di coordinamento anche una relazione annuale sull'attività svolta.

disponibilità del fondo, delle attività delle rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza territoriali, anche con riferimento alla formazione; *b*) il finanziamento della formazione dei datori di lavoro delle piccole e medie imprese, dei piccoli imprenditori, dei lavoratori stagionali del settore agricolo e dei lavoratori autonomi; *c*) il sostegno delle attività degli organismi paritetici.

Il fondo è finanziato: *a*) da un contributo delle aziende nel cui ambito non sia stato eletto o designato il RLS in misura pari a due ore lavorative annue per ogni lavoratore occupato presso l'azienda o l'unità produttiva; *b*) dalle entrate derivanti dall'irrogazione delle sanzioni previste dal d.lgs. n. 81 del 2008 per la parte eccedente quanto riscosso a seguito dell'irrogazione delle sanzioni previste dalla previgente normativa abrogata dallo stesso decreto nel corso dell'anno 2007, incrementato del 10%; *c*) con una quota parte delle risorse di cui all'art. 9, comma 3; *d*) relativamente all'attività formativa per le piccole e medie imprese di cui al comma 1, lett. *b*, anche dalle risorse di cui all'art. 11, comma 2[1482].

### 8.10.3. Il ruolo della contrattazione collettiva e la dimensione collettiva della sicurezza sul lavoro

Come si è appena visto, in materia di rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza il legislatore delegato opera vari rinvii alla contrattazione collettiva[1483]. Purtroppo, non sempre la tecnica del rinvio risulta precisa. Può infatti osservarsi che, mentre l'art. 48, comma 2, attribuisce alla contrattazione collettiva "nazionale" l'individuazione delle modalità di elezione o designazione del RLST, l'art. 47, comma 5, affida genericamente alla contrattazione collettiva il compito di stabilire il numero dei RLS – prevedendo peraltro che la deroga *in melius* di tale numero nelle aziende con più di 1.000 lavoratori spetti agli accordi interconfederali o alla contrattazione collettiva (nazionale?) – nonché quello di definire il tempo di lavoro retribuito, gli strumenti per l'espletamento delle funzioni del RLS e le modalità di designazione o di elezione del medesimo. Identico riferimento generico alla contrattazione si rintraccia nell'art. 47, comma 6, a proposito delle determinazioni – relative all'elezione dei RLS aziendali, territoriali e di comparto – alternative all'*election day*, sebbene il parere sul decreto ministeriale sullo stesso *election day* debba essere espresso dalle confederazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Altrettanto vale per l'art. 48, comma 7, in relazione alla determinazione di modalità, durata e contenuti specifici della formazione del RLST, nell'art. 49, comma 3, in ordine alle modalità di individuazione del RLS di sito produttivo e nell'art. 50, comma 1, in merito alla salvezza di diverse previsioni sulle attribuzioni del RLS, laddove il comma 3 della stessa norma rinvia peraltro alla contrattazione collettiva nazionale la definizione delle modalità per l'esercizio delle attribuzioni indicate *ex lege* nel comma 1. Parimenti generiche sono le previsioni contrattuali fatte salve dall'art. 51, comma 2, là dove riconosce gli organismi paritetici come prima istanza di riferimento in merito alle controversie sull'applicazione dei diritti di rappresentanza, informazione e formazione. La mancanza di precisione e di coordinamento fra queste previsioni

---

[1482] Le modalità di funzionamento del fondo ed i criteri di riparto delle risorse tra le sue finalità sono definiti con decreto dei Ministri del lavoro e della salute, di concerto con il Ministero dell'economia, adottato, previa intesa con le associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, sentita la Conferenza Stato-Regioni, entro dodici mesi dall'entrata in vigore del decreto legislativo.

[1483] Cfr. anche A. BALDASSARRE, *Le rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza e il rilancio della "filosofia partecipativa"*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 531 ss., qui p. 535 ss.

rischia di creare incertezze sui livelli negoziali (anche quello territoriale o quello aziendale?) deputati a determinati compiti, sebbene, date le funzioni di cui trattasi, una disciplina omogenea a carattere nazionale appaia più opportuna[1484].

Al di là di questi aspetti, occorre osservare che il legislatore delegato ha traslato in capo alla Commissione consultiva permanente il compito di dare attuazione al criterio di delega di cui all'art. 1, comma 2, lett. *l*, invitandola così a valorizzare sia gli accordi sindacali, sia i codici di condotta ed etici, adottati su base volontaria, che, in considerazione delle specificità dei settori produttivi di riferimento, orientino i comportamenti dei datori di lavoro, anche secondo i principi della responsabilità sociale, dei lavoratori e di tutti i soggetti interessati, ai fini del miglioramento dei livelli di tutela definiti legislativamente (art. 6, comma 8, lett. *h*)[1485]. Si tratterà di verificare se il raccordo tra legge ed accordi previsto nel criterio di delega ("anche mediante rinvio legislativo") ne risulterà più attenuato, non dovendosi peraltro trascurare, da un lato, quanto rilevato sulla difficile operatività della contrattazione collettiva, specie aziendale, nelle piccole imprese[1486] e, da un altro lato, quanto sottolineato in ordine alla possibilità che la contrattazione possa o affiancarsi alle buone prassi ed ai codici di condotta o favorirne la creazione[1487].

Se è vero che sicurezza del lavoro e contrattazione collettiva costituiscono una coppia che è stata spesso guardata con sospetto, soprattutto a causa del rischio di monetizzazione di un bene non negoziabile qual è quello della salute e della sicurezza[1488], è vero pure che gli spazi per la contrattazione non sono poi così esigui, a cominciare da quei compiti "integrativi"[1489] (come già rilevato a proposito della disciplina della sicurezza in alcune tipologie flessibili: v. *supra* § 6.2.3.2) sia per quanto concerne l'adeguamento della disciplina generale sia per quanto attiene alla definizione di una rete di protezione minimale ove tale disciplina non sia applicabile. Né possono trascurarsi ulteriori spazi, come la "pianificazione concordata, soprattutto a livello aziendale, di investimenti in prevenzione", o la "definizione di modalità e strumenti per affrontare al meglio rischi e patologie nuovi" (come il *mobbing*), o, ancora, l'individuazione di "percorsi mirati di inserimento e di supporto per categorie di lavoratori particolarmente a rischio (flessibili, extracomunitari, donne,

---

[1484] Sempre a proposito di rappresentanza per la sicurezza, vanno ricordati due ulteriori rinvii all'autonomia collettiva. Il primo si rinviene nell'art. 3, comma 13, che attribuisce ai contratti collettivi stipulati dalle contrapposte organizzazioni comparativamente più rappresentative del settore agricolo sul piano nazionale il compito di definire specifiche modalità di attuazione delle previsioni del d.lgs. n. 81 del 2008 concernenti il RLS nel caso in cui le imprese utilizzino esclusivamente lavoratori stagionali ciascuno dei quali non superi le cinquanta giornate lavorative. Il secondo è contenuto nell'art. 37, comma 11, che, ancorché entro una cornice minima legale, affida alla contrattazione collettiva nazionale la determinazione delle modalità, della durata e dei contenuti specifici della formazione del RLS, nonché la disciplina delle modalità dell'obbligo di aggiornamento periodico.

[1485] Alla stessa Commissione, in base all'art. 6, comma 8, lett. *d*, spetta il compito di validare le buone prassi in materia di salute e sicurezza del lavoro – previa istruttoria tecnica dell'ISPESL, che provvede a assicurarne la più ampia diffusione – definite, nell'art. 2, comma 1, lett. *v*, come le soluzioni organizzative o procedurali coerenti con la normativa vigente e con le norme di buona tecnica, adottate volontariamente e finalizzate a promuovere la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro attraverso la riduzione dei rischi e il miglioramento delle condizioni di lavoro, elaborate e raccolte dalle Regioni, dall'ISPESL, dall'INAIL e dagli organismi paritetici. Sulle buone prassi, che per essere tali, devono rispondere a requisiti "qualitativi" e a connotati "funzionali" o "teleologici" (idoneità a perseguire determinati obiettivi "virtuosi"), cfr. G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., p. 20 del dattiloscritto.

[1486] Cfr. L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 30.

[1487] G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., p. 22 del dattiloscritto.

[1488] Cfr. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute ed organizzazione del lavoro*, F. Angeli, Milano, 1989; M. RUSCIANO, *"Retorica", "cultura" ed "effettività" della sicurezza del lavoro*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 149 ss., qui p. 152.

[1489] P. CAMPANELLA, *Profili collettivi di tutela della salute*, cit., p. 175 ss.

ecc.)"[1490].

Vero è che la contrattazione collettiva gioca un ruolo decisivo in materia di salute e sicurezza anche quando non si occupa direttamente di questi temi. Il che accade tutte le volte in cui essa affronta tematiche legate all'organizzazione del lavoro[1491], come accade ad esempio a proposito dei tempi di lavoro. Ciò avvalora quanto detto in precedenza, a proposito delle fonti (v. *supra* § 4), là dove si rilevava che la sicurezza del lavoro, in quanto "valore", più che una materia in senso tecnico rappresenta una materia trasversale o, se si vuole, una meta-materia. Tutto ciò induce a riflettere sull'importanza della contrattazione e, in particolare, su quali possano essere le conseguenze della sua crescente debolezza (o addirittura inesistenza) in certi ambiti[1492].

Se la dimensione collettiva della sicurezza del lavoro trascende la pur fondamentale disciplina tecnica relativa al RLS per allargarsi a gran parte delle questioni legate alla protezione dei lavoratori nel rapporto di lavoro, essa ha sempre più a che fare anche con il ruolo che le parti sociali giocano nel sistema istituzionale della sicurezza del lavoro[1493], dove, pur non negoziando, possono incidere sensibilmente sulle politiche della prevenzione e della sua effettività: si tratta di una rappresentanza collettiva per la sicurezza diversa da quella che si esercita nei luoghi di lavoro, ma che può offrire ad essa notevole sostegno.

Proprio la sottolineatura sulla dimensione istituzionale della rappresentanza collettiva per la sicurezza, che riguarda "entrambe" le parti sociali, evoca un'ultima considerazione (ultima non certo per importanza). Si tratta dell'attenzione da riservare alla rappresentanza collettiva dei datori di lavoro che, mai come sul terreno della sicurezza, necessitano di un costante supporto, specialmente quando si tratta di datori con pochi addetti. La frammentazione dei piccoli imprenditori, il loro frequente procedere isolati e il ricorso all'arte del "fai da te" non sono certo elementi che agevolano la crescita di un clima di sicurezza. Di qui l'importanza degli organismi paritetici e l'apprezzamento per quelle previsioni del nuovo decreto in cui si attribuisce un ruolo alle associazioni datoriali[1494].

### 8.11. La semplificazione e le regole sulla documentazione tecnico-amministrativa e le statistiche

L'art. 1, comma 2, lett. *d*, della l. n. 123 del 2007 ha previsto come ulteriore criterio di delega la semplificazione degli adempimenti meramente formali[1495] in materia di salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, nel pieno rispetto dei livelli di tutela, con particolare riguardo alle piccole, medie e micro imprese, nonché la previsione di forme di unificazione documentale.

---

1490 G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., pp. 22 e 23 del dattiloscritto.

1491 Cfr. A.R. TINTI, *Il diritto del lavoro e il paradosso della sicurezza contrattata*, di prossima pubblicazione in *RDSS*, 2008; G. NATULLO, *Riassetto normativo e sistema delle fonti*, cit., p. 22 del dattiloscritto.

1492 Cfr. A.R. TINTI, *Il diritto del lavoro e il paradosso della sicurezza contrattata*, cit.

1493 Cfr. M. LAI, *Il ruolo delle parti sociali*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 519 ss., qui p. 521 ss.

1494 Cfr., oltre alle varie norme della Sezione VII del Capo III, gli artt. 10, 31, comma 1, e 32, comma 4.

1495 Su tale aspetto cfr. O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., pp. 37-38; S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 24.

Per quanto concerne il criterio delegante della semplificazione, al di là delle incertezze sull'identificazione degli "adempimenti meramente formali"[1496], si era rilevato che, nonostante alcuni dubbi sulla perseguibilità dell'obiettivo della semplificazione con la legge dello Stato, "restituire leggerezza alla norma" equivale "a renderla autorevole", pur avvertendosi che la semplificazione delle regole non può comportare una riduzione delle tutele, "poiché l'esigenza che si vuole soddisfare non è quella di rendere la prescrizione meno onerosa per il datore e, di riflesso, più inconsistente e fragile la protezione del diritto alla salute del creditore di sicurezza"[1497]. Nel Titolo I del nuovo decreto, di semplificazione si parla esplicitamente in due ipotesi: nell'art. 3, comma 13, che rinvia ad un decreto interministeriale l'emanazione di disposizioni per semplificare, nel settore agricolo, gli adempimenti relativi all'informazione, formazione e sorveglianza sanitaria previsti dal d.lgs. n. 81 del 2008; nell'art. 53, comma 5, in cui si prevede che le modalità per l'eventuale eliminazione o per la tenuta semplificata della documentazione rilevante in materia di igiene, salute e sicurezza sul lavoro siano definite con un successivo decreto da adottare entro 12 mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2008. Previsioni di semplificazione sono peraltro presenti in varie disposizioni: è il caso della previsione della prossima uscita di scena del registro degli infortuni (v. *supra* § 8.2) o della scomparsa degli obblighi per il datore di lavoro di trasmettere all'organo di vigilanza competente per territorio una serie di documenti ove intenda svolgere direttamente i compiti del SPP (v. *supra* § 8.6).

Ad una particolare semplificazione è dedicata anche la Sezione VII, relativa alla documentazione tecnico-amministrativa[1498]. L'art. 53 prevede la possibilità di impiegare sistemi di elaborazione automatica dei dati per la memorizzazione di qualunque tipo di documentazione prevista dal decreto legislativo[1499]. Ove le attività del datore di lavoro siano articolate su varie sedi geografiche o organizzate in distinti settori funzionali, l'accesso ai dati può avvenire mediante reti di comunicazione elettronica, attraverso la trasmissione della password in modalità criptata e fermo restando quanto previsto relativamente alla immissione e validazione dei dati da parte delle persone responsabili. La documentazione cartacea ed informatica deve essere custodita nel rispetto del d.lgs. n. 196 del 2003 in materia di protezione dei dati personali. Tutta la documentazione rilevante in materia di igiene, salute e sicurezza sul lavoro e tutela delle condizioni di lavoro può

---

1496 S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 24.

1497 L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 31.

1498 Cfr. A. D'AMORE, *Documentazione e statistiche*, in F. BACCHINI (a cura di), *Speciale Testo Unico sicurezza del lavoro*, cit., pp. 293-294.

1499 Le modalità di memorizzazione dei dati e di accesso al sistema di gestione della predetta documentazione devono essere tali da assicurare che: *a*) l'accesso alle funzioni del sistema sia consentito solo ai soggetti a ciò espressamente abilitati dal datore di lavoro; *b*) la validazione delle informazioni inserite sia consentito solo alle persone responsabili, in funzione della natura dei dati; *c*) le operazioni di validazione dei dati siano univocamente riconducibili alle persone responsabili che le hanno effettuate mediante la memorizzazione di codice identificativo autogenerato dagli stessi; *d*) le eventuali informazioni di modifica, ivi comprese quelle inerenti alle generalità e ai dati occupazionali del lavoratore, siano solo aggiuntive a quelle già memorizzate; *e*) sia possibile riprodurre su supporti a stampa, sulla base dei singoli documenti, ove previsti dal decreto legislativo, le informazioni contenute nei supporti di memoria; *f*) le informazioni siano conservate almeno su due distinti supporti informatici di memoria e siano implementati programmi di protezione e di controllo del sistema da codici virali; *g*) sia redatta, a cura dell'esercente del sistema, una procedura in cui siano dettagliatamente descritte le operazioni necessarie per la gestione del sistema medesimo. Nella procedura non devono essere riportati i codici di accesso.

essere tenuta su unico supporto cartaceo o informatico[1500].

L'art. 54 prevede infine che la trasmissione di documentazione e le comunicazioni a enti o amministrazioni pubbliche, comunque previste dal d.lgs. n. 81 del 2008, possano avvenire tramite sistemi informatizzati, nel formato e con le modalità indicati dalle strutture riceventi.

## 9. Brevi spigolature sull'apparato sanzionatorio

Dati i limiti di spazio di questa ricerca e soprattutto di specifica competenza di chi la conduce, non ci si può qui diffondere sul tema delle sanzioni, limitandocisi a qualche brevissima osservazione di contorno.

Alle analisi dei penalisti e dei processualpenalisti spetterà accertare se i complessi criteri di delega in materia sanzionatoria[1501] abbiano trovato attuazione nel decreto delegato. Non ci si riferisce tanto a quelli che, *ictu oculi*, si colgono chiaramente nelle norme del d.lgs. n. 81 del 2008 (come, ad esempio, l'art. 13, comma 6, con riferimento al criterio di cui al n. 6 dell'art. 1, comma 2, lett. *f*; l'art. 56 rispetto al rilievo del preposto; l'art. 61 relativamente al criterio di cui al n. 5, al di là delle sue evidenti imprecisioni), quanto ai criteri più pregnanti. È il caso della valorizzazione del sistema del d.lgs. n. 758 del 1994, di cui apparentemente non v'è traccia a meno di non pensare che tale valorizzazione derivi implicitamente dal massiccio ricorso alla pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda che costituisce il presupposto per l'operatività del meccanismo della prescrizione ivi previsto. È il caso della distinzione tra natura sostanziale o formale della violazione, o della identificazione delle infrazioni che ledano interessi generali dell'ordinamento o della soglia che divide le infrazioni punite con sanzione penale da quelle assoggettate a sanzione amministrativa[1502].

---

[1500] Ferme restando le disposizioni relative alla valutazione dei rischi, le modalità per l'eventuale eliminazione o per la tenuta semplificata della documentazione sono definite con successivo decreto, adottato, previa consultazione delle parti sociali, sentita la Conferenza Stato-Regioni, entro 12 mesi dall'entrata in vigore del decreto legislativo. Fino ai sei mesi successivi all'emanazione del decreto interministeriale che definisce le regole tecniche per la realizzazione ed il funzionamento del SINP, restano in vigore le disposizioni relative al registro degli infortuni ed ai registri degli esposti ad agenti cancerogeni e biologici.

[1501] L'art. 1, comma 2, lett. *f*, della l. n. 123 del 2007, ha previsto la riformulazione e razionalizzazione dell'apparato sanzionatorio, amministrativo e penale, tenendo conto della responsabilità e delle funzioni svolte da ciascun soggetto obbligato, con riguardo in particolare alla responsabilità del preposto, nonché della natura sostanziale o formale della violazione, attraverso: 1) la modulazione delle sanzioni in funzione del rischio e l'utilizzazione di strumenti che favoriscano la regolarizzazione e l'eliminazione del pericolo da parte dei soggetti destinatari dei provvedimenti amministrativi, confermando e valorizzando il sistema del d.lgs. n. 758 del 1994; 2) la determinazione delle sanzioni penali dell'arresto e dell'ammenda, previste solo nei casi in cui le infrazioni ledano interessi generali dell'ordinamento, individuati in base ai criteri ispiratori degli artt. 34 e 35 della l. n. 689 del 1981, da comminare in via esclusiva ovvero alternativa, con previsione della pena dell'ammenda fino a euro 20.000 per le infrazioni formali, della pena dell'arresto fino a 3 anni per le infrazioni di particolare gravità, della pena dell'arresto fino a tre anni ovvero dell'ammenda fino a euro 100.000 negli altri casi; 3) la previsione della sanzione amministrativa consistente nel pagamento di una somma di denaro fino ad euro 100.000 per le infrazioni non punite con sanzione penale; 4) la graduazione delle misure interdittive in dipendenza della particolare gravità delle disposizioni violate; 5) il riconoscimento ad organizzazioni sindacali ed associazioni dei familiari delle vittime della possibilità di esercitare, *ex* artt. 91 e 92 c.p.p., i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa, con riferimento ai reati commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale; 6) la previsione della destinazione degli introiti delle sanzioni pecuniarie per interventi mirati alla prevenzione, a campagne di informazione e alle attività dei dipartimenti di prevenzione delle ASL.

[1502] Su tali aspetti cfr., prima dell'emanazione del d.lgs. n. 81 del 2008, S. DOVERE, *L'impatto della l. 3.8.2007, n. 123 sull'apparato sanzionatorio della tutela della salute e della sicurezza del lavoro*, in M. RUSCIANO e G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro. Appendice di aggiornamento*, cit., p. 105 ss.; S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., p. 28 ss. Dopo

Certo è che il metodo seguito dal legislatore delegato lascia non poco a desiderare[1503]. Al di là dei possibili dubbi sul fatto che la tecnica migliore per delineare l'apparato sanzionatorio fosse quella del "rinvio", peraltro già sperimentata nel d.lgs. n. 626 del 1994[1504], restano non poche perplessità sul modo in cui è stata applicata, non essendo sempre agevole individuare in che cosa consista il fatto illecito sanzionato[1505]. È quanto accade, ad esempio, nell'art. 55, comma 1, lett. *a*, che, fra l'altro, punisce con l'arresto da 4 a 8 mesi o con l'ammenda da 5.000 a 15.000 euro il datore di lavoro che omette la valutazione dei rischi e l'adozione del documento di cui all'art. 17, comma 1, lett. *a*, ovvero che lo adotta in assenza degli elementi di cui alle lettere *a*, *b*, *d* ed *f* dell'art. 28. La parola "adozione" (del documento) che compare nell'art. 55 non figura nell'art. 17, comma 1, lett. *a*, che invece parla di "elaborazione", né tanto meno nell'art. 28 in cui si parla invece di "redazione" del documento. È evidente che alle indubbie discordanze presenti nelle norme contenenti il precetto si poteva e si doveva porre rimedio in sede di definizione della norma sanzionatoria, laddove quest'ultima ha invece introdotto un ulteriore concetto assente in quelle, rischiando di complicare oltremodo la vicenda. Al di là del fatto che l'"adozione" non può essere intesa se non come "elaborazione" del documento, non c'è dubbio che si tratti di un termine dal significato diverso, non dovendosi in ogni caso dimenticare che i principi di legalità e di tassatività vigenti in materia penale non consentono disinvolte operazioni qualificatorie.

Le criticità non si esauriscono però qui. Sempre a titolo esemplificativo, può rilevarsi, fra i comportamenti illeciti del datore di lavoro e del dirigente, l'assenza nell'art. 55, comma 4, della mancata formazione di cui all'art. 37. È vero che lo stesso art. 55, comma 4, lett. *e*, punisce la violazione dell'art. 18, comma 1, lett. *l*, vale a dire dell'obbligo generale di informazione, formazione e addestramento; è però altrettanto vero che, mentre nel caso della informazione l'art. 55, comma 4, lett. *a*, punisce espressamente le violazioni dell'art. 36, nulla dice invece per quelle dell'art. 37, dovendosi così ritenere che qualsivoglia violazione di tale norma sia ricompresa nella violazione dell'art. 18, comma 1, lett. *l*.

Spigolando qua e là, può cogliersi un'ulteriore criticità, che potrebbe comportare conseguenze rilevanti. Si tratta dell'evidente abbassamento di protezione, non consentito dalla delega, che si registra nell'art. 55, comma 3, il quale punisce con la sola pena dell'ammenda il datore di lavoro che effettui la valutazione dei rischi senza coinvolgere il RSPP ed il medico competente (ove sia da coinvolgere), ovvero senza consultare il RLS, o che non rielabori il documento in caso di significative modifiche del processo produttivo o dell'organizzazione del lavoro: tutte violazioni che l'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 626 del 1994 puniva con la più severa pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda. Né sembra potersi sostenere che la modificazione della natura della sanzione

---

l'emanazione del d.lgs. n. 81 del 2008 v. P. RAUSEI, *Il sistema sanzionatorio nel Testo Unico*, in F. BACCHINI (a cura di), *Speciale Testo Unico sicurezza del lavoro*, cit., p. 295 ss.

[1503] Cfr. A. BONDI, *L'apparato sanzionatorio*, relazione presentata al Convegno di Urbino del 10 maggio 2008 su "Le nuove regole sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori. Un confronto a più voci", cit.

[1504] Tale tecnica consiste nel fatto che, nella norma in cui è prevista la sanzione, il comportamento da sanzionare non è esplicitato mediante una precisa descrizione della fattispecie illecita, ma si ricava solo "per rinvio" alla norma in cui è contenuto il precetto violato.

[1505] A. BONDI, *L'apparato sanzionatorio*, cit.

sia compensabile con l'elevazione dell'importo dell'ammenda rispetto al passato, giacché le violazioni di cui trattasi (analoghe alle altre violazioni relative alla valutazione dei rischi che l'art. 55, comma 1, punisce correttamente con la pena alternativa) non sembrano integrare gli estremi delle infrazioni formali per le quali la delega prevede la pena esclusiva dell'ammenda. E critiche del medesimo tenore possono riguardare l'art. 55, comma 4, lett. *n*, che irroga una sanzione amministrativa pecuniaria per la violazione di quanto previsto nell'art. 18, comma 1, lett. *s* (obbligo di consultare il RLS nelle ipotesi di cui all'art. 50[1506]), laddove l'art. 89, comma 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 626 del 1994 puniva le analoghe violazioni dell'art. 4, comma 5, lett. *p*, con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda[1507].

Al di là di questi rilievi, resta il rammarico per il fatto che il legislatore delegato non abbia saputo o voluto cogliere l'occasione, offertagli dal criterio generale del "riordino e del coordinamento delle norme vigenti", per attrarre nel decreto, affiancandole alle tradizionali sanzioni in una logica di sussidiarietà, ulteriori misure di dissuasione, peraltro debitamente razionalizzate e sistematizzate. Il riferimento è a quelle previsioni oggi sparse nell'ordinamento che, subordinando la costituzione di tipologie contrattuali flessibili alla effettuazione della valutazione dei rischi, puniscono la mancata valutazione con una sorta di "sanzione civile indiretta" che si ripercuote sulla validità del contratto "flessibile" eventualmente stipulato[1508]. Come è stato autorevolmente suggerito,

---

[1506] Qui, evidentemente, ci si riferisce alle ipotesi di consultazione del RLS ulteriori rispetto a quella relativa alla valutazione dei rischi (peraltro ricompresa anche nell'art. 18, comma 1, lett. *p*), la cui violazione è già sanzionata con la pena dell'ammenda dall'art. 55, comma 3.

[1507] Cfr. M. Lai, *Consultazione e partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori*, cit., p. 292.

[1508] Ciò era già contemplato per il contratto di lavoro interinale (art. 1, comma 4, lett. *e*, della legge 24 giugno 1997, n. 196, ora abrogato) ed è attualmente previsto per il contratto di lavoro a tempo determinato (art. 3, comma 1, lett. *d*, del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368) e il contratto di somministrazione di lavoro (art. 20, comma 5, lett. *c*, del d.lgs. n. 276 del 2003): dopo la recente abolizione del contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato di cui al Titolo III, Capo I, del d.lgs. n. 276 del 2003, intervenuta ad opera dell'art. 1, comma 46, della legge 24 dicembre 2007, n. 247 (che ha attuato quanto previsto nel Protocollo del 23 luglio 2007), il divieto di cui all'art. 20, comma 5, lett. *c*, del d.lgs. n. 276 del 2003 riguarda soltanto la stipulazione del contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato. Alle ipotesi citate potrebbe forse aggiungersi anche il contratto di inserimento, almeno se si conviene che l'art. 58, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003, richiamando l'applicabilità delle norme sul contratto a termine, richiami implicitamente anche il divieto ivi previsto.
Per la verità, il divieto di stipulazione conseguente alla mancata valutazione dei rischi valeva in origine anche per il contratto di lavoro intermittente (cfr. art. 34, comma 3, lett. *c*, del d.lgs. n. 276 del 2003), ma tale istituto è stato recentemente abolito mediante l'abrogazione degli artt. 33-40 del d.lgs. n. 276 del 2003 da parte dell'art. 1, comma 45, della legge n. 247 del 2007. Va peraltro rilevato che, nonostante l'abrogazione delle norme in materia di contratto di lavoro intermittente, l'art. 1, comma 47, della legge n. 247 del 2007, al fine di contrastare il possibile ricorso a forme di lavoro irregolare o sommerso per sopperire ad esigenze di utilizzo di personale per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo nel settore del turismo e dello spettacolo, prevede che i relativi contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale possano prevedere la stipula di specifici rapporti di lavoro per lo svolgimento delle predette prestazioni durante il fine settimana, nelle festività, nei periodi di vacanze scolastiche e per ulteriori casi, comprese le fattispecie già individuate ai sensi dell'art. 10, comma 3, del d.lgs. n. 368 del 2001 (il quale ammette l'assunzione diretta di manodopera, nei settori del turismo e dei pubblici esercizi, per l'esecuzione di speciali servizi non superiori a tre giorni, determinata dai contratti collettivi stipulati con i sindacati locali o nazionali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale, prevedendo altresì che i relativi rapporti di lavoro sono esclusi dal campo di applicazione del d.lgs. n. 368 del 2001). Orbene, sia la esplicita sottrazione di queste ultime fattispecie alla disciplina del d.lgs. n. 368 del 2001 (nella quale, come si è visto, è previsto il divieto di stipulazione in caso di mancata valutazione dei rischi), sia la sopravvivenza delle altre ipotesi di lavoro intermittente a fronte dell'abrogazione dell'art. 34, comma 3, lett. *c*, del d.lgs. n. 276 del 2003 (che anch'esso prevedeva il divieto di stipulazione in caso di mancata valutazione dei rischi) sembrano comportare una paradossale conseguenza: infatti, in tutti questi casi, nonostante l'omessa valutazione dei rischi, il datore di lavoro sembrerebbe potersi avvalere di forme di lavoro discontinuo, le quali, però, data la loro estrema flessibilità, espongono i lavoratori ai maggiori rischi per la propria salute e sicurezza!

divieti di questo tipo meriterebbero di essere generalizzati per tutte le tipologie "flessibili" e probabilmente estesi anche alle altre violazioni della normativa prevenzionistica[1509]. Per altro verso, come si è posto in luce in altra sede[1510], quelle laconiche e standardizzate previsioni richiederebbero un intervento di affinamento, soprattutto per renderle più effettive di quanto siano attualmente. Esse, ancorché indirettamente, dovrebbero concorrere a fornire tutela in una delle zone più grigie della sicurezza del lavoro, dove la temporaneità dei rapporti di lavoro spesso accresce i rischi per i lavoratori.

## 10. Conclusione

Al di là delle perplessità relative alle sanzioni ed alla debole considerazione dei nuovi scenari del mercato del lavoro[1511] – del resto evocati dalla stessa delega con il riferimento alle misure di particolare tutela per determinate categorie di lavoratori e lavoratrici e per specifiche tipologie di lavoro[1512] –, il Titolo I del nuovo decreto merita un complessivo apprezzamento, specialmente perché (in particolare nelle norme sul sistema istituzionale) sembra aver colto quell'elemento che ormai tutti considerano decisivo per combattere efficacemente la piaga degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali: la costruzione della "cultura della prevenzione"[1513], in vista della quale l'applicazione del nuovo decreto, che ora inizia il suo cammino, costituisce un'occasione imperdibile[1514]. Per la verità, anche qui sarebbe stato auspicabile fare assai di più, giacché senza adeguati investimenti finanziari è arduo realizzare politiche efficaci. Spetterà in particolare alla Commissione consultiva permanente agire bene e in fretta per far sì che possano trovare attuazione le misure premiali previste dal decreto, quale, ad esempio, quella di cui all'art. 27, comma 2, secondo cui il possesso dei requisiti per ottenere la qualificazione dell'impresa (definita in base ai criteri individuati dalla predetta Commissione) costituisce elemento vincolante per la partecipazione alle gare relative agli appalti e subappalti pubblici e per l'accesso ad agevolazioni, finanziamenti e contributi a carico della finanza pubblica, sempre se correlati ai medesimi appalti o subappalti[1515].

Affinché non si trasformi in un luogo comune, la "cultura della prevenzione" non deve confondersi con la retorica della prevenzione. È retorica, e non cultura della prevenzione, la "riduzione per la

---

[1509] L. MONTUSCHI, *Aspettando la riforma*, cit., p. 770.

[1510] P. PASCUCCI, *Il rebus dell'effettività delle cosiddette "sanzioni civili indirette" in tema di sicurezza sul lavoro*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 131 ss.; L. ANGELINI, *Lavori flessibili e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 105 ss.; F. SCARPELLI, *Le malattie da lavoro. La tutela civilistica e previdenziale*, relazione presentata al convegno su "Le malattie da lavoro: prevenzione e tutela", organizzato dalla Fondazione Malagugini, Milano, 1° febbraio 2008 (in corso di pubblicazione negli Atti), p. 4 del dattiloscritto.

[1511] C. SMURAGLIA, *Il sistema normativo italiano*, cit., p. 343; M. TIRABOSCHI, *Restyling necessario*, cit.

[1512] Art. 1, comma 2, lett. *c*, n. 1, della l. n. 123 del 2007.

[1513] L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., p. 34; M. RUSCIANO, *"Retorica", "cultura" ed "effettività" della sicurezza del lavoro*, cit., p. 149 ss.; S. VERGARI, *Ancora una delega per il riassetto e la riforma*, cit., pp. 53-54. V. altresì i contributi di P.P. POGGIO, P. APOSTOLI, L. CALAFÀ, G. KILGER e O. TALLONE pubblicati nella sezione IV "Formare una cultura della sicurezza: esperienze a confronto" del volume curato da L. GUAGLIANONE e F. MALZANI, *Come cambia l'ambiente di lavoro*, cit., p. 275 ss.

[1514] Per considerazioni su questo aspetto cfr. O. BONARDI, Ante litteram. *Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega*, cit., pp. 59-60.

[1515] In generale, sulla legislazione premiale cfr. E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2001, p. 133 ss.

televisione" del dramma quotidiano delle cosiddette morti bianche; è ancora retorica l'accento posto dai *mass media* sugli infortuni sul lavoro senza far mai un cenno alla tragedia silenziosa delle malattie professionali; ed è retorica anche la mistificazione con la quale si invoca la "cultura della prevenzione" in alternativa alle sanzioni, come si è fatto ripetutamente anche nel dibattito che ha accompagnato la costruzione del d.lgs. n. 81 del 2008[1516]. In realtà, se non si vuole che la "cultura della prevenzione" continui ad essere solo un'immagine fantomatica, si dovrebbe invece affermare a chiare lettere che essa non solo non è alternativa alle regole e alle sanzioni, ma ne costituisce l'imprescindibile fondamento: le regole (e le sanzioni) non sono altro che gli strumenti serventi della "cultura" o, come sarebbe ormai meglio dire", dell'"etica" della prevenzione[1517].

Da più parti si lamenta l'eccessiva produzione di norme, la continua alluvione di precetti e procedure, intollerabili orpelli formali e burocratici. Ci si è mai chiesti, però, perché ciò avvenga? Una risposta particolarmente polemica, ma non da sottovalutare, specie in questa epoca in cui il pragmatismo sta soppiantando l'ideologia (senza peraltro poter soppiantare i valori), è quella di chi ritiene che l'iperfetazione normativa sia essenzialmente funzionale alla conservazione ed alla riproduzione di chi deve gestire quelle norme, in particolare degli apparati burocratici: il tutto in una logica autoreferenziale che poco o nulla avrebbe a che vedere con le finalità di tutela dichiarate. Più che una risposta, questo forse è un rischio, che però diviene altamente probabile quando si perde di vista il vero scopo per cui si sono poste le regole.

Le regole, specialmente quelle che disciplinano i rapporti interprivati, sono necessarie, soprattutto quando in quei rapporti un interesse, in sé pur degno di rispetto come quello della produzione, può oggettivamente comprimere un valore di rango superiore, come quello della integrità fisica e morale delle persone che lavorano. Lo afferma a chiare lettere l'art. 2087 c.c., la norma cardine dell'intero sistema di prevenzione, che inserisce l'obbligo di sicurezza nel sinallagma del contratto di lavoro[1518]: un obbligo, detto per inciso, al cui adempimento le regole del nuovo decreto offrono grande sostegno, ma che in esse non si esaurisce.

Tuttavia le regole, di per sé, non possono bastare. E non bastano soprattutto quando non se ne comprende o quando addirittura non se ne condivide il fondamento (non certo a parole, ma nel profondo). Se le regole, per così dire, "precedono" il proprio fondamento o se chi se le trova dinnanzi non ne percepisce il senso, ben poche speranze potranno nutrirsi sulla loro effettività. Né basta invocare la moltiplicazione dei controlli ed il rafforzamento delle strutture di vigilanza, perché o si fa in modo che i controllori siano almeno in numero pari ai controllati, o prima o poi ci si dovrà arrendere all'evidenza dei fatti.

Poiché, fortunatamente, la stragrande maggioranza non vuole né uno Stato di polizia né che si ripetano le stragi a cui purtroppo ci stiamo abituando, non resta che intraprendere la strada della

---

1516 Cfr. G. USAI, *Con le sanzioni non si crea una vera tutela*, in *Il Sole 24 ORE* del 6 maggio 2008, inserto "Sicurezza&lavoro. Il nuovo testo unico", p. 1.

1517 Sull'importanza dei riferimenti alla responsabilità sociale delle imprese si vedano le giuste osservazioni di L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, cit., pp. 30-31. Sul tema cfr. altresì A. TURSI, *Responsabilità sociale, «etica d'impresa» e diritto del lavoro*, in *LD*, 2006, p. 65 ss.

1518 L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 75; G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, cit., p. 3 ss.; M. FRANCO, *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1995.

costruzione dell'"etica della prevenzione". Una strada che – è bene non farsi illusioni – è lunga e difficile ed attraversa territori ancora scarsamente esplorati: innanzitutto, quello del rispetto della persona umana e della sua dignità, che nessun imperativo economico può comprimere[1519]; in secondo luogo, quello di una società perfettamente consapevole che il bene primario della salute è effettivamente un bene collettivo oltre che individuale e che la sua privazione nuoce tanto all'individuo quanto alla comunità[1520]; infine, quello di una razionale organizzazione produttiva e del lavoro, in cui "qualità" e "sicurezza" non sono due distinte parole, ma costituiscono una endiadi, un unico ed inestricabile concetto nonché un obiettivo da affermare e difendere strenuamente nell'economia globale delle grandi innovazioni e dei preoccupanti ritorni a modelli produttivi di un lontano passato[1521]. Sono i territori della "grande frontiera" costituzionale, segnati da norme come gli artt. 32, comma 1, 35 e 41, comma 2, Cost.

Come principianti dell'etica della prevenzione e della sicurezza, occorre percorrere la strada che attraversa quei territori con qualcuno al fianco. Servono guide che svolgano una funzione pedagogica che riguarda tutti, compresi i datori di lavoro: anch'essi, al pari di tutti gli altri e forse prima degli altri, hanno bisogno di una formazione la quale, più ancora che sulla tecnica, deve incentrarsi sui valori. A tal fine molte delle regole del nuovo decreto possono offrire un importante contributo, specialmente tutte quelle – e non sono poche – finalizzate a sostenere lo sviluppo della cultura e dell'etica della prevenzione. Sono regole, queste, di *soft law*, come si usa dire, o di "diritto mite"[1522], che il d.lgs. n. 81 del 2008 affianca a quelle di *hard law*, in un *mix* che appare equilibrato: l'unico, probabilmente, capace di modificare inveterati e intollerabili comportamenti.

Si diceva poc'anzi che se finora ci si è dati tante regole, soprattutto di hard law, è perché, in verità, è mancata l'etica. È ormai tempo di smettere. Non solo di darsi troppe regole, ma soprattutto di non avere l'etica.

---

[1519] Cfr. C. SMURAGLIA, *La tutela della salute del lavoratore tra principi costituzionali, norme vigenti e prospettive di riforma*, in *RIDL*, 1988, p. 414 ss.

[1520] Cfr. L. MONTUSCHI, *Art. 32, I c.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1976.

[1521] Cfr. T. TREU, *L'influenza dei processi di globalizzazione sulla trasformazione del sistema delle fonti*, in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 123 ss.; B. CARUSO, *Gli esiti della globalizzazione: disintegrazione o trasformazione del diritto del lavoro?*, ivi, p. 207 ss.; A. PERULLI, *La promozione dei diritti sociali fondamentali nell'era della globalizzazione*, ivi, p. 103 ss.

[1522] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

# Sul metodo e sui contenuti del negoziato per la revisione della struttura contrattuale*

Lauralba Bellardi

1. Spunti sul metodo della concertazione 401
2. La revisione del modello contrattuale 404
3. I livelli di contrattazione 404
4. Le competenze dei due livelli 409
4.1. In materia di retribuzione 409
4.2. le altre competenze 415
5. Il rapporto tra i livelli: i raccordi oggettivi 417
5.1. E le clausole di uscita 419
6. La tenuta del sistema: in particolare, i conflitti di regolazione 420

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 74/2008

## 1. Spunti sul metodo della concertazione

La lunga marcia della concertazione – per rifarsi al suggestivo titolo del volume di Giugni - è ripresa ed il 23.7.2007 ha portato alla stipulazione del «Protocollo su previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili» e alla successiva attuazione legislativa delle previsioni dell'intesa, avvenuta con le l. nn. 244 e 247 del 2007. Poco dopo è partita, poi, una fase concertativa ulteriore, che più direttamente della precedente aveva ancora una volta a che fare con i problemi della contrattazione collettiva e della revisione della struttura contrattuale. Anche se è quest'ultima l'oggetto specifico di questo contributo, vorrei premettere qualche breve osservazione sul metodo seguito nella concertazione del 2007 e sulle condizioni nelle quali è stata avviata l'ultima trattativa triangolare – quella, appunto, sugli assetti contrattuali - rispetto alle analoghe esperienze precedenti.

Dal primo punto di vista, colpisce in primo luogo il mancato richiamo formale al (e l'inapplicazione del) Patto di Natale del 1998 - pure sottoscritto da una compagine governativa analoga - che aveva istituzionalizzato la concertazione definendone nozione e procedure: differenziate, queste ultime, a seconda che i temi oggetto della trattativa fossero di competenza del Governo o delle parti sociali ovvero comportassero o meno oneri a carico del bilancio dello Stato, ed estese anche al rapporto tra Governo/terza parte negoziale e Parlamento.

Presumibilmente tale inapplicazione è stata la conseguenza, oltre che della complessa composizione delle tematiche oggetto del negoziato, delle difficoltà politiche della maggioranza di governo e, dunque, della necessità di mediare continuamente tra le posizioni e gli orientamenti delle sue componenti, eludendo almeno i vincoli, procedurali e sostanziali, che la disciplina della concertazione definita nel '98 avrebbe imposto. Infatti, come dimostrano i grandi problemi incontrati (anche, e non solo) nella traduzione legislativa del protocollo del 2007, con particolare riferimento alle modifiche del testo sottoscritto dal Governo con le parti sociali, all'interno della maggioranza erano presenti anche posizioni ostili alla concertazione. In particolare, una parte delle sue componenti dimostrava di considerarla ancora un metodo decisionale che espropria (non giuridicamente, ma politicamente) della sua funzione istituzionale il Parlamento a favore delle organizzazioni sindacali e dell'autonomia del loro ruolo politico-sociale (e, dunque, della loro autonomia dagli stessi partiti).

È proprio questo, anzi, che ha determinato un conflitto interno alla maggioranza e ai sindacati, oltre che tra il Governo e le parti sociali. Un conflitto che si è arroventato nella fase delle modifiche legislative del testo concordato il 23 luglio e che è stato arginato solo dalla maggioranza *bulgara* con la quale è stato approvato il referendum sul protocollo indetto dai sindacati.

Resta il fatto che queste vicende hanno determinato un indebolimento reciproco del Governo e del metodo concertativo: mai come in questa occasione, anzi, la concertazione è apparsa tutt'altro che una 'stampella' per governi deboli, come invece sosteneva il Libro Bianco, tanto più se si considera che i soggetti coinvolti nella trattativa e poi firmatari del protocollo, a differenza delle passate esperienze, sono stati molto limitati.

Se si guarda, invece, alla trattativa triangolare successivamente incominciata (e subito interrotta dalla crisi di governo), è noto che essa ha formalmente origine dalla vertenza avviata dalle confederazioni sindacali nell'autunno 2007 per rivendicare, approfittando della ripresa economica allora in atto, «una nuova politica dei redditi che abbia come asse centrale la crescita e lo sviluppo delle capacità produttive e competitive del Paese, con un marcato segno redistributivo verso il

lavoro dipendente, sostenendo le fasce sociali più esposte attraverso i salari ed una stabile e buona occupazione»[1523].

Più in particolare, la vertenza mira a garantire l'incremento dei redditi e, in particolare, delle retribuzioni attraverso una serie di provvedimenti in materia fiscale, tariffaria e sui prezzi, da un lato, e di interventi sulla contrattazione collettiva, dall'altro.

Effettivamente, nell'ultimo decennio il potere d'acquisto delle retribuzioni è stato eroso - oltre che dalla globalizzazione dell'economia, che ha l'effetto di comprimere la dinamica dei salari in tutti i paesi ricchi - da una serie di concause, in parte esogene ed in parte endogene al sistema contrattuale, tra le quali l'inflazione, l'aumento dell'imposizione fiscale, le politiche contrattuali seguite dagli anni Novanta ed alcuni elementi della struttura della contrattazione collettiva. In particolare, le retribuzioni non sempre hanno recuperato del tutto l'inflazione ma, soprattutto e più in generale, sono cresciute decisamente meno della produttività (naturalmente, ove e quando questa sia aumentata).

Sul primo aspetto ha inciso l'errata applicazione delle regole del protocollo del '93 preordinate all'adeguamento all'inflazione del potere d'acquisto delle retribuzioni attraverso la definizione concertata dei tassi di inflazione programmata. In realtà, questa procedura è stata sostanzialmente ignorata dal governo Berlusconi, che ha proceduto a determinare autonomamente tassi di inflazione notevolmente inferiori rispetto agli andamenti dell'economia. Peraltro, il recupero (comunque *a posteriori*) del differenziale tra inflazione programmata e reale, affidato al rinnovo biennale della parte economica dei contratti, pur quando è stato totale, è avvenuto con notevole ritardo sui tempi previsti nello stesso protocollo, determinando pure la sovrapposizione del ciclo negoziale nazionale con quello decentrato, a danno di quest'ultimo e della redistribuzione della produttività: per inciso, il metodo di determinazione dei tassi di inflazione, la durata dei contratti e le cadenze negoziali si sono rivelati, così, tra i punti di maggiore sofferenza degli assetti contrattuali disegnati nel '93.

Sull'incremento delle retribuzioni ad un tasso inferiore rispetto a quello della produttività hanno inciso, invece, le scelte sindacali di moderazione salariale a livello contrattuale nazionale, ma soprattutto l'assai limitata diffusione della contrattazione decentrata in materia di premi di risultato, vero *punctum dolens* dell'applicazione del protocollo del '93 e della sua futura revisione.

Non si deve dimenticare, infine, che le retribuzioni sono state decurtate dal *fiscal drag*, cioè dall'incremento del prelievo fiscale determinato dalla crescita del reddito nominale (e non reale) per effetto, appunto, del (recupero dell'inflazione[1524].

Come le principali concause della perdita di potere d'acquisto delle retribuzioni, anche le misure e gli interventi proposti dai sindacati si collocano – prevalentemente, anche se tutt'altro che esclusivamente - sul piano delle politiche fiscali, da un lato, e su quello delle politiche e degli assetti negoziali, dall'altro.

---

[1523] Si tratta del documento CGIL CISL e UIL del novembre 2007 «Per valorizzare il lavoro e far crescere il Paese».

[1524] Oltre che, sempre secondo i sindacati, dal mancato controllo di prezzi e tariffe dopo l'entrata in vigore dell'euro, dalla diffusa precarietà dell'occupazione, dai salari d'ingresso.

Tra le prime rientrano, in particolare, l'aumento delle detrazioni sui redditi da lavoro dipendente, la riduzione delle aliquote fiscali, nonché la cd. dote fiscale[1525]. Sul piano della contrattazione collettiva - ove il Governo è coinvolto anche in veste di datore di lavoro - la crescita delle retribuzioni è collegata, contingentemente, al rinnovo dei contratti scaduti e, strutturalmente, alla revisione degli assetti contrattuali nel settore privato e in quello pubblico[1526]. In particolare, il documento delle tre confederazioni del 2007 sostiene che «il ruolo e l'impegno del lavoro nella crescita va premiato attraverso il rafforzamento della contrattazione. Ciò significa definire regole e tempi più certi per la conclusione dei rinnovi contrattuali che garantiscono universalità nell'incremento delle retribuzioni e nel godimento dei diritti e, soprattutto, un modello di relazioni sindacali che consenta la diffusione della contrattazione aziendale o territoriale».

Intrecciano i due piani, infine, le richieste delle parti sociali al Governo di favorire la soluzione di questi problemi (in particolare, l'aumento dei redditi da lavoro dipendente) con misure di detassazione degli aumenti contrattuali nazionali e di ulteriore decontribuzione e detassazione – rispetto a quanto previsto dal protocollo sul *welfare* del 2007 e dalle successive disposizioni applicative - delle erogazioni retributive di secondo livello. Questa misura, in particolare, potrebbe incentivare (i lavoratori a contribuire a) la crescita della produttività e, insieme alle altre più sopra accennate, favorire un aumento del reddito da lavoro dipendente (riducendo ulteriormente la differenza tra costo del lavoro per l'impresa e retribuzione netta percepita dal lavoratore) idoneo ad ampliare la domanda corrente di beni e servizi e, per questa via, a riavviare la crescita del sistema economico e dell'occupazione.

Si tratta del medesimo obiettivo perseguito dal protocollo del '93 con l'introduzione dei premi di risultato. Come si è accennato, però, la contrattazione decentrata di questi premi è rimasta estremamente limitata (si stima che copra al più il 30% dei lavoratori delle imprese con più di dieci dipendenti, mentre è del tutto assente in quelle di dimensioni inferiori) e, di conseguenza, non è stata in grado di avviare il circolo virtuoso tra aumenti della produttività e della domanda e crescita economica e dell'occupazione. Ciò significa, in definitiva, che entro certi limiti il Governo dovrebbe sopperire, con risorse a carico del bilancio pubblico, *anche* al deficit di funzionamento del sistema autonomo di relazioni industriali. E così, dal punto di vista del metodo, in questo caso la concertazione tornerebbe ad essere, come nel caso del protocollo Scotti del 1983, uno *scambio politico*, cioè tra risorse pubbliche e consenso.

Il condizionale è d'obbligo, visto che la trattativa è stata interrotta dalla crisi di governo e non vale ipotizzarne i futuri possibili sbocchi. È più interessante, allora, procedere nell'analisi delle possibili modifiche degli assetti contrattuali esistenti, tenendo conto delle posizioni assunte dalle parti sociali e di alcune discipline – pur parziali e sperimentali – già introdotte in alcuni contratti collettivi di diverso livello. Le soluzioni dei problemi che l'attuale struttura contrattuale presenta, infatti, devono essere ancorate alla logica e alla pratica delle relazioni industriali e fondate sugli interessi e gli orientamenti degli attori, perché su di esse possa convergere il consenso delle due parti negoziali. È il consenso l'unico elemento necessario per cambiare la struttura contrattuale:

---

[1525] Si tratta, secondo il documento sindacale unitario del 2007, di un unico strumento di sostegno fiscale alla famiglia con figli (da 0 a 18 anni ma, in via prioritaria, fino a tre anni) da realizzarsi attraverso la unificazione delle detrazioni per carichi familiari e l'assegno famigliare e la riduzione della tassazione sulla previdenza complementare, come previsto dal Memorandum del 17.10.2006.

[1526] Cgil, Cisl e Uil mirano, infatti, a concludere un unico accordo sul modello contrattuale per il settore privato e per le pubbliche amministrazioni e, di conseguenza, chiedono che la trattativa coinvolga tutte le associazioni datoriali e il Governo.

come più volte ci ha ricordato Cella, infatti, *it takes two to tango*.

## 2. La revisione del modello contrattuale

Di riforma della struttura contrattuale si parla ormai da almeno 10 anni e sono sempre attuali le proposte di modifica avanzate dalla Commissione Giugni. Queste prevedevano la conferma dei due livelli negoziali; l'estensione della contrattazione collettiva decentrata, soprattutto territoriale (regionale, provinciale, di distretto); il rafforzamento della differenziazione funzionale delle competenze del secondo livello di contrattazione e, contemporaneamente, una maggiore flessibilità dei rapporti di competenza sulla base, però, di regole di coordinamento chiare e definite, ancora una volta, dal contratto nazionale, ivi compresa quella relativa all'identità dei soggetti firmatari dei contratti, ovviamente nelle loro diverse articolazioni organizzative[1527].

Questa impostazione è ancora condivisibile. Il modello di decentramento coordinato dal centro introdotto nel '93 non deve essere radicalmente riformato, ma ha solo bisogno di alcune modifiche e integrazioni che lo facciano funzionare meglio e contribuiscano a risolvere la 'questione salariale', che è l'interesse prioritario dei sindacati; accrescano nelle diverse categorie il grado di decentramento negoziale, in modo da consentire una flessibilizzazione dei trattamenti di lavoro, e di quelli retributivi in particolare, ancorata alle esigenze ed alle specificità aziendali e locali, che è l'interesse fondamentale degli imprenditori; favoriscano lo sviluppo economico e dell'occupazione, attraverso il miglioramento della produttività e della competitività del sistema produttivo, che è l'interesse perseguito dai pubblici poteri, ma condiviso da tutte le parti[1528].

È questa la scelta sostanziale delle parti sociali, enunciata chiaramente nel documento della Confindustria, laddove afferma che «l'esperienza maturata consente, dopo oltre dieci anni di applicazione generalizzata delle regole e dei criteri a suo tempo concordati, di proporre alcuni interventi correttivi [al sistema contrattuale]. L'obiettivo è duplice: non solo di ovviare alle carenze ed alle criticità che hanno reso il sistema non del tutto efficace e non sempre correttamente applicato, ma anche di adeguarlo alle mutate condizioni economiche e produttive».

Naturalmente, tra le proposte avanzate dalle parti vi sono notevoli differenze, che si cercherà ora di mettere in luce.

## 3. I livelli di contrattazione

Cominciando, dunque, a mettere a confronto le posizioni delle parti sociali, il primo aspetto che emerge è la convergenza – più che altro formale, come si vedrà più avanti - sul mantenimento del doppio livello negoziale. Nessuna organizzazione, infatti, propone un sistema a livello negoziale unico ovvero a due livelli, ma con decentramento disorganizzato - privo, cioè, di raccordi oggettivi e soggettivi tra i livelli -, perché quest'ultimo è fonte di competizione sleale tra imprese (soprattutto di diversa dimensione), di diseguaglianze tra i lavoratori, di conflittualità polverizzata e, perciò, ingovernabile. Del resto, anche a livello europeo i sistemi contrattuali sono generalmente a

---

[1527] V. Commissione per la verifica del Protocollo del 23 luglio 1993, *Relazione finale*, in *RGL*, I, 1998, p. 571 ss.

[1528] Sugli obiettivi perseguiti dalle parti sociali, ma anche per i successivi riferimenti nel testo alle proposte da esse avanzate, v. il documento del 12.5.2008 di Cgil Cisl e Uil, *Linee di riforma della struttura della contrattazione*, in www.Ildiario del lavoro.it, 7.5.2008, e quello di Confindustria, del 22.9.2005, *Relazioni industriali per una maggiore competitività delle imprese, lo sviluppo dell'occupazione e la crescita del Paese.*

due livelli e i processi di decentralizzazione della struttura contrattuale sono (più o meno) istituzionalmente 'controllati' dal centro.

La conferma dei due livelli negoziali – nazionale di categoria e decentrato – implica, però, mutamenti significativi dell'uno e dell'altro.

Se concentriamo l'attenzione sul *contratto nazionale di categoria*, una prima ipotesi di modifica - verso la quale sono orientati sia i sindacati, sia la Confindustria - è quella di favorire una graduale razionalizzazione del numero degli attuali contratti nazionali di categoria[1529], anche «prevedendo la possibilità», come propone il documento di Cgil, Cisl e Uil, «di accorpamenti per aree omogenee e per settori, favorendo la riunificazione di contratti analoghi facenti riferimento a diverse organizzazioni di rappresentanza datoriale»[1530].

Diffusi in Europa e già in via di realizzazione in Italia, gli *accorpamenti contrattuali*, proprio in ragione del più esteso ambito di applicazione del contratto nazionale che vi è connesso, tendono a determinare una omogeneizzazione intercategoriale dei minimi economico-normativi, oltre che la loro tendenziale riduzione - dal momento che questi sono definiti, almeno in teoria, sul parametro del costo sostenibile dall'impresa marginale – e possono incentivare un decentramento contrattuale più spinto, motivato dalla necessità di specificare e di adattare la disciplina nazionale alle esigenze delle diverse aree produttive e territoriali e delle aziende che ne fanno parte.

Però, poiché tali accorpamenti o 'riunificazioni' potrebbero implicare una diversa composizione del tavolo negoziale (soprattutto di parte datoriale) ovvero fusioni e concentrazioni organizzative tra le strutture di rappresentanza preesistenti, non vanno sottovalutate le difficoltà associative e negoziali e le resistenze delle organizzazioni interessate dal cambiamento, per la vischiosità delle tradizioni presenti nelle diverse categorie e, soprattutto, per lo spostamento degli equilibri di potere intra- ed inter-organizzativi che ne deriverebbero. Ed è quasi certamente per questo che le tre confederazioni sottraggono al negoziato generale il tema degli accorpamenti e della riunificazione dei contratti nazionali e propongono, invece, di individuare «una sede congiunta, ad esempio il CNEL, per esaminare l'attuale situazione e verificare le linee di indirizzo condivise per la semplificazione».

L'importante, come ancora ci ricorda Cella, è tener presente che tra struttura contrattuale e strutture produttive esiste un rapporto di condizionamento reciproco, nel senso che gli obiettivi di mutamento della prima devono in qualche modo corrispondere a finalità di mutamento delle seconde. Un esempio lampante, in questo senso, viene dai settori dei servizi e dei trasporti, nei quali la modernizzazione ed il rafforzamento delle strutture produttive potrebbero essere favoriti proprio dalla realizzazione di grandi contratti nazionali, con articolazioni territoriali (ma non solo) legate alle specificità settoriali.

---

[1529] Attualmente, secondo quanto riporta il documento della Confindustria, i contratti nazionali per le imprese ad essa associate sono 70 (applicati a circa quattro milioni e mezzo di lavoratori subordinati); in totale, secondo il documento dei sindacati, essi sarebbero più di 400.

[1530] «Una riduzione dei comparti e delle aree di contrattazione delle amministrazioni centrali» è prevista nel documento del 4.6.2008 del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione su *Riforma del lavoro pubblico e della contrattazione collettiva*.

Lo stesso ragionamento sul rapporto tra strutture produttive e sistema contrattuale incide sull'individuazione del *livello decentrato* e, in particolare, sulla proposta di estendere il ricorso alla *contrattazione territoriale*. In un sistema produttivo come quello italiano, caratterizzato da strutture fortemente polverizzate[1531], la contrattazione territoriale appare come la vera risorsa per estendere la contrattazione decentrata, compensando l'assenza del livello aziendale nei comparti delle piccole imprese, perché essa potrebbe migliorare le condizioni salariali e normative di interi comparti produttivi territoriali, ridurre lo slittamento salariale non sindacalmente controllato e, contemporaneamente, diversificare i trattamenti di lavoro in relazione alle esigenze ed alle specificità locali, favorendone la competitività.

Non a caso, nel corso dell'applicazione dell'accordo del 23 luglio il secondo livello negoziale e, in particolare, la contrattazione della produttività hanno evidenziato due limiti fondamentali: l'ambito, che è stato prevalentemente aziendale, a causa dell'assenza diffusa di criteri e di metodi efficaci e condivisi di misurazione e di ripartizione della produttività a livello territoriale, ma anche delle resistenze datoriali e sindacali nei confronti della contrattazione territoriale (come si dirà tra breve); la dimensione, nel senso che la contrattazione della produttività ha riguardato quasi esclusivamente le imprese medie e grandi, con la conseguenza che la maggior parte dei lavoratori sono rimasti esclusi da una ripartizione della produttività che, pure, hanno contribuito a creare.

Sul problema dell'ambito del secondo livello le tre Confederazioni sono orientate – all'esito di un compromesso tra le rispettive posizioni[1532] - ad estendere la contrattazione territoriale, visto che nel documento sulla revisione del modello contrattuale si afferma che «i CCNL dovranno prevedere, in termini di alternatività, la sede aziendale o territoriale. Quest'ultima deve potersi dispiegare in una molteplicità di forme: regionale, provinciale, settoriale, di filiera, di comparto, di distretto, di sito. Le oggettive differenze tra i vari settori rendono necessario che siano i singoli CCNL a definire le articolazioni del secondo livello».

La scelta sindacale di rendere flessibile l'ambito geografico di riferimento della contrattazione territoriale appare opportuna perché consente di tener conto, anche in relazione agli accorpamenti contrattuali eventualmente realizzati a livello nazionale, degli specifici interessi delle parti determinati dalle caratteristiche organizzative e produttive di ciascun settore, distretto, filiera, ecc. Quello che è certo è che le confederazioni puntano alla diffusione del secondo livello di contrattazione.

Confindustria, invece, esprime la volontà di 'valorizzare' il livello negoziale aziendale per collegare le retribuzioni all'andamento dell'impresa e propone di confermare quasi alla lettera la formula del protocollo del '93 sui livelli contrattuali (cap. 2, par. 1), facendo riferimento alla «contrattazione di secondo livello con contenuti economici aziendale o alternativamente territoriale, laddove già prevista, e da svolgersi secondo le prassi in atto».

---

[1531] In Italia vi sono 4 milioni di imprese, di cui solo poco più di 600 con oltre 500 dipendenti, appena 7.000 con più di 100 dipendenti, circa 70.000 con più di 20 dipendenti.

[1532] Finora, infatti, l'estensione della contrattazione territoriale è stata sostenuta soprattutto dalla Cisl, che la considera come il livello decentrato di categoria da praticare - in alternativa alla contrattazione aziendale - per le imprese che rientrino in una certa soglia numerica (per esempio, fino a 50 dipendenti) o per i distretti industriali, in modo da favorire in modo esplicito il modello dello sviluppo locale o diffuso. Posizioni simili sono state sostenute dalla Uil, mentre la Cgil ha privilegiato tradizionalmente il decentramento aziendale, pur avendo anch'essa 'aperto' all'estensione della contrattazione territoriale, soprattutto di area, di filiera e di distretto, purchè non sia né aggiuntiva, né alternativa o contrapposta alla contrattazione aziendale.

Tale formulazione suona come una netta chiusura a qualsiasi ipotesi di cambiamento e, in particolare, di estensione della contrattazione territoriale, perché confina quest'ultima ai settori nei quali è *già* prevista. Negli altri settori, dunque, continuerebbero ad essere escluse dall'ambito di applicazione della contrattazione decentrata le piccole imprese, proprio quelle che, oltre ad essere quantitativamente prevalenti nel nostro tessuto produttivo, dovrebbero essere coinvolte dalla contrattazione territoriale.

L'organizzazione degli industriali, in definitiva, persiste in una lettura tradizionale delle relazioni industriali, tutta nell'ottica della grande impresa, considerata «l'unica ad avere le competenze necessarie per far nascere e sviluppare una cultura ricettiva del salario variabile in funzione della redditività»: affermazione in buona misura controvertibile, come si vedrà più avanti analizzando un ottimo esempio di contratto territoriale in materia di salario variabile.

Certo sono comprensibili le ragioni per le quali non tutti sono favorevoli alla valorizzazione della contrattazione territoriale. Nel sindacato gioca certamente la preoccupazione che ciò possa avvenire a danno della contrattazione aziendale e che, di conseguenza, l'organizzazione possa ritrovarsi spiazzata rispetto ai soggetti ed ai luoghi elettivi della sua attività di rappresentanza e di negoziazione - le imprese, appunto, e le unità produttive industriali di medio-grandi dimensioni, nonché i lavoratori a tempo indeterminato -, così da vedere sempre più indebolita la propria presenza e influenza in un mercato del lavoro già in sé più debole e frammentato. Quanto alle organizzazioni imprenditoriali, è evidente che – oltre a temere che la contrattazione territoriale si configuri come un terzo livello di contrattazione - esse non sono disponibili ad assoggettare ad un secondo livello negoziale le imprese di piccole dimensioni, finora escluse *per prassi*.

Peraltro, non si può non rilevare la contraddizione che emerge nella posizione di Confindustria tra la volontà di valorizzare il livello negoziale aziendale - affidata ad una auspicata crescita dimensionale delle imprese che, però, dipende da fattori di politica industriale, economica e finanziaria, molto più che dalle relazioni industriali – e, contemporaneamente, il ricorso alla somministrazione, agli appalti, ai rapporti di collaborazione: strumenti considerati, a buona ragione, positivi per le imprese ai fini della flessibilità organizzativa e produttiva e della specializzazione e, dunque, fattori di competitività, ma che oggettivamente producono l'effetto di ridurre – e non di far crescere - le dimensioni aziendali in termini di occupazione, rendendo ancora più virtuale l'estensione della contrattazione aziendale.

Tuttavia, gli effetti negativi paventati della scelta in favore di un secondo livello negoziale territoriale non appaiono per nulla scontati, perché è possibile trovare soluzioni tecniche che possono salvaguardare la contrattazione aziendale ed, anzi, sostenerne lo sviluppo, pur favorendo il ricorso a quella territoriale, in modo da estendere complessivamente il grado di copertura della contrattazione decentrata, senza triplicare i livelli negoziali alla cui disciplina sono assoggettate le imprese.

Per favorire questo cambiamento si potrebbe, infatti, riformulare – sulla scorta di discipline già presenti in alcuni contratti nazionali - la clausola del protocollo del '93 sulla alternatività tra contrattazione aziendale e territoriale, cui sono chiaramente ispirati i documenti delle due parti, per rendere esplicito che in ciascuna categoria è consentito – sulle materie e nei limiti previsti dal contratto nazionale - il ricorso alla contrattazione *sia aziendale, sia territoriale*, e che l'*alternatività* si riferisce non alla scelta dell'ambito del decentramento, ma all'applicazione delle relative discipline, in modo da escludere con certezza qualunque sovrapposizione di queste e la

conseguente sommatoria di costi: in sostanza, *ciascuna azienda sarebbe libera di scegliere tra l'applicazione del contratto territoriale e la stipulazione di un proprio e diverso contratto aziendale*.

La contrattazione territoriale potrebbe così garantire una più ampia diffusione e capacità di copertura del secondo livello negoziale e accrescere la dispersione delle retribuzioni in funzione dei mercati locali del lavoro e dei prodotti, in sintonia con il graduale mutamento dei modelli di organizzazione produttiva, che va in direzione di una destrutturazione gerarchica, che accompagna la specializzazione produttiva, e con l'espansione delle imprese di dimensioni ridotte e la loro concentrazione in distretti locali.

La contrattazione territoriale appare idonea, poi, a controbilanciare la segmentazione del mercato del lavoro ed a scongiurare il rischio di crescenti ineguaglianze con la definizione di trattamenti omogenei applicabili anche ai lavoratori discontinui. Infatti, tale assetto – coniugandosi con gli accorpamenti realizzati a livello nazionale - favorirebbe la circolazione dei lavoratori tra imprese, 'lavori' e settori produttivi, assicurando la tutela diffusa del lavoro tipico e atipico e, contemporaneamente, la flessibilità dell'occupazione e della disciplina dei rapporti. E anche in questo modo – oltre che migliorando la qualità e la consistenza delle politiche attive e degli ammortizzatori sociali – si potrebbe perseguire l'obiettivo di soddisfare una delle priorità indicate alle parti sociali e ai legislatori nazionali a livello europeo, e cioè quella di conciliare l'accresciuta flessibilità chiesta dagli imprenditori con la maggiore sicurezza chiesta dai lavoratori, prevenendo l'intrappolamento di questi ultimi in una sequenza di lavori marginali e precari.

A questo punto è di tutta evidenza che il nodo della trattativa, l'oggetto potenziale di maggiore conflitto, riguarda l'*ubi*, cioè l'ambito del decentramento, ma prima ancora l'*an*, cioè l'esistenza stessa del secondo livello: se non si modifica l'ambito del decentramento, il secondo livello continua semplicemente a non esistere in vaste aree e settori produttivi. Ed è a questo aspetto che fa ulteriormente riferimento il documento delle tre confederazioni quando rivendica la necessità di affermare «per via pattizia l'effettività e la piena agibilità del secondo livello di contrattazione», ma anche di sostenere «la diffusione qualitativa e quantitativa del secondo livello di contrattazione», in modo che il secondo livello non sia riconosciuto solo formalmente, ma sia effettivamente praticato.

Ma i sindacati hanno preso realisticamente atto del fatto che l'estensione della contrattazione decentrata va, oltre che affermata nelle regole, incentivata. Gli incentivi legislativi, ai quali si è già fatto cenno, consistono nel refforzamento degli «strumenti già definiti dall'accordo del 23 luglio 2007 (decontribuzione pienamente pensionabile) con misure aggiuntive di detassazione). Quelli di natura contrattuale, che sono sparsi nei documenti di entrambe le parti e che segnalerò via via, consistono fondamentalmente nella modifica della durata dei contratti nazionali (in modo da evitare che la contrattazione di primo livello comprima quella decentrata); nella valorizzazione, qualitativa e quantitativa, dei premi per obiettivi e nell'ampliamento – anch'esso qualitativo e quantitativo - delle competenze del secondo livello; nella introduzione delle cd. clausole di uscita. Ammesso che queste o altre regole vengano introdotte, perché l'obiettivo perseguito possa essere raggiunto sarà comunque necessario che ad esse seguano comportamenti che le rendano effettive.

## 4. Le competenze dei due livelli

Fin qui la posizione delle parti sociali converge sulla conferma del doppio livello, anche se non sulle scelte che possono consentire la copertura totale – o più estesa - del secondo, e sull'esigenza di favorire un maggiore decentramento della contrattazione. Da questo punto di vista è essenziale la distribuzione delle competenze tra le due sedi negoziali.

### 4.1. In materia di retribuzione

Naturalmente, uno degli aspetti cruciali del problema attiene alla definizione del 'peso' relativo dei due livelli in materia di retribuzione.

Si tratta di una scelta difficile per le organizzazioni sindacali. Già nei quindici anni di applicazione del protocollo, infatti, i contratti nazionali hanno in genere garantito l'invarianza del potere di acquisto delle retribuzioni e non hanno, invece, utilizzato *ex ante* - nonostante le previsioni del protocollo del '93 lo consentissero[1533] - la produttività media generata dai settori, salvo alcune limitate eccezioni in fase di ripresa economica. Questa politica salariale a livello nazionale non ha, però, incentivato la contrattazione di secondo livello - la cui diffusione, come si è detto, è rimasta molto limitata - e la combinazione dei due fattori ha prodotto l'effetto di contenere significativamente la crescita dei salari.

Ebbene, il documento unitario confederale prevede che il ruolo fondamentale – ma non del tutto esclusivo, come si vedrà - del contratto nazionale in materia di retribuzione sia «(…) – in un'ottica di diritto universale – il sostegno e la valorizzazione del potere d'acquisto». Per garantire l'effettività di questa funzione, però, i sindacati propongono diversi aggiustamenti al sistema esistente.

Innanzitutto, intendono «recuperare l'attendibilità della natura di inflazione a cui fare riferimento» e, a tal fine, propongono di sostituire il concetto di inflazione *realisticamente prevedibile* a quello di inflazione *programmata*, di determinare a livello di ccnl parametri ufficiali di riferimento e di adeguare gli attuali indicatori di inflazione. In questo modo puntano «ad ancorare il sostegno del salario a criteri credibili definiti e condivisi» - per evitare che si ripetano esperienze negative come quella, più sopra ricordata, della fissazione unilaterale e in misura eccessivamente contenuta dei tassi di inflazione da parte del Governo nel periodo 2001-2006, o i dissensi negoziali sull'incidenza dei criteri di orientamento previsti dal protocollo del '93 per la contrattazione in materia di recupero del potere d'acquisto[1534] - e, aggiungono, «in ambito di vera politica dei redditi», cioè di una politica che tenga effettivamente sotto controllo anche i prezzi e le tariffe.

I sindacati, poi, propongono – come già aveva fatto la Commissione Giugni – di ridefinire il *timing* dei rinnovi, riportando a tre anni la durata dei contratti, superando il rinnovo economico biennale e riunificando la parte economica e normativa del contratto nazionale, al fine di evitare sovrapposizioni dei cicli negoziali e di incentivare la contrattazione decentrata, e, infine, di determinare «*meccanismi* certi di recupero di eventuali differenziali inflazionistici» [corsivo mio].

Sembra, dunque, che per sostenere e valorizzare il potere d'acquisto delle retribuzioni, cioè per garantire l'adeguamento *effettivo* dei salari all'inflazione, i sindacati puntino, innanzitutto, ad evi-

---

[1533] V. il cap. 2, parr. 2, 3° cpv., e 3, 1° cpv. del protocollo del '93.

[1534] V. il cap. 2, par. 2, 3° cpv. del protocollo del '93.

tare che le richieste salariali nel primo livello di contrattazione siano sganciate da riferimenti inflazionistici, rischiando di configurarsi come richieste di quote di produttività media di settore, con i prevedibili effetti negativi sul nuovo equilibrio di ruolo tra contratti nazionali e di secondo livello che cercano di realizzare; in secondo luogo, a definire – non un nuovo automatismo, ma almeno - un sistema di calcolo meno soggetto ad equilibri negoziali e politici, in quanto fondato, appunto, su criteri *definiti e condivisi* e collocato nell'ambito di una *vera* politica dei redditi[1535]. Sempre che questa sia anche l'*unica* interpretazione possibile del ruolo di 'valorizzazione' del potere d'acquisto attribuito al contratto di categoria e, dunque, che questa espressione non sottintenda piuttosto l'ipotesi – poco plausibile, in verità – di riconoscere al contratto nazionale anche il ruolo di aumentare i salari reali indipendentemente dall'andamento della produttività.

La Confindustria conferma in pieno il sistema vigente sia con la scelta di attribuire al contratto nazionale solo la funzione di «determinare gli aumenti dei minimi tabellari in coerenza con i tassi di inflazione programmata da applicare sulle voci retributive determinate nel contratto nazionale medesimo»; sia puntualizzando che «l'obiettivo mirato alla salvaguardia del potere d'acquisto delle retribuzioni non rappresenta un automatismo bensì costituisce, per l'appunto, un obiettivo da considerare unitamente alle tendenze generali dell'economia e del mercato del lavoro, al raffronto competitivo ed agli andamenti specifici del settore, ivi compreso l'andamento delle retribuzioni di fatto». L'Associazione rimarca, dunque, la natura negoziale dell'adeguamento del potere d'acquisto delle retribuzioni ed inserisce un criterio – quello dell'andamento delle retribuzioni di fatto - che valorizza le politiche retributive unilateralmente perseguite dai datori di lavoro. Anche questa organizzazione, infine, richiama la necessità di ridefinire le scadenze contrattuali e cioè, presumibilmente, di superare il rinnovo economico biennale del ccnl[1536], ma non propone (almeno esplicitamente) alcuna soluzione per il riallineamento delle retribuzioni in caso di scostamento tra inflazione programmata e reale.

Per garantire effettivamente la tutela del potere d'acquisto delle retribuzioni il documento sindacale unitario avanza, però, altre specifiche proposte, mirate ad assicurare il rispetto delle regole con riferimento alle scadenze dei rinnovi contrattuali, sottolineando che «le una tantum a posteriori non recuperano mai del tutto il periodo di vacanza e il sistema delle IVC si è rivelato troppo debole come deterrente per dare certezza ai rinnovi». Il documento ipotizza, di conseguenza, «l'introduzione di penalizzazioni in caso di mancato rispetto delle scadenze»; la fissazione della «decorrenza dei nuovi minimi salariali dalla scadenza del vecchio CCNL, superando così la concezione di "vacanza contrattuale", di una tantum o di indennità sostitutive»; l'avvio delle «trattative

---

[1535] Va notato che all'interno dei sindacati ha finito per prevalere la posizione di coloro che, non solo in Cgil, erano favorevoli ad affidare integralmente al ccnl la funzione di recupero del potere d'acquisto delle retribuzioni, laddove una parte di Cisl e Uil erano disponibili anche a trasferire a livello decentrato - e in particolare, secondo la Uil, a livello territoriale per le piccole imprese, sul modello introdotto dall'accordo interconfederale del settore artigiano del 17.3.2004 e dalla successiva intesa applicativa del 14.2.2006 - il riallineamento delle retribuzioni alla inflazione reale, in caso di scostamento da quella programmata, in modo da rafforzare ulteriormente il ruolo dei contratti di secondo livello. La soluzione adottata nel settore artigiano, evidentemente, è stata ritenuta doppiamente rischiosa: la contrattazione decentrata, infatti, può non essere svolta e/o può essere compressa dal ritardo nel rinnovo dei ccnl, come è già avvenuto proprio nell'artigianato. La stessa disciplina, peraltro, non sembra aver nemmeno incontrato il favore di molti settori imprenditoriali e, in particolare, della Confindustria, molto cauta (giustamente) rispetto ad un eventuale cambiamento di autorità sindacale sui salari, cioè rispetto alla possibilità di perdere il tradizionale interlocutore nazionale.

[1536] «La revisione della durata dei contratti collettivi [e] l'allineamento tra regolamentazione giuridica e regolamentazione economica» - cioè, si direbbe, la riunificazione della parte economica e normativa del contratto nazionale, con l'abolizione del rinnovo biennale - è un'altra delle modifiche del sistema contrattuale nel settore pubblico prevista nel documento del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione citato in nota 8.

per il rinnovo dei CCNL (…) 6 mesi prima delle loro scadenze».

Un altro nodo della trattativa riguarda il ruolo del ccnl *in materia di produttività*. Il documento confederale propone, con una formula di non chiara interpretazione, che «i contratti nazionali potranno prevedere che la contrattazione salariale del secondo livello si sviluppi a partire da una quota fissata dagli stessi CCNL». Mentre quel *potranno* sembra doversi intendere come un rinvio all'autonoma scelta dei singoli contratti nazionali, non è chiaro se nell'intenzione dei sindacati questa quota 'nazionale' sia destinata a svolgere una funzione di orientamento della contrattazione decentrata, determinando il valore minimo da cui questa dovrà partire per la quantificazione dei premi di risultato, ovvero possa anche essere (o diventare) la quota della produttività di settore che viene impegnata a livello nazionale - ed erogata materialmente al rinnovo del contratto – per aumentare le retribuzioni reali.

La prima ipotesi è più plausibile, stando al dato letterale, ma è anche la meno convincente, in quanto la definizione aprioristica della quota retributiva legata alla produttività - rispetto all'andamento concreto di quest'ultima nelle singole aziende e territori nel triennio di vigenza del contratto - incrina il fondamento stesso dei premi per obiettivi che, in quanto collegati all'incremento/miglioramento della produttività e di altri parametri concordati tra le parti, devono essere incerti non solo nel *quantum*, ma anche nell'*an*.

Confindustria non riconosce in alcun modo al ccnl la funzione di aumentare le retribuzioni in relazione all'andamento della produttività del settore. Il ruolo del ccnl in materia di retribuzione risulta, dunque, particolarmente *alleggerito* nella proposta di questa organizzazione, sia per l'assenza di indicazioni sul recupero del differenziale tra inflazione programmata e reale, sia per la competenza esclusiva riconosciuta al contratto decentrato in materia di emolumenti collegati a parametri di produttività, qualità, ecc., senza che questo alleggerimento sia compensato dalla disponibilità ad estendere la contrattazione decentrata, come chiedono i sindacati.

La limitazione del ruolo economico del contratto nazionale alla sola tutela del potere d'acquisto, però, non è convincente in ogni caso. Il livello nazionale di contrattazione, infatti, è uno strumento indispensabile di ripartizione dell'aumento della produttività media di settore e poiché, come sottolinea Gallino, l'aumento di produttività che un paese in media consegue deriva anche da un insieme di fattori extra-aziendali - dalla formazione dei giovani alle infrastrutture, dalla qualità dei servizi pubblici agli interventi delle amministrazioni locali - sembra equo, oltre che economicamente razionale, che questi contributi collettivi all'aumento della produttività siano almeno in parte redistribuiti all'insieme dei lavoratori dipendenti.

Tra l'altro, una politica contrattuale nazionale di forte moderazione salariale, in mancanza di una copertura pressoché totale della contrattazione decentrata, si porrebbe pure in contrasto con l'obiettivo di assicurare, con la crescita della produttività, un aumento della massa salariale adeguato agli obiettivi di sviluppo della domanda interna e, quindi, dell'attività economica e dell'occupazione: proprio gli obiettivi per raggiungere i quali il protocollo del '93 ha riconosciuto al ccnl anche la funzione di distribuire una quota di produttività e che sono tuttora importanti per le parti, come dimostra il titolo stesso del documento della Confindustria, che è «Relazioni industriali. Per una maggiore competitività delle imprese, lo sviluppo dell'occupazione e la crescita del Paese».

Con il sistema proposto da Confindustria, in particolare, la distribuzione della produttività e la

crescita salariale, per i lavoratori non coperti dal secondo livello, sarebbero affidate alla contrattazione individuale e, in sostanza, unicamente alla discrezionalità del datore di lavoro. Questo comporterebbe conseguenze squilibranti e molto negative non solo sul sindacato, che perderebbe in misura significativa la sua funzione originaria di autorità salariale, e sulla contrattazione collettiva, perché un contratto nazionale prosciugato nelle competenze in materia di retribuzione rischia di far venir meno l'interesse dei lavoratori delle aziende e/o dei territori più forti a partecipare alle azioni di lotta per il suo rinnovo; ma anche sulla distribuzione del reddito, che sarebbe sempre meno equa, perché sempre più affidata ai rapporti di forza tra le parti e/o al mercato.

In ogni caso, anche ammesso che, grazie a tutti gli incentivi possibili, le organizzazioni datoriali si impegnino a garantire l'estensione, se non proprio la copertura totale, del secondo livello contrattuale, è evidente che questo processo non può compiersi immediatamente. E allora, anche se probabilmente un *trade off* soddisfacente potrebbe essere quello tra aumenti retributivi nazionali che non includano già quote degli incrementi di produttività del settore e un'estensione *certa* della contrattazione decentrata, che consenta una più equa ripartizione della produttività, a mio avviso si potrebbe anche prevedere una soluzione transitoria o sperimentale, sul modello di quella introdotta nel rinnovo biennale dei metalmeccanici del 19 gennaio 2006, che ha attribuito al livello nazionale la funzione di aumentare i salari reali in relazione alla produttività media del settore, ma *al termine* della tornata contrattuale decentrata e *solo* per i lavoratori che non ne abbiamo beneficiato[1537].

Fino a quando la contrattazione di secondo livello non sia ampiamente diffusa, insomma, si potrebbe affidare al contratto di categoria il ruolo di distribuire una quota di produttività misurata sull'andamento medio del settore, al fine di aumentare il valore reale delle retribuzioni, ma spostando i tempi di questa funzione dal momento (il rinnovo nazionale) che precede la tornata della contrattazione decentrata al momento (il rinnovo successivo) che la segue, riservando questa erogazione ai soli lavoratori non coperti da contrattazione di secondo livello.

Questa soluzione presenta diversi profili positivi. Intanto, potrebbe incentivare le singole imprese e/o territori a negoziare autonomamente, dal momento che ciascuna impresa sarebbe comunque obbligata ad erogare una voce retributiva aggiuntiva ai minimi nazionali e, per di più, slegata da qualunque parametro collegato al proprio andamento economico-produttivo. La contrattazione autonoma, inoltre, consentirebbe alle imprese in crisi o che, comunque, non hanno registrato un miglioramento dei parametri produttivi, di non erogare alcun premio.

Inoltre, ove la contrattazione di secondo livello fosse diffusa, la dinamica salariale complessiva definita al primo livello risulterebbe particolarmente contenuta e, contemporaneamente, il livello decentrato sarebbe in grado di 'premiare' i lavoratori delle aziende e dei territori più competitivi e di contenere i costi di quelli meno competitivi. Nei comparti contrattuali nei quali – per debolezza sindacale, polverizzazione delle imprese, ecc. – la contrattazione di secondo livello non avesse luogo in aree e aziende numericamente rilevanti, il contratto nazionale potrebbe garantire comunque una crescita salariale, come recupero dell'aumento reale della produttività (e non come anticipazione di una quota di quella prevista) e favorirebbe una crescita più diluita nel

[1537] Questo contratto, infatti, ha centralizzato sperimentalmente la distribuzione della produttività per i lavoratori «privi di contrattazione di secondo livello con contenuti economici», per i quali è prevista l'erogazione di un importo in cifra fissa denominato - non a caso, dato il livello negoziale – «elemento perequativo».

tempo del costo del lavoro.

In questo modo, insomma, si potrebbe coniugare l'obiettivo di un maggiore decentramento dei processi di determinazione della retribuzione con quello, socialmente desiderabile (anche per le imprese), della massimizzazione della crescita salariale non inflazionistica, cioè entro il tetto dei guadagni di produttività.

Quale che sia la soluzione che verrà concordata, occorrerà essere vigili sulla formulazione del nuovo accordo e sui reali contenuti dei successivi ccnl, per evitare che l'obiettivo perseguito sia da questi stessi vanificato. In particolare, dovrebbero essere definitivamente cancellate da molte discipline di categoria le clausole che, fin dalla prima fase di applicazione del protocollo del '93, hanno istituito erogazioni sostitutive per le aziende (di qualunque dimensione) nelle quali non si svolga la contrattazione del premio per obiettivi, né dell'ex premio di produzione: una soluzione contraddittoria con l'obiettivo perseguito, perché disincentiva *a priori* la contrattazione decentrata - dandone per scontata, e sanata, l'assenza - e rende il sistema più centralizzato.

E passiamo alle *competenze in materia di retribuzione del secondo livello*. Anche se le parti convergono sulla conferma di quella relativa ai premi di risultato o per obiettivi, non mancano i problemi, né le rispettive proposte, come vedremo, appaiono del tutto adeguate a risolverli.

Quanto ai problemi, va innanzitutto sottolineato che, benché nella contrattazione decentrata - soprattutto a livello di gruppo - siano emerse punte di eccellenza quanto all'elaborazione ed alla gestione di sofisticati sistemi di calcolo legati a un *mix* di indicatori (redditività, produttività, qualità, efficienza, presenza, ecc.) e l'incidenza dei premi per obiettivi abbia ormai un *range* di oscillazione abbastanza elevato (tra il 2% e l' 8% della retribuzione), con punte anche superiori nel chimico e nell'alimentare, sono ancora diffusi i casi di consolidamento dei premi, che divengono sempre meno variabili e sempre meno partecipativi.

La partecipazione ottenuta dai lavoratori, infatti, è stata il più delle volte limitata all'aspetto retributivo e non ha, viceversa, condotto ad un aumento sostanziale del loro grado di coinvolgimento e di codeterminazione nelle decisioni dell'impresa. Questa è la conseguenza non solo dell'assenza di un obbligo di contrattazione delle materie che costituiscono la premessa per l'erogazione del salario variabile, ma anche della più ampia possibilità dell'impresa di ricorrere a forme di esternalizzazione di attività e di lavoro, dal momento che la scomposizione dell'organizzazione produttiva ha effetti diretti sui contenuti della contrattazione collettiva aziendale, sottraendo ad essa innanzitutto quelli relativi all'organizzazione del lavoro. Ma ad ostacolare una corretta impostazione della contrattazione sui premi e, quindi, una maggiore partecipazione dei lavoratori contribuisce anche la mancanza di un'attività formativa specifica e diffusa in favore delle rappresentanze sindacali, che possa accrescerne le competenze ai fini della lettura e della interpretazione dei dati aziendali, della stipulazione degli accordi e, poi, del monitoraggio dei risultati prodotti dai programmi concordati. Questa, anzi, potrebbe essere la prima innovazione che le parti sociali potrebbero realizzare - meglio se congiuntamente e avvalendosi degli enti bilaterali - se volessero dare un segnale concreto in vista di una più efficace contrattazione dei premi.

Quanto alle possibili soluzioni indicate dalle parti sociali, il documento sindacale unitario avanza qualche proposta innovativa, che tende a rafforzare la disciplina *procedurale* in materia di premi per obiettivi. Il documento confederale, infatti, individua nella «produttività, qualità, redditività, efficienza [ed] efficacia» i parametri ai quali ancorare la retribuzione per obiettivi, sui quali va incentrata «la contrattazione accrescitiva di secondo livello», ed in questa prospettiva rivendica

sia maggiore «trasparenza su tutte le partite economico/finanziarie», sia il miglioramento «[del]la tempistica e [del]la qualità dei processi di informazione e consultazione (assetti societari, situazioni debitorie e finanziarie)».

Il documento di Confindustria auspica, come si è detto, la valorizzazione del livello negoziale aziendale «quale sede per l'adeguamento delle retribuzioni alle condizioni economiche generali dell'impresa, anche per evitare di disporre della sola leva occupazionale per il governo della massa salariale»[1538]; conferma la necessità della «flessibilità delle retribuzioni e, cioè, il diretto collegamento delle erogazioni economiche derivanti dalla contrattazione collettiva di secondo livello sia a parametri di efficienza della prestazione che di produttività e redditività dell'impresa»; precisa che la contrattazione di secondo livello con contenuti economici deve conseguire sia «un'effettiva variabilità dei premi in funzione dei risultati ottenuti nella realizzazione di obiettivi concordati fra le parti», sia la crescita del loro peso percentuale nella struttura della retribuzione individuale ed, infine, sostiene che nella logica di relazioni industriali di tipo collaborativo «un elemento di sviluppo della competitività è rappresentato anche dal coinvolgimento dei lavoratori sugli obiettivi dell'azienda e dalla partecipazione economica attraverso il "salario variabile"». Si tratta, in sostanza, di una replica dei principi e delle regole esistenti, nonché degli obiettivi unanimemente condivisi in materia, che appare peraltro scarsamente coerente con l'impostazione più generale del documento, che non agevola l'estensione dell'ambito di copertura del secondo livello, come si è detto più sopra.

Esplicitamente diretta a salvaguardare interessi e prerogative datoriali è, invece, l'affermazione secondo la quale «la professionalità specifica, la rarità di determinati mestieri, il merito, devono continuare a trovare adeguato riconoscimento economico secondo specifici criteri adottati dall'impresa per la valorizzazione individuale delle prestazioni»: il che, se ben si comprende, starebbe a significare che in questi casi sarebbe esclusa *a priori* qualsiasi competenza della contrattazione collettiva, non solo decentrata.

A questo punto, diviene evidente sia la distanza tra le posizioni delle parti, sia la difficoltà di introdurre soluzioni innovative sulle quali possa convergere il consenso di entrambe. È evidente, del resto, che elaborare nuove forme di contrattazione collettiva che aderiscano meglio a realtà produttive e organizzative immensamente mutate è un compito arduo, tanto più che è diventato sempre più difficile stabilire chi produce, e dove, gli aumenti di produttività: da questo punto di vista persino il livello aziendale appare ormai inadeguato a realizzare in modo soddisfacente la contrattazione dei premi, quanto meno perché, come ancora ci ricorda Gallino, molte imprese realizzano il loro prodotto acquistando da imprese esterne fino all'80% di esso, cosicché la produttività dell'impresa finale finisce per dipendere dall'efficienza e dalla qualità del prodotto di centinaia di altre aziende.

Ma, poiché una esigenza importante per il funzionamento corretto del sistema economico e sociale, oltre che di relazioni industriali, è quella di porre in primo piano la funzione di equa ripartizione dei guadagni di produttività che storicamente è propria della contrattazione collettiva, vale

---

[1538] È da notare che anche il documento del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione (cit. in nota 8) prevede che la riforma innovi la «contrattazione di secondo livello collegandola alla situazione economica e finanziaria dell'ente».

la pena fare riferimento ad esperienze contrattuali concrete, che possono indicare soluzioni praticabili e soddisfacenti: ad esempio, il contratto territoriale per l'*area legno-arredo di Pordenone*, sottoscritto il 5.11.2004[1539]. In questo accordo le parti dichiarano di voler gestire le relazioni industriali in modo cooperativo, per affrontare efficacemente la sfida della competitività, e investono fortemente a questo fine nel Premio Globale di Risultato (istituito fin dal 1996), cioè in un premio per obiettivi calcolato su parametri di partecipazione, redditività, produttività e organizzazione, qualità. Va notato, per inciso, che il ricorso a quest'ultimo criterio e la sua valorizzazione in termini di peso percentuale sull'ammontare del premio rispetto a quello della produttività - inteso tradizionalmente come rapporto fra unità di prodotto e unità di tempo lavorato - si va diffondendo nei contratti decentrati e sembra indicare la volontà delle parti di privilegiare la qualità della produzione, più che i volumi prodotti.

La particolarità più innovativa di questa disciplina è che il premio va *applicato esclusivamente su base aziendale.* Sono le singole aziende, infatti, che devono scegliere almeno tre tra i parametri indicati dal contratto territoriale, attribuendo ad essi le relative percentuali sul valore del PGR (per un totale sempre pari a 100), e che, nell'utilizzo degli indici di qualità, devono attivare sistemi di controllo e di misurazione a fini di trasparenza e di uniformità. Le stesse aziende, poi, sono tenute annualmente a comunicare i parametri selezionati ed a illustrare alle Rsu (o, in assenza di esse, direttamente ai lavoratori) i motivi che ne hanno determinato la scelta.

Si tratta di una disciplina - ripresa dai contratti aziendali/di gruppo - ben congegnata dal punto di vista delle relazioni industriali. Essa, infatti, rafforza notevolmente la sede negoziale territoriale, in quanto coniuga la sua capacità di copertura totale delle aziende - anche quelle piccole, nelle quali è normalmente assente la contrattazione aziendale - con la possibilità di determinare i parametri, il loro peso percentuale e, soprattutto, il valore reale del premio a livello aziendale. Ciò, peraltro, non comporta la triplicazione dei livelli negoziali – essendo esplicitamente esclusa la possibilità di condurre la contrattazione di questa voce a livello di singola azienda -, né rischia di penalizzare le imprese in condizioni economico-finanziarie e produttive negative. A queste, infatti, è consentito di non applicare sul punto l'accordo per l'anno di riferimento: e non si tratta, come potrebbe sembrare a prima vista, di una sorta di clausola di uscita, ma di una previsione coerente con la natura e la funzione dei premi per obiettivi, che condiziona l'*an* dell'erogazione - oltre che il *quantum* - al miglioramento aziendale della produttività, della competitività, ecc.

Se si introducesse il principio di alternatività tra contrattazione aziendale e territoriale nei termini più sopra esposti, inoltre, resterebbe salva la possibilità delle singole aziende di non applicare il contratto territoriale e di condurre un'autonoma contrattazione al proprio interno. Il procedimento potrebbe essere poi ulteriormente sostenuto e rafforzato prevedendo ancora una volta – quanto meno ai fini della raccolta dei dati, del monitoraggio e della verifica sull'applicazione delle nuove regole - il ricorso agli organismi bilaterali.

### 4.2. le altre competenze

Il documento confederale conferma l'affidamento al *contratto nazionale* di altre ampie e tradizionali funzioni, oltre a quella in materia di retribuzione, che riguardano «la definizione della nor-

[1539] Questo accordo ha vinto nel 2008 la prima edizione del «Premio per il miglior contratto di secondo livello», bandito dal quotidiano *on line* «il Diario del lavoro». Il testo ed un'analisi del suo contenuto sono consultabili all'indirizzo www.ildiariodellavoro.it.

mativa nazionale e generale» (in materia, si direbbe, di rapporto individuale di lavoro) e la regolazione del sistema di relazioni industriali a livello settoriale, aziendale o territoriale con particolare riferimento, per quest'ultimo aspetto, all'area contrattuale di riferimento, al miglioramento delle normative sull'informazione e la consultazione, «nello spirito delle normative europee», e all'ampliamento della disciplina in materia di confronto sulle politiche di settore.

Il documento, indica, poi, alcune priorità tra le discipline da introdurre *ex novo* e/o da rafforzare: la formazione per l'accesso al lavoro, per la sicurezza e la professionalità, valorizzando l'esperienza della formazione continua e dei Fondi Interprofessionali, anche per contrastare la precarietà del lavoro; gli appalti, i fenomeni di *outsourcing* e le cessioni di ramo d'azienda, per garantire condizioni normative, retributive e di sicurezza adeguate ed una continuità di relazioni industriali che eviti l'emarginazione dei lavoratori interessati; i temi della parità di genere, abbandonando l'impostazione contrattuale delle mere dichiarazioni di principio o degli intenti programmatici e, viceversa, incoraggiando le imprese ad assumere donne creando, al tempo stesso, strumenti per la conciliazione vita-lavoro; il *welfare* contrattuale, per rafforzarne la natura di strumento solidaristico universale.

A queste si accompagnano, infine, due indicazioni ulteriori: il potenziamento della bilateralità, da porre 'al servizio' della contrattazione ad entrambi i livelli, e l'attenta considerazione della crescente incidenza della dimensione europea ed internazionale, per creare strumenti di intervento e di *governance* che superino la dimensione nazionale.

Il documento confindustriale non entra, invece, nel merito delle competenze del contratto nazionale, preferendo indicare solo le proprie priorità per la contrattazione collettiva in generale. In particolare, il documento sottolinea che, in un quadro di relazioni industriali più collaborative, per favorire la produzione di valore aggiunto da distribuire fra i fattori della produzione è necessario che la contrattazione collettiva sia «lo strumento principale per adattare alle esigenze di maggiore competitività i principali istituti che regolamentano la prestazione lavorativa sia in tema di orario di lavoro che di struttura delle retribuzioni ovvero delle differenti tipologie di rapporto individuale di lavoro». Ancora più precisamente, la Confindustria propone che, oltre alla *flessibilità delle retribuzioni*, la disciplina contrattuale garantisca, in materia di orario di lavoro, la flessibilità della prestazione di lavoro all'interno delle unità produttive (la cd. *flessibilità "da contratto"*)[1540], nonché «la possibilità di valorizzare tutte quelle tipologie contrattuali che, come la somministrazione, il part-time o gli appalti,» ma anche i rapporti di collaborazione, «consentono alle imprese, con totale garanzia di tutele per i lavoratori, di far fronte con tempestività alle mutevoli esigenze dei mercati interni ed internazionali, dando altresì piena attuazione a tutte le iniziative finalizzate a sostenere l'inserimento ed il reinserimento nel mercato del lavoro» (la cd. *flessibilità "di contratto"*).

Anche se, come si è detto, non vi è una più esplicita indicazione della distribuzione delle competenze su queste materie ed istituti tra livello nazionale e decentrato, il tenore letterale del docu-

[1540] Secondo il documento della Confindustria, «la contrattazione collettiva deve assicurare alle imprese di poter fare affidamento su una maggiore quantità complessiva di ore effettive di prestazione ed anche sulla possibilità di distribuire i nastri orari nell'arco della settimana, del mese, dell'anno, secondo le esigenze del mercato; di adeguare la durata media e la durata massima settimanale degli orari di lavoro alle differenti esigenze produttive, così come le misure di utilizzazione del lavoro straordinario, le deroghe in tema di pause, lavoro notturno, ecc., il tutto nel rigoroso rispetto della recente disciplina legislativa di origine europea».

mento confindustriale – l'uso reiterato del termine flessibilità ed il riferimento alle unità produttive ed alle imprese – induce a ritenere che Confindustria proponga che il contratto nazionale deleghi la negoziazione di questi aspetti al livello *aziendale* ovvero – ma questa seconda ipotesi mi sembra più improbabile, oltre che meno praticabile - che predisponga una disciplina flessibile di questi istituti, alla quale il singolo datore di lavoro possa accedere direttamente.

Il documento delle confederazioni, invece, implica un notevole rafforzamento delle competenze del *secondo livello* «sull'organizzazione del lavoro, sulla condizione e prestazione lavorativa, sulla valorizzazione della professionalità attraverso la formazione permanente, sulle partite degli orari, su tutte le tematiche legate alla flessibilità contrattata, sul tema sempre più fondamentale della prevenzione e della formazione su salute e sicurezza del lavoro». Le confederazioni, infine, suggeriscono uno sviluppo della bilateralità per favorire la corretta applicazione della disciplina nazionale ed a sostegno della contrattazione decentrata, soprattutto territoriale.

Anche le organizzazioni sindacali, quindi, sono favorevoli ad un ampliamento delle competenze della contrattazione decentrata, presumibilmente in funzione incentivante della stessa. Tale ampliamento non è, però, predeterminato, perché la scelta degli istituti da rinviare alla regolamentazione decentrata è affidata ai singoli contratti nazionali, in modo che possa essere adeguata alle specifiche esigenze e condizioni dei diversi settori.

## 5. Il rapporto tra i livelli: i raccordi oggettivi

Le indicazioni sulle competenze dei livelli contrattuali ricavabili dai documenti delle parti vanno ora integrate per tentare di ricostruire quale sia la posizione di ciascuna di esse sul delicato problema del rapporto tra i livelli.

Il documento sindacale definisce i «due livelli contrattuali tra loro complementari» e individua nel contratto nazionale il «centro regolatore dei sistemi contrattuali a livello settoriale e per la definizione delle competenze da affidare al secondo livello – tenendo conto delle diverse specificità settoriali - anche al fine di migliorare gli spazi di manovra salariale e normativa della contrattazione aziendale o territoriale».

Tale documento, peraltro, non fa mai riferimento – salvo che in materia di retribuzione, come si è visto – al criterio della specializzazione e/o a competenze specializzate del secondo livello, preferendo fondare il rapporto tra le due sedi negoziali, da un lato, sul criterio gerarchico, considerato il ruolo del contratto nazionale in materia, e, dall'altro, su quello della *complementarietà*: se questo significa che i due livelli *si completano a vicenda* (come suggerisce il vocabolario) e, quindi, non sono sovrapponibili, e considerata la dichiarata intenzione di ampliare il decentramento e le relative competenze, si direbbe che i sindacati vogliano suggerire un modello contrattuale nel quale i due livelli contrattuali svolgono un ruolo diverso, ma hanno entrambi un 'peso' consistente nella regolazione dei rapporti individuali e collettivi di lavoro.

Il documento confindustriale conferma la regola per la quale la contrattazione di secondo livello «si esercita tra i soggetti, nelle sedi, nei tempi e per le materie stabiliti dalla contrattazione nazionale», richiama la necessità di «definire con maggiore precisione la *specializzazione* delle diverse sedi negoziali» e sostiene pure l'opportunità di poter fare affidamento, come i diretti concorrenti che operano negli altri Paesi dell'Unione Europea, «su un sistema di relazioni industriali sempre più in grado di coniugare flessibilità normativa e salariale (quale quella che deriva anche dalle

"clausole di uscita") con tutele e sicurezza», per elevare il livello di competitività delle imprese[1541].

Sulle clausole di uscita – citate, quasi incidentalmente, tra parentesi - tornerò tra breve. Vorrei prima sottolineare che le posizioni delle parti convergono sul rapporto di tipo gerarchico tra i livelli, basato sulle clausole di rinvio, ma appaiono per il resto piuttosto diverse, anche se si deve tener conto del fatto che si tratta di documenti pre-negoziali, come tali formulati in modo da lasciare aperte diverse soluzioni. In ogni caso, parlerei di un modello di decentramento organizzato dal centro in entrambi i casi, ma più marcatamente *bipolare* per i sindacati e *decentrato* per gli imprenditori.

A mio avviso, il ruolo del contratto nazionale di settore potrebbe essere per certi versi rafforzato e per altri alleggerito. Rafforzato quale strumento sia di garanzia sull'intero territorio nazionale di trattamenti minimi omogenei, al fine di regolare la concorrenza tra imprese e di creare solidarietà e coesione tra i lavoratori, sia di definizione razionale e chiara – ma flessibile per settori - delle competenze e dei soggetti negoziali di ciascun livello, in modo da arginare i rischi di un decentramento disorganizzato, ma anche da rendere sempre più specializzate le competenze di entrambi i livelli e, soprattutto, di quello decentrato. Il risultato dovrebbe essere un *rapporto tra i livelli* di tipo *gerarchico*, perché è il ccnl che individua le competenze del contratto decentrato, ma soprattutto *funzionale*.

In prospettiva, peraltro, il livello di categoria dovrebbe avere più che un ruolo di regolazione diretta - e, quindi, sia dettagliata sui singoli istituti, sia estesa alla maggior parte di essi - un ruolo di coordinamento e di controllo della contrattazione decentrata, nonché e soprattutto delle politiche e delle dinamiche contrattuali complessive, al fine di governare lo sviluppo della flessibilità salariale e normativa in periferia.

Il ccnl potrebbe, dunque, essere alleggerito, più che dal punto di vista delle competenze ad esso riconosciute, proprio da quello della ampiezza e della completezza della regolamentazione di ciascun istituto. Potrebbe immaginarsi, cioè, un contratto nazionale che, anche per istituti rilevanti, fornisca veramente prescrizioni minime essenziali, rinviandone poi il completamento e l'adattamento al livello decentrato.

Questa ipotesi non va, però, presa *alla leggera*: *alleggerire* (e mi si perdoni il bisticcio di parole) il contratto nazionale comporta un notevole rischio di riduzione del livello complessivo, ma minimo, di tutela di tutti i lavoratori se la copertura della contrattazione decentrata rimane, com'è oggi, troppo limitata. Questa è anche una *scommessa* da giocare, per incentivare la contrattazione di secondo livello, ma è necessaria molta cautela. Per le materie rinviate, per esempio, il contratto nazionale potrebbe dettare due tipi di discipline: una ampia e dettagliata (come quelle già vigenti), da applicare ai lavoratori delle aziende non coperte da contrattazione decentrata; un'altra asciutta e minimale, perché destinata solo a costituire la base di – e ad essere integrata da – quella decentrata. E sarebbero così chiari il ruolo di governo del contratto nazionale e quello di flessibilizzazione normativa e retributiva del secondo livello. In questa ipotesi, insomma, il raffor-

[1541] L'orientamento della Confindustria, dunque, appare più assonante con quello della Commissione Giugni, che aveva suggerito sia di rendere più specializzate le competenze del livello decentrato dal punto di vista retributivo e da quello normativo/organizzativo (disciplina della flessibilità organizzativa legata a materie quali l'inquadramento, l'orario di lavoro e l'utilizzazione delle diverse tipologie di rapporti di lavoro) e di promozione dell'occupazione; sia di introdurre le clausole di uscita.

zamento del ruolo direttamente normativo del contratto di categoria – e la correlata centralizzazione del sistema - sarebbe in buona misura e di fatto la conseguenza della scarsa diffusione della contrattazione decentrata, e non una caratteristica del modello.

### 5.1. E le clausole di uscita

E veniamo alle cd. *clausole di uscita* (o di apertura, o comunque denominate), invocate per valorizzare la contrattazione decentrata e per favorire una più ampia flessibilizzazione dei trattamenti.

In effetti, in diversi paesi europei i processi di decentramento della struttura contrattuale sono stati (più o meno) istituzionalmente 'controllati' dal centro e caratterizzati dalla possibilità di definire trattamenti salariali e normativi in deroga peggiorativa: l'esperienza tedesca delle clausole di apertura è, in proposito, paradigmatica. In Italia, come si è accennato, l'introduzione di queste clausole è stata proposta dalla Confindustria e, ancora prima, dalla Relazione finale della Commissione per la verifica del protocollo del '93, per consentire di derogare a livello aziendale e/o territoriale la disciplina negoziata a livello nazionale, entro limiti e condizioni – di materie, di operatività temporale della deroga, ecc. – definite dallo stesso ccnl, per non disarticolare la struttura contrattuale. Fondamentale, inoltre, nell'impostazione della Relazione, sarebbe stata la «consensualità delle deroghe, verificata e validata dalle stesse organizzazioni firmatarie dei contratti collettivi derogati»: condizioni che presuppongono – come fondamento e condizione dell'efficacia del sistema – il ruolo essenziale della contrattazione nazionale e l'identità dei soggetti negoziali ai diversi livelli: e, dunque, oltre al consenso delle due parti stipulanti, l'unità dell'azione contrattuale dei sindacati di categoria.

Peraltro, questa soluzione è già sperimentalmente disciplinata nel ccnl Chimici e farmaceutici Confindustria del 10.5.2006 e nel successivo accordo nazionale del 29.6.2007 in materia di «Linee Guida su accordi aziendali in deroga alla normativa prevista dal ccnl»[1542]. La nuova disciplina consente, infatti, «di realizzare accordi temporanei in deroga alla normativa prevista dal Ccnl», ma nei limiti causali, temporali, di tipologia della deroga e procedurali specificamente individuati. Particolarmente rilevanti, in quest'ultima prospettiva, sono due previsioni. La prima prevede che gli stessi accordi devono essere oggetto di un parere preventivo di conformità da parte della Commissione nazionale di contrattazione, un organismo bilaterale che non è paritetico, ma può assumere decisioni solo all'unanimità; la seconda prescrive l'attivazione di un «percorso informativo preliminare all'accordo e successivo allo stesso finalizzato alla piena conoscenza e condivisione dei lavoratori sulle finalità dell'accordo»: formulazione chiara sull'oggetto della procedura, che riguarda solo le finalità dell'accordo e non le soluzioni concordate, ma ambigua quanto alle sue modalità applicative, che non possono risolversi in una mera informazione – per quanto preventiva e successiva all'accordo - se devono garantire non solo la *piena conoscenza*, ma anche la *condivisione* dei lavoratori su, appunto, le finalità dell'accordo.

Non è questa, però, la sede per esaminare in profondità l'intera disciplina e per affrontare nel merito le questioni più strettamente giuridiche che essa solleva. È opportuno, piuttosto, sottolineare due profili.

Il primo concerne le partite oggetto dello scambio negoziale: da un lato, la possibilità di stipulare accordi in deroga peggiorativa, dall'altro «una puntuale applicazione, gestione e esigibilità a livello

[1542] Ora art. 18, lettera B, punto 3, CCNL 10 maggio 2006.

aziendale delle norme del ccnl» e «una contrattazione aziendale rispettosa delle regole e coerente con le linee guida definite dal livello nazionale». Nello scambio rientra, dunque, anche l'impegno dei datori di lavoro a contrattare a livello decentrato, in applicazione delle norme del contratto di categoria.

Il secondo profilo attiene al contributo concreto che le parti stipulanti – e i sindacati di categoria innanzitutto - hanno voluto dare al dibattito sulla revisione degli assetti contrattuali, infrangendo - come ha rilevato Bavaro - il *tabù* dell'intangibilità del contratto nazionale. Ciò che solleva i maggiori dubbi in questo contratto, piuttosto, è la scelta di 'valorizzare' il secondo livello di contrattazione mediante la mera derogabilità *in peius*, e non *anche*, o piuttosto, ampliando le funzioni del contratto decentrato ed accentuandone la specializzazione, che è probabilmente la *doppia* strada più utilmente percorribile.

In ogni caso, quello che diventa incompatibile con questa ipotesi è un significativo alleggerimento del contratto nazionale. Se, infatti, il suo ruolo viene ridotto a quello di disciplinare i *minimi minimi* di trattamento e, in materia di retribuzione, a garantirne il solo potere d'acquisto, c'è da chiedersi da che cosa possa *uscire* il contratto decentrato, quali minimi possa ulteriormente ridurre.

In questa ipotesi, e forse in assoluto, converrebbe piuttosto valorizzare la clausola del protocollo del '93 che riconosce al livello negoziale aziendale – quando debba gestire gli effetti sociali di trasformazioni aziendali[1543] - ampie potenzialità *adattive*, oltre che *derogatorie*, della disciplina contrattuale nazionale. Si tratta, infatti, di una previsione estremamente ampia dal punto di vista della tipologia delle attività che vi rientrano (informazione, consultazione, contrattazione); dei contenuti, dai quali non sono esclusi nemmeno quelli che abbiano ricadute economiche e retributive; dei tempi delle stesse, che non sottostanno alle cadenze contrattuali anche quando abbiano natura negoziale.

## 6. La tenuta del sistema: in particolare, i conflitti di regolazione

I documenti delle parti insistono opportunamente e sotto diversi profili sulla necessità del rispetto delle regole e, quindi, della loro effettività, come condizione per rafforzare la coesione e garantire la tenuta della struttura contrattuale e dell'intero sistema dei rapporti sindacali.

I sindacati, come si è detto[1544], hanno proposto nuove regole per assicurare il rinnovo dei contratti alla loro scadenza e dedicato l'ultima parte del proprio documento al tema «democrazia e rappresentanza». Confindustria, da parte sua, sottolineando la «esigenza di avere un sistema "regolato" e quindi in grado di dare certezze non solo riguardo ai soggetti, ai tempi ed ai contenuti della contrattazione, ma anche sull'affidabilità ed il rispetto delle regole», tocca tre profili e, cioè, quello della proceduralizzazione e della limitazione del ricorso allo sciopero, quello della revisione e dell'aggiornamento della disciplina negoziale della rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro e, infine, quello del rapporto tra i livelli contrattuali e dei conflitti di regolazione.

Poiché, come ho già detto, l'oggetto specifico di questo contributo è la revisione della struttura contrattuale, rinvio ad altra occasione l'analisi delle posizioni delle parti in materia di rappresentanza e di sciopero. Esaminiamo, invece, le proposte di Confindustria relative alla regolazione del

---

[1543] V. il cap. 2, par. 3, 5° cpv. del protocollo del '93.

[1544] Cfr. *supra* il par. 4.1.

rapporto tra i livelli negoziali, dirette a garantire che «tutto quanto concordato in sede nazionale non sia rimesso in discussione agli altri livelli previsti». A tal fine l'organizzazione degli industriali propone l'inserimento nei contratti di 'nuove' regole, quali il dovere di influenza[1545] e di pace sindacale[1546] - originariamente previste nel protocollo Intersind Asap del '62 e già recuperate in numerosi contratti di categoria stipulati dopo il protocollo del '93 - e l'introduzione di «idonee procedure di conciliazione ed arbitrato che, assistite da sanzioni, siano in grado di intervenire in caso di mancato rispetto delle clausole concordate».

Il problema risulta delicato e rilevante proprio perché le controversie in materia di competenze dei livelli contrattuali non possono essere escluse né dal mero principio di non ripetibilità della contrattazione collettiva (che, peraltro, non viene esplicitamente ripreso nei documenti dei sindacati e della Confindustria), né da una crescente specializzazione dei livelli contrattuali, essendo praticamente impossibile definire regole di ripartizione delle competenze così precise da porre al riparo da qualsiasi conflitto di regolazione. D'altra parte le clausole di rinvio sono dirette a prevenire il contrasto/conflitto tra contratti collettivi di diverso livello, non a regolarlo nelle ipotesi in cui il contratto decentrato violi i limiti imposti da clausole del contratto nazionale, né all'interno del protocollo del '93 è stata prevista una soluzione normativa espressa dell'ipotesi di violazione delle stesse.

Le proposte di Confindustria fanno emergere, dunque, due questioni, tra loro correlate: da un lato, quella del recepimento delle regole di un (eventuale nuovo) accordo interconfederale o triangolare sulla struttura contrattuale nelle discipline di categoria e, soprattutto, del rispetto di queste ultime nella contrattazione decentrata e, dall'altro, quella della vincolatività e dell'efficacia delle clausole di rinvio la cui definizione, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, sarebbe utile a risolvere i conflitti regolativi, cioè l'eventuale contrasto normativo tra discipline contrattuali di diverso livello e, in particolare, tra contratto nazionale di categoria e decentrato.

Infatti, all'attribuzione alle clausole di rinvio di una *efficacia* cd. *reale* conseguirebbe l'invalidità giuridica e, quindi, l'inapplicabilità della norma contrattuale di livello inferiore; al contrario, riconducendo la loro natura giuridica alla cd. *parte obbligatoria* del contratto collettivo, si dovrebbe affermare la piena validità ed efficacia della norma del contratto decentrato, seppure lesiva della clausola di rinvio del ccnl.

In proposito, continuo a ritenere preferibile questa seconda soluzione, perché un generale e indiscriminato riconoscimento di efficacia reale e vincolante sul piano dell'ordinamento statuale delle disposizioni di un contratto di livello superiore può produrre effetti perversi sugli equilibri autonomamente raggiunti a livello nazionale di categoria o decentrato, finendo per travolgere anche le deroghe che le parti (nell'una e/o nell'altra sede) possono ritenere opportune e/o indispensabili - nella prospettiva dell'autonomo ordinamento - al fine di garantire l'adeguamento delle previsioni di livello superiore alle concrete situazioni ed interessi da regolare.

D'altra parte, che quest'ultimo sia l'orientamento, non dico più corretto, ma finora prescelto dalle

---

[1545] Cioè «l'impegno delle parti stipulanti ad intervenire affinché le rispettive istanze, ai vari livelli, osservino e rispettino le condizioni pattuite».

[1546] Al fine di «garantire che, nel rispetto del principio del "ne bis in idem", i sindacati non promuovano azioni o rivendicazioni intese a modificare, integrare, innovare quanto ha già formato oggetto di accordo ai diversi livelli».

stesse parti, si può dedurre proprio dalle discipline sugli assetti contrattuali definite dai contratti di categoria in applicazione del protocollo del '93, visto che questi hanno rispettato la 'filosofia' e l'impianto complessivo del Protocollo, più che le specifiche regole dettate, come dimostrano, per esempio, le normative sulle competenze dei livelli contrattuali in materia di retribuzione.

Ciò che è importante, infatti, è che il modello contrattuale che le parti disegneranno sia coeso, ma elastico e non rigido quale diventerebbe, invece, se prevalessero le opinioni volte a sostenere la giustiziabilità sul piano dell'ordinamento statuale delle clausole di rinvio.

Confindustria sembra aver preso atto di queste argomentazioni dal momento che propone, come ho anticipato, la definizione di procedure autonome di conciliazione e di arbitrato, sostenute da sanzioni. È questa, d'altronde, la conseguenza più naturale della logica – seguita dalla Commissione Giugni[1547] e da una parte della dottrina - secondo la quale, da un lato, il positivo andamento delle relazioni collettive è favorito dalla predisposizione di strumenti che privilegino ed antepongano il confronto al conflitto, sì da prevenirlo, e, dall'altro lato, il rafforzamento del contratto collettivo è legato alla sua capacità di autosanzionarsi[1548]. E si tratta di una logica sottostante (anche se implicitamente) al protocollo del '93 e in parte già seguita da numerosi contratti di categoria, ma che auspicabilmente dovrebbe permeare in modo più concreto anche il futuro accordo sugli assetti contrattuali.

Infine, come «adeguato complemento per la verifica della funzionalità delle regole di relazioni industriali che le parti concorderanno», Confindustria ipotizza di «individuare nel livello interconfederale una nuova e specifica sede di raccordo non episodico anche ai fini di orientamento per i comportamenti ai vari livelli», da realizzare attraverso un esame periodico su «l'evoluzione complessiva dello stato dell'industria, dell'occupazione e del sistema di relazioni industriali», in modo che su ciascun tema le parti possano «esprimere valutazioni e proposte autonome o convergenti» ovvero individuare «strumenti, contenuti e forme di intervento congiunto da sottoporre anche a Governo e Parlamento». Si vuol rendere, insomma, il livello interconfederale una sede stabile sia di analisi e di confronto tra le parti, se non proprio di governo delle relazioni industriali, sia di raccordo tra legge e contrattazione collettiva, nella quale si potrebbero affrontare, per esempio, temi quali l'omogeneizzazione degli assetti contrattuali nel settore pubblico e privato, posto in evidenza dal documento di Cgil, Cisl e Uil, o la formulazione di avvisi comuni, anche in funzione della trasposizione delle direttive comunitarie.

Si tratta di una proposta interessante, soprattutto nella prospettiva di un più ampio decentramento negoziale, perché sottolinea il necessario vincolo di coerenza e di coesione del sistema contrattuale al suo interno e nel suo rapporto con la legge. Il decentramento della contrattazione,

---

[1547] La Commissione Giugni aveva sostenuto che l'obiettivo di definire un sistema contrattuale coeso e compatto dovesse «essere adeguatamente sostenuto da una chiara individuazione delle conseguenze derivanti dal mancato rispetto delle clausole relative agli assetti contrattuali e, soprattutto, da una chiara disciplina del conflitto di regolazione». In una prospettiva ancora più ampia, poi, aveva sia evidenziato (par. 47 della Relazione finale) l'opportunità di incentivare, a sostegno della contrattazione collettiva, la definizione di procedure e/o la creazione di organismi bilaterali - anche differenziati per livello - con funzioni istruttorie e di orientamento, ma anche di composizione delle controversie in materia; sia suggerito di costituire un'agenzia per la contrattazione collettiva, che avrebbe potuto proporsi quale strumento per organizzare servizi di ricerca e di formazione utili alle parti sociali in vista di successivi momenti negoziali; per offrire servizi di sostegno e di promozione della cooperazione, su richiesta delle parti, anche in funzione di conciliazione e di mediazione; per fornire servizi di intervento arbitrale, secondo tecniche definite in sede legislativa e salva restando la natura volontaria dell'intervento dell'agenzia su richiesta congiunta delle parti.

[1548] Va ricordato, in proposito, che anche il documento sindacale ipotizza «l'introduzione di penalizzazioni in caso di mancato rispetto delle scadenze» contrattuali.

da un lato, e, dall'altro, la coerenza nei diversi settori economico-produttivi tra politiche contrattuali di diverso livello si confermano, insomma, aspetti imprescindibili al fine di favorire un'evoluzione delle relazioni industriali che – pur con soluzioni diverse, in relazione ai diversi contesti ed interessi - garantisca equità nella distribuzione del reddito, accresca la competitività e la produttività del sistema e favorisca lo sviluppo economico e dell'occupazione.

# Esiste davvero la titolaritá collettiva del diritto di sciopero?*

Roberto Romei

1. Due libri recenti sulla titolarità collettiva del diritto di sciopero. 425
2. Qualche puntualizzazione sulla tesi della titolarità individuale. 427
3. La declinazione della tesi della titolarità collettiva del diritto di sciopero. 431
4. Alcune precisazione terminologiche. 434
5. Riferimenti bibliografici 441

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 75/2008

## 1. Due libri recenti sulla titolarità collettiva del diritto di sciopero.

Con singolare coincidenza, negli anni immediatamente passati, sono state date alle stampe due monografie che hanno toccato - l'una nel quadro di un'indagine più ampia, l'altra, invece, espressamente dedicata all'argomento - il tema della titolarità del diritto di sciopero[1549].

È una coincidenza da registrare positivamente; entrambe - sia pur, ovviamente, con diverso approfondimento - affrontano il tema della titolarità del diritto di sciopero in astratto, potrebbe dirsi: libere cioè dalle urgenze e dalle contingenze che, ad esempio, avevano intorbidato il dibattito verso la fine degli anni '80 dello scorso secolo; e ne sviluppano, non solo per questo, ma anche per questo, tutte le implicazioni, giungendo a conclusioni di più ampio respiro, che toccano, e non potevano non farlo, anche la struttura stessa del diritto di sciopero.

Il percorso dei due saggi si snoda su binari inizialmente paralleli, anche se poi, al termine, le conclusioni cui giungono i due Autori divergono non di poco: in entrambi i casi esse, però, suscitano non pochi interrogativi, a testimonianza del fatto che se la mira è alta, il bersaglio è nondimeno ben centrato. Ma anche a conferma che, come è stato acutamente osservato, molto tempo addietro, in questa materia sembra che nessuno trovi convincenti fino in fondo le tesi altrui[1550].

Nelle due monografie si privilegia, almeno nella parte iniziale, la prospettiva storica, nella convinzione, bene espressa soprattutto in quella di Antonello Zoppoli, che la chiave storica rappresenti un passaggio ineludibile per chiarire le ricostruzioni successive[1551].

Seguendo una ricostruzione dicotomica della dottrina degli anni '50, i due autori da subito pongono in evidenza come le due prospettive, della titolarità individuale e della titolarità collettiva, si siano immediatamente poste all'attenzione della dottrina del tempo, divisa, appunto, tra i fautori dell'una o dell'altra ricostruzione, i cui principali esponenti sono individuati, rispettivamente, in Luigi Mengoni[1552] ed in Francesco Santoro Passarelli[1553].

È opinione abbastanza diffusa, del resto, quella che pone i due illustri Autori su sponde diverse del dibattito. Ma le distanze tra le due costruzioni sembrano meno profonde di quanto non si tenda a rappresentare; ed infatti entrambe - molto più delle altre tesi[1554] che più decisamente sposavano la tesi della titolarità integralmente collettiva dello sciopero - possono essere utilizzate, e di fatto lo sono state, a supporto della tesi tradizionale, imperniata sulla titolarità individuale del diritto[1555]. Che rappresenta poi la *herrschende Meinung* per tutti gli anni '60 e '70, durante i quali, per il vero, la dottrina non dedica molta attenzione all'argomento - impegnata com'era a contrastare le teorie definitorie dello sciopero – se non per ribadire l'efficacia meramente obbligatoria e non vincolante sul piano individuale della clausola di tregua sindacale.

---

[1549] Si intende fare riferimento, rispettivamente alla monografia di Pino 2005, ed a quella di Zoppoli 2006.

[1550] Suppiej 1965, 18-19.

[1551] Per una sintesi del dibattito si rinvia a Gaeta 1990, 403 ss.; Bellocchi 1994, 163 ss.; Pinto 1997, 219 ss., spec. 232 ss. ed a ultimo, per un breve riepilogo Del Punta 2007, 404 ss.

[1552] Le tesi dell'illustre Autore si dipanano lungo un arco di tempo relativamente ampio in cui le stesse opinioni dell'Autore subiscono mutamenti non insignificanti. Si veda Mengoni 1949; *Idem* 1961; *Idem* 1965.

[1553] Santoro Passarelli 1949; *Idem* 1959.

[1554] Mortati 1954, 149 ss.; Calamandrei 1952, 221 ss.

[1555] Ciò non è dubbio per Santoro Passarelli, che non ha mai dubitato della titolarità individuale del diritto. Ma è vero anche per Mengoni.

La tesi della titolarità collettiva dello sciopero, che nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione rappresentò per molti autori la ricaduta sul piano dogmatico della ineliminabile dimensione collettiva che presenta lo sciopero, fu quindi relegata ai margini del dibattito.

È solo sul crinale degli anni '80 che l'argomento della titolarità dello sciopero torna alla ribalta, sull'onda delle modificazioni genetiche che subisce il conflitto, a seguito della sua dislocazione nel settore terziario, che suggeriscono una prospettiva diversa, ed anzi speculare a quella tradizionale, nel tentativo di ampliare lo spazio, fino allora angusto, riconosciuto alle organizzazioni sindacali nel tentativo di calmierare un conflitto che già allora presentava aspetti di forte incontrollabilità ed era usato da gruppi di lavoratori che occupavano posizioni strategiche per fini quasi esclusivamente corporativi.

La tesi della titolarità collettiva rappresenta allora, almeno nelle prime aperture della dottrina, il surrogato, o la giustificazione, di un intervento limitativo dello sciopero, o per meglio dire, di un intervento che ne regolamenti l'esercizio attraverso la selezione dei soggetti abilitati a disporre del diritto, nella convinzione, che si rivelerà con il senno di poi tutt'altro che fondata, che la selezione dei soggetti che possono proclamare lo sciopero determini anche un uso maggiormente responsabile dello stesso.

Lo spostamento del baricentro non ha fatto certo perdere di vigore alla opposta tesi, che anzi conosce, proprio nei primi anni '80, una rinnovata fortuna: singolarmente, rispetto a quelle che potrebbero definirsi le teorie di prima generazione, entrambe le tesi rinvengono un insospettato punto in comune, allorché rivestono la questione della titolarità dello sciopero di panni impropri.

Nell'un caso, come si è detto, lo spostamento sul soggetto collettivo nascondeva una precisa opzione di politica del diritto, favorevole all'introduzione di una regolamentazione dello sciopero almeno nei servizi pubblici essenziali.

L'altra affastella problemi diversi: la riproposizione, sulle orme della dottrina degli anni '60, del nesso tra titolarità individuale e libertà sindacale del singolo assolveva alla funzione di viatico per garantire l'assenza di ogni condizionamento sindacale e la imperitura garanzia del pluralismo, ed antidoto contro perniciose involuzioni autoritarie e burocratiche delle organizzazioni sindacali. La titolarità del diritto di sciopero veniva così degradata ad una provincia della questione, annosa ed ormai nella sua irresolutezza, francamente stucchevole, della rappresentatività sindacale.

Si arriva così alle teorie sulla titolarità collettiva che potrebbero dirsi di seconda generazione, volendo con ciò significare l'approccio di quegli autori che, metabolizzata definitivamente la lezione della l. n. 146/1990, e meno immediatamente affannati da preoccupazioni di politica del diritto, si preoccupano di riportare la titolarità al suo alveo naturale, o quanto meno, all'alveo che interessa o dovrebbe interessare il giurista, quello cioè della ricostruzione dogmatica degli istituti e della qualificazione in termini concettuali della realtà fattuale[1556].

Profili entrambi nettissimi nelle opere dei due Autori dal quale questo breve scritto ha preso le mosse, sia nella monografia di G. Pino, che dedica all'argomento solo un capitolo nel quadro di

[1556] Il riferimento nel testo è ovviamente alla lezione di Ascarelli 1952, 803 ss. Una delle prime elaborazioni della tesi della titolarità collettiva dello sciopero che rielabora la lezione della l. n. 146/1990 si deve a Rusciano 2002, 151 ss.

una più ampia indagine sia, e con maggior enfasi, nella monografia di A. Zoppoli, d'altronde dedicata espressamente all'argomento e che utilizza il tema della titolarità come trampolino per procedere ad una compiuta revisione sul piano dogmatico del diritto di sciopero.

Ed è proprio questa opera di riscrittura a spingere, come un movimento circolare, a rileggere, alla luce della nuova connotazione dogmatica del diritto, la questione della titolarità.

## 2. Qualche puntualizzazione sulla tesi della titolarità individuale.

La tesi del diritto di sciopero come diritto a titolarità individuale, ma ad esercizio collettivo, è fin troppo nota perché si spenda inchiostro per descriverla.

Sia pur con non indifferenti diversità e nel quadro di un'articolazione di pensiero che condurrà il secondo a ritornare più volte sullo stesso argomento con esiti via via diversi, sono nondimeno evidenti i punti di contatto tra i due illustri Maestri che tra i primi si occuparono, già all'indomani della entrata in vigore della Costituzione, di offrire una sistemazione al diritto riconosciuto dall'art. 40 Cost.

Tanto Santoro Passarelli che Mengoni concordano nel ritenere che lo sciopero sia un comportamento non attuativo della prestazione di lavoro e che la proclamazione sindacale sia esterna allo sciopero[1557].

La ricostruzione di Santoro Passarelli ha il pregio della semplicità: essa descrive, o sembra farlo, quello che accade nella realtà, in cui lo sciopero si sostanzia nell'astensione di un gruppo di lavoratori, astensione di solito preceduta da una proclamazione ad opera dell'associazione sindacale. Ma la ricostruzione, come già quella del contratto collettivo, ed in genere, del fenomeno sindacale, è solo apparentemente descrittiva: al fondo vi è una valenza precettiva che non mancherà di farsi sentire negli anni successivi al 1949, anno in cui fu pubblicato il magistrale saggio su autonomia collettiva e diritto di sciopero. L'attenzione di Santoro Passarelli è polarizzata sul comportamento del prestatore di lavoro e sui riflessi che ne derivano sul piano delle obbligazioni scaturenti dal rapporto di lavoro. È il rigore del civilista - e dunque l'attenzione posta ai profili attinenti alla sorte delle reciproche obbligazioni che connotano il rapporto obbligatorio - che impone innanzitutto di qualificare il comportamento non attuativo della prestazione di lavoro, e solo successivamente, di dettare le condizioni stante le quali, quel comportamento cessa di essere inadempimento e diviene esercizio di un diritto. Lo sciopero dunque è un diritto del singolo, è un diritto di astenersi dall'adempiere la propria obbligazione, ed è anzi un diritto potestativo di astenersi[1558]. Ma questo diritto è assoggettato, nel suo esercizio, al rispetto di una condizione, e cioè la proclamazione da parte dell'associazione sindacale, che costituisce un negozio giuridico dal contenuto autorizzatorio. È su questo piano che emergono, in tutta la loro importanza, i profili

---

[1557] Anche se con differenze non da poco. Come è noto per Santoro Passarelli la proclamazione altro non è se non una sorta di autorizzazione alla astensione dal lavoro, che sarà poi realizzata sul piano individuale. Mengoni, invece, critica la riconducibilità della proclamazione alla categoria concettuale della autorizzazione, riducendola ad un mero invito a scioperare, e configura la sospensione dell'obbligo di lavorare alla stregua di un effetto che la legge connette al verificarsi di un certo comportamento e cioè alla attuazione dello sciopero. Per una più ampia ricostruzione del pensiero dei due Autori si rimanda a Pinto 1997, 229 ss.; Pino 2005, 131; Zoppoli 2006, 4 ss. e 43 ss.

[1558] Santoro Passarelli 1949, 197.

dell'interesse collettivo alla cui cura è finalizzato il «concerto sullo sciopero del gruppo di prestatori interessati»[1559].

Spiazzando ricostruzioni correnti[1560] la teoria dello sciopero come diritto individuale ad esercizio collettivo, sembrerebbe essere già tutta qua.

Anche per Mengoni, lo sciopero è un «atto unitario di natura collettiva»[1561] che richiede il «previo concerto» tra i lavoratori aderenti, anche se nella ricostruzione dell'autorevole civilista alla proclamazione viene negata ogni funzione autorizzatoria, ritenendo che l'accordo si manifesti sul piano fattuale, e cioè attraverso l'attuazione dello sciopero[1562].

Al di là degli intenti limitativi che entrambe le tesi sottintendono, in comune vi è la netta distinzione tra posizione dell'organizzazione sindacale – che proclama lo sciopero e che detiene l'interesse collettivo – e posizione del singolo. La differenza sembra però più una differenza di accenti: mentre in Santoro Passarelli, l'accento cade più sul ruolo e la rilevanza dell'interesse collettivo al cui soddisfacimento è finalizzata l'astensione e la cui presenza rende legittima l'astensione; il secondo privilegia il momento attuativo; ma anche qui è sicuramente presente la rilevanza del momento collettivo, chiarissima nella configurazione dello sciopero come atto unitario che esprime un interesse collettivo, non riducibile alla pluralità degli interessi individuali dei singoli partecipanti[1563].

Prevale in questi primi contributi una netta impostazione dogmatica, non disgiunta, come è noto, da una finalità scopertamente precettiva in senso limitativo del diritto. In questo quadro la tesi della titolarità individuale, che in realtà anche un Autore come Santoro Passarelli accetta senza incertezze[1564], discende non tanto dalla qualificazione del diritto come diritto potestativo o come diritto assoluto[1565], ma dalla prospettiva accolta, che è quella dell'angolo di visuale offerto dal rapporto individuale di lavoro e dalla dialettica tra le reciproche obbligazioni e dunque dal comportamento non attuativo dell'obbligo che è senza dubbio nella disponibilità del lavoratore scegliere se esercitare o non[1566].

Come è noto, la tesi della titolarità individuale, è quella che ha conosciuto e che forse ancora oggi conosce la maggiore diffusione. Non mancano le critiche, come è altrettanto noto: si è osservato,

---

[1559] Santoro Passarelli 1949, 197.

[1560] Si veda anche Gaeta 1990, 415 ss.

[1561] Mengoni 1961, 263.

[1562] Mengoni 1964, 41.

[1563] Mengoni 1961, 263; *Idem*, 1965, 40.

[1564] Osserva condivisibilmente Gaeta 1990, 417, che per Santoro Passarelli, il vero titolare del diritto è sempre e solamente il singolo lavoratore, il quale però è legittimato ad esercitare tale diritto solo dopo un negozio giuridico di autorizzazione che è appunto la proclamazione.

[1565] Secondo la ricostruzione di Mengoni 1964, 40 poi come noto ripresa da moltissimi autori.

[1566] Ma nel quadro delle dottrine del primo decennio post costituzionale, o almeno di quelle che risulteranno poi essere dominanti, il tema della titolarità dello sciopero sembra permanere nell'ombra, o quanto meno non meritare il proscenio. È semmai il requisito dell'interesse professionale a giocare un ruolo di primo piano nel circoscrivere lo sciopero al solo ambito contrattuale; mentre, sul piano dogmatico, la distinzione tra il piano della «definizione dello sciopero come fatto» e quello della «definizione (…) come contenuto del diritto soggettivo» (Mengoni 1964, 29) accredita e rafforza la rigida predeterminazione dell'individuazione delle modalità di esercizio dello sciopero.

solo per rammentare le più diffuse, che la titolarità individuale si accompagna alla qualificazione dello sciopero come diritto potestativo, il che ne restringe il campo di azione entro una prospettiva esclusivamente contrattuale[1567], oltre a non consentire di coniugare perfettamente piano individuale con quello collettivo a causa della difficoltà di ridurre entro la dimensione individuale l'interesse collettivo[1568]. Ancora, si è osservato che la tesi si imbatte in una vistosa contraddizione, non essendo il lavoratore in grado di valutare l'esistenza in concreto del proprio interesse, come invece avviene per ogni titolare del diritto, non essendo ipotizzabile uno sciopero individuale[1569].

Le osservazioni critiche colgono certamente dei punti deboli della teoria della titolarità individuale.

Potrebbe peraltro osservarsi che se ci si muove in una prospettiva limitata al solo piano del rapporto individuale di lavoro, la configurazione dello sciopero come diritto potestativo appare tutt'altro che inesatta. Essa infatti allude al potere del lavoratore di sospendere unilateralmente l'obbligo di svolgere la prestazione di lavoro, altrimenti normalmente in vigore, senza che il datore di lavoro possa opporre alcunché. Non è rilevante che tale facoltà sia assoggettata - nella costruzione originaria, come anche nel quadro della l. n. 146/1990 - a determinate condizioni, dal momento che queste ultime sono poste su un piano diverso e sfalsato rispetto alla struttura del diritto e ne risultano estranee. Il recesso, per fare un esempio, costituisce un tipico diritto potestativo, anche se, come avviene nel rapporto di lavoro, il suo diritto sia ancorato alla ricorrenza di determinati presupposti.

Se così è non sembra allora che possa condividersi la critica, mossa qualche tempo addietro, e ora, di recente riproposta[1570], secondo la quale la configurazione dello sciopero come diritto potestativo sarebbe strumentale ad una nozione restrittiva di sciopero, limitata al solo profilo contrattuale. Le restrizioni che incontra o in passato ha incontrato lo sciopero sono il frutto o dell'intervento del legislatore, ovvero, di una costruzione dottrinale che pretendeva di estrarre dalla stessa definizione di sciopero i suoi limiti, sovrapponendo il piano dei limiti all'esercizio con quello della struttura formale del diritto. È questo un terreno non accettabile proprio perché segnato dalla confusione di due piani tra loro non sovrapponibili; ma è lo stesso terreno sul quale si muovono anche le osservazioni critiche avanzata da Di Majo e da Pino, che proprio per tale motivo, non appaiono condivisibili.

In realtà, la configurazione dello sciopero come diritto potestativo nulla dice sui suoi limiti, ed è perfettamente compatibile anche con una nozione molto ampia di esso, che abbracci sia lo sciopero per fini contrattuali, sia quello di solidarietà sia quello di imposizione economico politica.

Insomma, definire lo sciopero come un diritto potestativo qualifica semplicemente il particolare rapporto che intercorre tra lavoratore e datore di lavoro, il quale non può non soggiacere alla decisione del lavoratore di astenersi dallo svolgimento della prestazione di lavoro. Ma la formula è neutra in ordine alle limitazioni cui può andare incontro il diritto di sciopero.

---

[1567] Di Majo 1980, 302; Pera 1986, 452; Pino 2005, 138.

[1568] Pinto 1997, 229.

[1569] Secondo la nota critica di Garofalo 1988, 574; ma anche Pera 1986, 449; Del Punta 2007, 411.

[1570] Di Majo e Pino, citati alla nota 19 che precede.

Altri sono, semmai, i punti deboli; anzi, sostanzialmente uno: la difficoltà di riuscire a dare compiutamente conto del profilo collettivo che è insito in ogni azione di sciopero: tanto che, ad esempio, Santoro Passarelli è costretto a recuperare il profilo collettivo distinguendo tra momento dichiarativo e attuativo dello sciopero, che diventa il parametro di riferimento ai fini della tutela costituzionale: è l'insieme delle scelte individuali dei lavoratori a configurare quell'esercizio collettivo al quale la teoria della titolarità individuale ha sempre fatto riferimento nel tentativo di coniugare appunto i due momenti, individuale e collettivo.

Ciò non vuol dire che la tesi del diritto a titolarità individuale, ma ad esercizio collettivo, come è stato anche di recente osservato[1571], implichi anche il riconoscimento della necessaria prevalenza della volontà sindacale su quella individuale. Nulla infatti impedisce che la proclamazione possa configurarsi (solamente) come il momento di emersione dell'interesse collettivo, lasciando poi al singolo decidere se aderire o meno all'astensione, separando anche formalmente le due sfere e lasciando comunque al singolo in concreto la libertà di astenersi dalla esecuzione della prestazione di lavoro o non.

Ma è proprio sul diritto del singolo di astenersi dalla prestazione di lavoro che si sono appuntate le maggiori critiche, sostenendosi che la tesi della titolarità individuale dovrebbe necessariamente accompagnarsi al riconoscimento della possibilità di «un esercizio meramente solitario» del diritto di sciopero da parte del singolo lavoratore[1572]. Ancora, si è evidenziata la latente contraddizione in cui si imbatte la tesi della titolarità individuale, osservando che ogni diritto soggettivo implica una *facultas agendi*, e cioè una possibilità per il suo titolare di valutare in concreto il proprio interesse e di esercitare il proprio diritto[1573]. Ciò però non sarebbe possibile per il diritto di sciopero, stante la difficoltà di conciliare la dimensione collettiva dell'interesse collettivo con quella di diritto soggettivo individuale: il titolare del diritto non può valutare in concreto l'esistenza di tale diritto ed esercitarlo data la inammissibilità di uno sciopero individuale[1574].

Occorre però intendersi sul concetto di sciopero individuale. Se con tale espressione si intende fare riferimento all'ipotesi di un unico lavoratore che faccia però seguito ad una proclamazione da parte delle organizzazioni sindacali, allora non sembra dubbio che tale astensione costituisca a tutti gli effetti uno sciopero.

Se invece si vuole fare riferimento all'ipotesi in cui al singolo lavoratore è inibita la possibilità di proclamare egli stesso uno sciopero, allora è altrettanto indubbio che tale facoltà gli sia preclusa.

Ma la critica non va enfatizzata al di là di quello che è; anzi sembra consigliabile un suo ridimensionamento. Essa infatti sembra il frutto di una visione iperindividualista dello sciopero e di una equiparazione del medesimo ad ogni altro diritto secondo una chiave, forse un po' datata, per la quale se per ogni diritto vale il principio per il quale il suo titolare è anche l'unico arbitro per il suo esercizio, ciò deve valere anche per lo sciopero.

Ma non è sempre e comunque così per ogni diritto e non è sicuramente così per lo sciopero.

Potrebbe ad esempio osservarsi che esistono fattispecie nel nostro ordinamento che si avvicinano

---

1571 Pinto 1997, 229.

1572 Pera 1986, 447.

1573 Garofalo 1988, 574.

1574 Da ultimo Ichino 2003, 150 ss.

al caso del diritto a titolarità individuale, ma ad esercizio collettivo: la revoca del mandato collettivo è certamente un diritto che può essere esercitato da ogni singolo mandante, ma a norma dell'art. 1726 c.c., è priva di effetto ove non sia fatta dalla collettività dei mandanti.

Si dimentica inoltre che lo sciopero è sì un diritto soggettivo, ma di natura affatto peculiare, che non si riduce, se non in una prospettiva esclusivamente limitata al piano del rapporto individuale tra le parti, ad un'astensione decisa dal lavoratore. Lo sciopero è sicuramente questo, ma non è solo questo, dal momento che non è solo un diritto di astenersi dallo svolgimento di una prestazione di lavoro, ma è diritto di astenersi per un interesse di una pluralità di lavoratori ed insieme ad essi. Insomma, la critica sembra in realtà muovere dalle stesse basi da cui pure prende le mosse la teoria criticata[1575].

Più serie sono le critiche sulla difficoltà di conciliare la titolarità individuale con la inconfigurabilità sul piano individuale dell'interesse collettivo[1576]: ed è infatti questo semmai, il vero punto debole della tesi della titolarità individuale del diritto di sciopero, quello cioè di non riuscire a dare compiutamente conto della dimensione collettiva che si accompagna ineliminabilmente allo sciopero e che va invece interamente recuperata sul piano però della costruzione dogmatica del diritto.

## 3. La declinazione della tesi della titolarità collettiva del diritto di sciopero.

È invece proprio per colmare questo iato che, in polemica con la ricostruzione tradizionale, una parte della dottrina ha iniziato, dapprima timidamente, poi con sempre maggiore decisione, a prospettare un'ipotesi ricostruttiva speculare, imperniata, in misura più o meno accentuata, sulla titolarità collettiva del diritto, complice anche, ed in misura forse anche superiore al dovuto, la contingenza rappresentata dalla esplosione del conflitto nel settore dei servizi pubblici, con le connesse esigenze di provvedere ad una sua regolazione.

Facendo astrazione, in questa occasione almeno, delle esigenze di politica del diritto che la tesi della titolarità collettiva intendeva soddisfare almeno nelle sue versioni iniziali[1577] - e limitando i richiami solo ad alcune delle tante ed autorevoli voci che si sono succedute negli anni, la tesi inizia a rafforzarsi dopo l'entrata in vigore della l. n. 146/1990, traendo partito dal ruolo che la legge stessa riconosce alle organizzazioni sindacali ed alla contrattazione collettiva[1578]. Nasce così la formula del diritto di sciopero come diritto a titolarità collettiva, ma ad esercizio individuale, in cui è l'organizzazione sindacale ad esercitare un proprio diritto, mentre al singolo residuerebbe

---

[1575] Come osserva Mengoni 1964, «(…) il diritto di sciopero è il diritto del lavoratore di sospendere la prestazione di lavoro insieme e di concerto con altri lavoratori».

[1576] Rusciano 1988, 409 ss.

[1577] Non era estraneo, infatti, almeno a parere di chi scrive, l'intento di offrire una regolazione surrettizia del conflitto nei servizi pubblici essenziali attraverso la limitazione dei soggetti titolari dello sciopero, dimenticando che nel settore di servizi pubblici ciò che rileva non è il chi, ma il come. Il che non vuol dire, come pure è stato osservato da Zoppoli 2006, 31, in riferimento ad uno scritto di qualche anno fa (Romei 1999, 250) annegare la questione della titolarità in quella della regolamentazione dello sciopero. La prospettiva era infatti esattamente quella contraria, nel tentativo di distinguere i due piani, quello della regolazione e quello della titolarità, che invece, erano, sempre nell'opinione di chi scrive, confusi e sovrapposti nella prime enunciazioni sulla titolarità collettiva, in cui il mutamento del baricentro della titolarità - dal piano individuale a quello collettivo - agiva da surrogato della regolazione per via legislativa.

[1578] Pascucci 1999.

solo la facoltà di attuarlo concretamente[1579].

È una prospettiva questa ripresa di recente da chi costruisce lo sciopero come un diritto che nasce già affievolito non potendo essere azionato singolarmente dal titolare e rimanendo il suo esercizio condizionato all'interesse di altri soggetti titolari ad esercitarlo. Al singolo residuerebbe solo una prerogativa di esercizio individuale: di esprimere cioè la libertà singola di aderire all'astensione collettiva[1580].

È tuttavia solo con la ricostruzione di Antonello Zoppoli che la tesi della titolarità collettiva giunge a maturazione anche dal punto di vista dogmatico, nel quadro di una priorità dell'interesse collettivo sia dal punto di vista funzionale che da quello temporale. Brevemente riassumendo gli esiti di una complessa ed articolata indagine, può dirsi che per Zoppoli lo sciopero non rileva come un diritto esterno all'organizzazione sindacale, che invece ne può promuovere l'azione e dunque ne è titolare, sia sotto il profilo della proclamazione che dell'esercizio: titolarità ed esercizio sono congiunti in un unico soggetto e cioè quello collettivo. La funzionalizzazione dello sciopero ad un interesse collettivo è qui condotta fino alle sue estreme conseguenze: la componente collettiva, o se si vuole la sua dimensione collettiva, pervade il diritto di sciopero sia nella determinazione dell'interesse cui è finalizzato; sia da un punto di vista temporale, sia dal punto di vista dell'attuazione delle astensioni. Ne consegue che se è l'organizzazione sindacale a dare vita e ad essere titolare dell'interesse collettivo e se tale organizzazione può costituire un soggetto giuridico, essa sarà anche titolare del diritto di sciopero in quanto è solo tramite essa e per essa che i singoli comportamenti astensivi dei partecipanti perdono la loro individualità e si unificano, in un unico comportamento cui appunto diamo il nome di sciopero[1581]. Ma in realtà, secondo Zoppoli, non è esatto nemmeno definire sciopero le astensioni individuali dei singoli. A rigore, se dello sciopero è titolare la sola organizzazione sindacale, il nome sciopero non può designare i singoli comportamenti astensivi, ai quali converrà invece la qualificazione di comportamento attuativo del deliberato collettivo[1582].

La conclusione è che il diritto di sciopero si configura come una fattispecie complessa, realizzata da una decisione di scioperare e da una serie di astensioni collettive dal lavoro da parte dei singoli ai quali residua non il diritto di scioperare, ma il diritto di astenersi dalla esecuzione della prestazione di lavoro per finalità di sciopero, diritto quest'ultimo, solo implicitamente garantito dall'art. 40 Cost.

È facile osservare come il punto debole della tesi della titolarità individuale sia rappresentato dalla forte sottovalutazione della dimensione collettiva che essa sottende. Il baricentro è saldamente nelle mani del singolo lavoratore, mentre all'organizzazione sindacale residua unicamente il ruolo di un soggetto che "invita a scioperare", al quale è inibita ogni facoltà regolativa dello stesso, se

---

[1579] Rusciano 2002, 174.

[1580] Pino 2005, 153.

[1581] Il tutto nell'ambito di una sofisticata teoria della soggettività giuridica, che in questa sede non può nemmeno accennarsi, per cui l'organizzazione sindacale è titolare del diritto di sciopero in quanto «termine di riferimento delle fattispecie e dei comportamenti qualificati, che tramite (…) (la sua identità) si collegano». Le parole virgolettate sono di Zatti 1994 401.

[1582] Così Zoppoli 2006, 145, riprendendo le parole di Pera 1986, 450.

non in via indiretta, trattandosi di un diritto che nasce in una sfera, quella individuale, che è appunto preclusa al soggetto collettivo. Ed è proprio quest'ultimo aspetto - ragione non secondaria della sua fortuna[1583] - a subire prepotenti contraccolpi a seguito della attuazione della entrata in vigore della regolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, nella quale invece alle organizzazioni sindacali è assegnato un ruolo preponderante nella stessa definizione di ciò che è sciopero e di ciò che non lo è[1584].

D'altro canto, nella misura in cui la titolarità collettiva non configura solo uno spostamento da un soggetto ad un altro della relazione di appartenenza della situazione giuridica soggettiva da un soggetto ad un altro, essa implica anche una modifica della definizione di sciopero. È questa infatti la conclusione cui giunge l'Autore da ultimo citato: un approdo quasi necessitato quindi, ma che apre nuovi interrogativi.

Se infatti lo sciopero diventa un diritto dell'organizzazione sindacale - tanto che il diritto che fa capo al singolo assume una diversa denominazione[1585] - ci si potrebbe chiedere in base a quale norma sia legittimata l'astensione del singolo. Essa potrebbe essere individuata, ma a prezzo di qualche forzatura del dato letterale, ancora con l'art. 40 Cost., sotto il cui ombrello, sia pur indirettamente, potrebbero farsi rientrare ancora i comportamenti astensivi dei singoli[1586].

Se poi lo sciopero si configura come una fattispecie complessa, componendosi sia della decisione in ordine alla sua proclamazione che delle astensioni dal lavoro dei lavoratori, queste ultime finiscono per assumere un ruolo centrale e da esse non può prescindersi, osserva lo stesso Zoppoli[1587], per l'attuazione del deliberato collettivo. Sembrerebbe potersi concludere che, ancorché in una relazione di strumentalità, l'astensione dei singoli rappresenti nondimeno un comportamento imprescindibile, necessario, se non all'esercizio del diritto, quanto meno ad una riuscita dello stesso. Certo potrebbe osservarsi che formalmente il diritto di sciopero è esercitato con la sola proclamazione da parte dei soggetti che ne sono titolari, i quali sempre formalmente, non hanno necessità della collaborazione dei singoli per la realizzazione del diritto. Ma da un punto di vista sostanziale appare curioso ipotizzare un esercizio del diritto di sciopero che si risolva, nell'ipotesi limite, in una semplice proclamazione dello stesso cui non faccia seguito alcun concreto comportamento da parte dei singoli[1588].

Quest'ultima osservazione autorizza un'ultima chiosa.

La tesi di Antonello Zoppoli, con grande impegno dogmatico, offre un tentativo di soluzione della

---

[1583] La tesi della titolarità individuale si è infatti sempre prestata ad un utilizzo strumentale da parte della dottrina lavoristica che ha spesso utilizzato la nozione di titolarità individuale per soddisfare altri scopi - collegandola ad es. alla tutela del pluralismo sindacale - ; ovvero, per impedire ogni regolazione dello sciopero di matrice collettiva.

[1584] La contrattazione collettiva infatti allorché determina le condizioni e le modalità dell'esercizio dello sciopero nel settore dei servizi pubblici essenziali altro non fa se non concretizzare la portata del precetto legislativo e, al tempo stesso, determinare le condizioni stante le quali un'astensione dal lavoro può dirsi legittima in quanto ciò configura appunto uno sciopero. Sia consentito qui rinviare Romei 1999.

[1585] Il singolo, infatti, precisa Zoppoli 2006, 146, «ha il diritto (non di scioperare) bensì) di astenersi dalla prestazione per finalità di sciopero».

[1586] Così infatti Zoppoli 2006, 148.

[1587] Zoppoli 2006, 146.

[1588] Come dire che, da una prospettiva sostanziale, lo sciopero è un diritto che necessita del comportamento di altri per trovare concreta attuazione; e che il soggetto sindacale, pur essendone titolare, ha la necessità della collaborazione del singolo per la realizzazione dell'interesse collettivo cui tende lo stesso sciopero, nel senso che senza di esso lo sciopero non realizza il suo fine.

disputa che sin da quando è nato il diritto di sciopero, ha opposto i fautori della tesi della titolarità individuale a chi invece si è fatto propugnatore della tesi opposta, della titolarità collettiva.

Ma la soluzione è offerta, per così dire, cambiando il terreno di gioco. Fuor di metafora, si vuole dire che la soluzione proposta implica l'accettazione di una precondizione, rappresentata da un mutamento della definizione di sciopero che viene rappresentato come un diritto completamente slegato da ogni relazione diretta con il rapporto di lavoro per essere dislocato su un piano esclusivamente collettivo, risolvendosi non nell'astensione dalla prestazione di lavoro, ma nella semplice proclamazione dello sciopero. È un mutamento delle condizioni d'uso della definizione di sciopero radicale, e che proprio in questa radicalità rinviene il suo limite forse maggiore. Nel senso cioè che l'apporto che essa fornisce al dibattito sulla titolarità del diritto è in certa misura compromesso, perché essa implica l'accettazione di un piano radicalmente diverso rispetto a quello tradizionale: implica cioè una presa di distanza troppo radicale rispetto ai paradigmi ordinari, compromettendo la stessa possibilità di comunicazione tra l'una e gli altri.

## 4. Alcune precisazione terminologiche.

Con ciò tuttavia non si intende ritornare al punto di partenza, compromettendo i passi in avanti compiuti grazie alla riflessione critica sull'impostazione tradizionale, quella cioè che privilegiava la prospettiva della titolarità individuale e dell'esercizio collettivo; anzi, sono proprio i saggi dai quali queste brevi riflessioni hanno preso il messo, ad offrire spunti che possono essere sfruttati.

Un buon punto di partenza, allora, non per la soluzione del dilemma - che probabilmente è destinato ad accompagnare per molto tempo ancora le riflessioni dei lavoristi, almeno fintantoché non muti radicalmente il quadro regolatorio -, ma per un primo tentativo di impostazione almeno dei problemi, potrebbe esser rappresentato da un attento controllo dei significati del termine titolarità, e di come essi si combinino ed interagiscano con le riflessioni sul diritto di sciopero[1589].

Con il termine titolarità, si designano normalmente (almeno) due vicende diverse: quella dell'esercizio di un diritto - ad es. del proprietario che usa la cosa sulla quale cade il proprio diritto-; e quella della sua disposizione[1590]: volendo rimanere all'esempio fatto, del proprietario che aliena la cosa o concede ad altri un parziale diritto su di essa.

I due aspetti sono concettualmente nettamente distinti o, quanto meno, sono distinguibili con una certa precisione; ma non lo sono sempre, o almeno, non lo sono sempre stati nell'uso che è stato fatto del termine titolarità ove esso sia coniugato con il diritto di sciopero, in cui, probabilmente, è dato assistere ad una sovrapposizione dei due significati del termine titolarità: del che non c'è da stupirsi, dal momento che la storia della sciopero si intreccia profondamente con un'altra questione, che è quella della sua limitazione.

Come si è visto, nelle elaborazioni degli anni '50 la titolarità individuale rispondeva certamente

---

[1589] Un monito per un uso maggiormente sorvegliato e consapevole del linguaggio, in particolare quando ci si confronta sul tema dello sciopero, secondo una prospettiva di metodo che qui si condivide pienamente, lo si deve a Borgogelli 1998.
[1590] Sugli atti di disposizione si veda la voce di Mengoni – Realmente 1964, 188.

ad esigenze di natura più generale - la qualificazione del diritto nel quadro del sistema dei diritti/doveri scaturenti dal rapporto individuale di lavoro -, ma anche, ed ovviamente, ad intenti limitativi, finalizzati a circoscrivere l'ambito di utilizzo del diritto al solo piano del rapporto individuale, secondo la tesi della cd. concezione negoziale dello sciopero.

Non che in quegli anni un problema di limitazione del diritto non fosse presente in dottrina, ma esso era risolto per via implicita, attraverso cioè l'adozione di una particolare definizione del diritto, fortemente connotata e quindi tale da diminuire la comprensività del termine[1591].

Come è noto, le elaborazioni degli anni successivi, in particolare dei due decenni successivi, determinarono un ampliamento del diritto, senza che però ne venisse toccata la teoria della titolarità individuale dello stesso[1592]. L'originaria limitazione al solo piano degli interessi professionali fu superata attraverso la qualificazione dello sciopero come un fatto, o meglio, come un comportamento d'attuazione[1593], non più legato dunque alla realizzazione dei soli interessi che era nella facoltà del datore di lavoro soddisfare[1594]. E la notissima sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 1980, tanto conosciuta da non meritare nemmeno che ad essa si dedichi una nota a piè di pagina, fornì, proprio alla fine degli anni '70, il crisma necessario ad una nozione del diritto di sciopero che, per ironia, se non fu mai più così ampia, era però, appena nata, già sopravanzata dagli avvenimenti, incalzata come era dalla riproposizione, ma in forme affatto inedite, di una limitazione dello sciopero in funzione della tutela di interessi di soggetti estranei al conflitto e cioè l'interesse degli utenti.

Ma quest'operazione, che era un'operazione di politica del diritto, fu compiuta[1595] utilizzando la categoria dogmatica della titolarità. Il risultato fu condensato nella formula del diritto di sciopero a titolarità collettiva, ma ad esercizio individuale.

Alle origini essa esprimeva probabilmente un'opzione di politica del diritto, una lancia spezzata a favore di un ruolo più marcato delle organizzazioni sindacali nel tracciare dei limiti ad un conflitto che nel settore dei servizi pubblici evolveva verso forme di insopportabile corporativismo[1596]. Ma occorre guardarsi dalla magia delle parole: la formula non crea soverchi problemi se la si mantiene su di un piano descrittivo, e soprattutto, se si è consapevoli che essa nasconde un equivoco, o meglio, cela un mutamento di significato del termine "titolarità" che viene inteso nel secondo dei sensi cui si è fatto riferimento, nel senso cioè di individuazione del soggetto che può disporre del diritto e dunque ne può anche dettare limiti al suo esercizio. Solo così, solo cioè attribuendo al

---

[1591] È la nota tesi dello sciopero come astensione continuativa, cui partecipano contemporaneamente i lavoratori interessati per la tutela di un interesse di natura professionale, che è cioè nella disponibilità del datore di lavoro soddisfare.

[1592] Secondo un percorso che è ben sintetizzato da Gaeta 1990, 419 ss. E che ora appare condiviso anche da Del Punta 2007, 407 ss.

[1593] Mengoni 1964, 39-40.

[1594] In realtà, come si è visto prima, non vi è affatto una relazione né univoca né necessaria tra concezione cd. negoziale dello sciopero e qualificazione di quest'ultimo come diritto potestativo.

[1595] Per una molteplicità di ragioni, che non possono essere qui compiutamente indagate, e, che, per il vero, interessano anche fino ad un certo punto.

[1596] Si veda in questo senso Rusciano 1988, 389 ss.

termine titolarità questo secondo significato può accettarsi quelle che per il diritto non è accettabile, o non lo è sempre e comunque[1597], e cioè che un soggetto, cioè l'organizzazione sindacale, possa essere titolare di un diritto che viene però esercitato da un altro soggetto e cioè il lavoratore.

In altri termini, se nella definizione tradizionale, il termine titolarità è inteso come sinonimo di potestà di esercizio[1598] nel suo opposto, il medesimo termine è inteso come sinonimo di facoltà di disposizione, e nel senso di (individuazione del soggetto che abbia la) facoltà di poter disporre e dunque anche limitare e regolare l'esercizio del diritto.

Se invece si vuole dare a questa formula anche una sua pregnanza dal punto di vista del diritto, sembra difficile non giungere alle stesse conclusioni cui è giunto A. Zoppoli: il titolare di un diritto è anche colui che può esercitarlo: e dunque lo sciopero è un diritto non del singolo, ma del soggetto collettivo.

Anche a proposito del termine sciopero sembrerebbe possibile potersi predicare uno sdoppiamento di significato.

Lo sciopero a volte viene inteso come un diritto del singolo, e cioè come il diritto che ha ogni lavoratore subordinato[1599] di astenersi dalla esecuzione della prestazione di lavoro senza incorrere nelle conseguenze che altrimenti ne deriverebbero per il diritto dei contratti; altre volte viene, forse un po' sbrigativamente, riferito a soggetti collettivi senza che però muti il quadro concettuale che fa dello sciopero un diritto a titolarità individuale[1600].

Altre volte ancora, il termine è utilizzato in un contesto concettuale del tutto speculare: allorché, cioè, nel quadro di una critica all'opinione tradizionale, si osserva che la tesi del diritto di sciopero come diritto a titolarità individuale rivela una sua intrinseca fragilità dal momento che non può essere individuale un diritto che il singolo non può esercitare individualmente, non essendo abilitato «a porre in essere il corrispondente comportamento materiale»[1601].

Insomma, ed analogamente a quanto si è osservato a proposito del termine "titolarità", anche nei confronti del termine "sciopero" sembra possano isolarsi diversi significati, ed in particolare, almeno due. Il primo con riferimento al rapporto individuale di lavoro ed incentrato sul singolo

---

[1597] Normalmente infatti la titolarità di un diritto si accompagna con l'esercizio dello stesso: le due vicende dunque coincidono, ed il titolare del diritto è anche colui il quale ne può disporre. Non si tratta di una legge inderogabile: a volte infatti i due profili possono non sovrapporsi interamente: basi pensare al caso di colui che agisce in nome e per contro di un altro soggetto e dunque può utilizzare il diritto del rappresentato; o al caso della sostituzione processuale; o ancora al caso dell'incapace. Ma si tratta sempre di ipotesi, se non eccezionali, che rinvengono il loro fondamento in una norma di legge che consente o impone addirittura tale scissione, ovvero nella volontà del titolare stesso. Ma nel caso dello sciopero, non esiste alcuna norma di legge dalla quale possa desumersi la scissione tra titolarità ed esercizio. Per condivisibili osservazioni critiche sul concetto di titolarità si rinvia alla omonima voce di Zatti 1994, 398.

[1598] È il singolo lavoratore che infatti può esercitare o meno il diritto di sciopero, inteso come diritto di non svolgere la prestazione di lavoro.

[1599] E dovrebbe dirsi, stando alla giurisprudenza delle Corte Costituzionale, non solo subordinato.

[1600] Per tutti, ad es. Garofalo 1988, 580, il quale nel quadro di un discorso tutto finalizzato a difendere la perdurante validità della costruzione dello sciopero come diritto a titolarità individuale, ed anzi proprio per questo, critica l'«attribuzione al sindacalismo ufficiale del monopolio dell'uso legittimo dello sciopero».

[1601] Così, testualmente Del Punta 2007, p. 411, riprendendo sul punto alcune critiche mosse già da Pera 1986, 449 ss; e da Zangari 1976, 52.; e (sembra) anche da Rusciano 1988, 410.

lavoratore[1602]; il secondo, con riferimento ad una collettività di persone che, appunto, "scioperano"[1603].

E l'impressione è che nel linguaggio comune, i due significati non siano sempre tenuti distinti, con la conseguenza che di essi se ne fa un uso promiscuo, che si riflette però anche in una sovrapposizione concettuale. Quando infatti si dice che un lavoratore "sciopera" si dice che questi si astiene dallo svolgimento della prestazione di lavoro in virtù di un proprio *diritto* riconosciutogli dall'ordinamento, e la parola "sciopero" viene utilizzata come sinonimo di diritto di sciopero. Per contro, ove si affermi che la certa organizzazione sindacale ha proclamato uno sciopero si fa riferimento al *fatto* dell'astensione collettiva auspicata dalle organizzazioni proclamanti le quali invitano una collettività di lavoratori ad astenersi.

Ora, tenendo presente questa distinzione può tornarsi ad esaminare la proposizione linguistica attraverso la quale si esprime la critica tradizionale alla tesi della titolarità individuale del diritto di sciopero.

Come già si è messo in luce in più di un'occasione nel corso di questo breve scritto, la critica tradizionale è quella secondo la quale se il diritto di sciopero, inteso come diritto del singolo, è, come ogni altro diritto, *facultas agendi*, allora occorre prendere atto che il titolare non può valutare in concreto il proprio interesse[1604], ovvero, non può porre in essere «il corrispondente comportamento materiale»[1605], insomma, per dirla con le parole di un illustre lavorista, di recente scomparso, non può proclamare ed attuare in via solitaria uno sciopero[1606].

Occorre però intendersi in quale significato si utilizzi il termine sciopero.

Come è noto, in uno dei suoi possibili significati, il termine indica un'astensione dal lavoro per la tutela di un interesse collettivo. Anzi, questo può dirsi uno dei significati che si attribuiscono al termine sciopero sui quali maggiormente si realizza la convergenza degli interpreti: come è stato di recente osservato, una delle poche cose certe in materia è che lo sciopero sia finalizzato alla realizzazione di un interesse collettivo[1607]. Ed è precisamente in questo senso che lo si utilizzerà nel ragionamento che segue.

Ora, l'astensione dal lavoro costituisce un fatto che in sé e per sé considerato, è suscettibile di essere variamente qualificato: per quanto qui interessa, o come inadempimento; ovvero, in presenza di certe condizioni, come esercizio di un diritto[1608], come avviene ad es. nel caso della malattia, ma come avviene anche nel caso dello sciopero.

---

[1602] In questo senso si parla di diritto individuale di sciopero e l'uso corrisponde ad espressioni del tipo «il lavoratore sciopera o decide di scioperare», e si fa riferimento al diritto del singolo di astenersi o non dalla prestazione di lavoro.

[1603] È a questo secondo senso che fanno riferimento espressioni come «i lavoratori sono in sciopero» o, «la tal organizzazione sindacale ha proclamato uno sciopero», in questo senso si vuole dire che una pluralità di lavoratori si sono astenuti, o sono stati invitati a farlo.

[1604] Sono queste, quasi testualmente, le incisive parole di Garofalo 1988, 574.

[1605] Del Punta 2007, 411.

[1606] Pera 1986, 449.

[1607] Zoppoli 2006, 39.

[1608] Si pensi all'astensione del lavoratore dovuta ad una malattia: affinché possa escludersi che l'assenza dal lavoro configuri un inadempimento, è necessario non solo che sussista un episodio morboso che impedisca o renda pregiudizievole per la salute del lavoratore lo svolgimento di una prestazione di lavoro, ma è anche necessario che siano soddisfatte determinate altre condizioni, come ad

E sono esattamente queste condizioni che vanno precisate: occorre cioè chiedersi non quale sia la classe di comportamenti sussumibile sotto il termine sciopero, ma in presenza di quali condizioni possa dirsi che l'astensione dal lavoro di un certo lavoratore non costituisce inadempimento, ma, addirittura esercizio di un diritto e precisamente di quel diritto cui fa riferimento l'art. 40 Cost.; ed in che relazione stiano tali condizioni con l'esercizio del diritto.

"Avere" un diritto, o, con linguaggio più sorvegliato, "essere titolare di un diritto", vuol dire in sostanza che esiste una norma che conferisce ad un certo comportamento la patente di liceità. Più precisamente, vuol dire che in forza di una certa prescrizione giuridica (in questo caso, l'art. 40 Cost.) ed al verificarsi di una certa fattispecie, un soggetto (e cioè il titolare del diritto), è autorizzato a comportarsi «nel modo riassunto dal "nome" del diritto»[1609].

"Proprietario" - per fare un esempio - è solo colui il quale, sulla base del verificarsi di una certa fattispecie (il perfezionarsi di uno dei titoli acquisitivi della proprietà previsti da un certo ordinamento), potrà esercitare tutti quei comportamenti che quel determinato ordinamento (nell'ordinamento italiano, l'art. 832 c.c.) riconnette al diritto di proprietà.

Sembra evidente, in questo schema, che il perfezionamento di quella certa fattispecie il cui verificarsi dà titolo al proprietario di tenere tutti i comportamenti che sono ricompresi in quel nome, e che potremmo definire come fattispecie stipite, sia elemento estraneo al diritto che da essa deriva. Nel caso del diritto di proprietà - che, per la sua semplicità, si assume a paradigma - l'acquisto della cosa, o la sua invenzione, o il verificarsi di una commistione, rappresentano i modi (o titoli) di acquisto di un bene al cui verificarsi l'ordinamento (per il combinato disposto degli artt. 922 e 832 c.c.) legittima un soggetto a tenere tutti quei comportamenti che il termine "proprietario" o "titolare del diritto di proprietà" riassumono. In questo contesto, il termine "titolarità"[1610] indica l'esistenza di un collegamento giuridicamente rilevante tra un certo fatto (avere acquistato una cosa) ed un certo comportamento (poter disporre della stessa "in modo pieno ed esclusivo").

Trasponendo ora questi concetti sul terreno dello sciopero, analogamente, si avrà che al verificarsi di una certa fattispecie, l'ordinamento, per il tramite dell'art. 40 Cost., abiliterà un soggetto, e cioè un lavoratore, a tenere quel comportamento che è riassunto nel termine sciopero, e cioè ad astenersi dallo svolgimento della prestazione di lavoro senza per ciò incorrere nelle sanzioni normalmente previste per l'inadempimento. Anche nel caso dello sciopero, il comportamento che è riassunto da questo termine, e cioè l'astensione dal lavoro, va tenuto distinto dalla fattispecie che ne rappresenta il presupposto, e cioè dal fatto stipite. Se per sciopero si intende, come è nelle premesse di questo ragionamento, l'astensione del singolo prestatore dalle effettuazione della propria prestazione di lavoro funzionale ad un interesse collettivo, dovrà poi anche riconoscersi, ed è osservazione piuttosto diffusa, che è solo la presenza dell'interesse collettivo a determinare gli effetti propri dello sciopero, e cioè - secondo il significato che si è deciso di accogliere

---

es. l'osservanza della prescrizioni che la legge o la contrattazione collettiva impongono (ad es. la comunicazione dello stato di assenza, la sua documentazione attraverso l'invio di un certificato medico, ecc.)

[1609] Così, Zatti 1994, 400.

[1610] Ed altri consimili, come ad es. "titolare".

- l'esenzione dal diritto comune, tale per cui la mancata prestazione di lavoro non viene considerata alla stregua di un adempimento, ma come esercizio di un diritto[1611].

Ma la determinazione di che cosa sia l'interesse collettivo non è, né è mai stata, nella disponibilità del singolo. Quale che sia la definizione di interesse collettivo che si ritenga di accogliere[1612], tutte concordano su un punto, e cioè che l'interesse collettivo è posto su di un piano di netta alterità rispetto al piano in cui si muove il singolo soggetto ed in cui si muovono gli interessi che ad esso fanno capo.

La determinazione dell'interesse collettivo compete alle organizzazioni sindacali, o comunque, siano esse strutturate come associazioni siano esse delle mere coalizioni occasionali; mentre al singolo lavoratore compete esclusivamente la decisione se astenersi o meno dall'effettuare la propria prestazione di lavoro.

In questo contesto, può chiarirsi anche il significato che viene assegnato al termine "titolarità": se esso infatti designa l'esistenza di un collegamento giuridicamente rilevante tra un certo fatto ed un certo comportamento, dovrà dirsi che quel certo fatto è rappresentato non, come spesso si ritiene, dall'essere parte di un rapporto di lavoro subordinato, e cioè dall'essere lavoratore subordinato, ma dalla presenza di un interesse collettivo per la cui tutela un soggetto collettivo chiama i singoli ad astenersi dallo svolgimento della propria prestazione di lavoro, e cioè a scioperare.

Affermare che il singolo non può scioperare da solo, nel senso che non può indire da solo uno sciopero, e che dunque per tal motivo non ne è il titolare, è dunque un'affermazione ellittica che nasconde però anche una ellissi dal punto di vista concettuale, o meglio una sovrapposizione tra due diversi significati del termine sciopero. L'uno - ed è lo sciopero diritto - che allude alla astensione del singolo lavoratore, l'altro - ed è lo sciopero fatto - che allude al fatto della astensione di una pluralità di lavoratori per la tutela di un interesse collettivo. Il singolo *ha* la disponibilità del comportamento materiale designato dal nome *sciopero*, se con ciò si intende il diritto a certe condizioni di astenersi dallo svolgimento della propria prestazione per la tutela di un interesse collettivo. Ma il singolo *non ha* anche la facoltà di determinare o individuare l'interesse collettivo. Ancora, l'interesse del singolo lavoratore[1613] è quello di valutare se astenersi o meno dalla prestazione cui è tenuto, ma l'interesse collettivo alla cui tutela questa astensione è strumentale, non è un interesse del singolo, ma della collettività[1614].

Una volta posta la netta distinzione tra piano individuale e piano collettivo, sembra a questo punto possibile affermare che il singolo è titolare del diritto di sciopero, nel senso che egli potrà valutare di volta in volta se è proprio interesse aderire alla proclamazione effettuata dal soggetto collettivo astenendosi dalla propria prestazione di lavoro. Inteso in questo significato, sembra difficile negare che il diritto di sciopero inteso come diritto di astenersi dalla prestazione di lavoro, sia un diritto a titolarità individuale.

---

[1611] Così ad es. Ghezzi 1968, 27, ma come si diceva nel testo, si tratta di una notazione pressoché unanimemente condivisa.

[1612] Si rinvia sul punto alla recente disamina critica compiuta proprio da Zoppoli 2006, spec. cap II.

[1613] Il riferimento è qui a Garofalo 1988, 574 il quale per rappresentare il paradosso della tesi della titolarità individuale del diritto afferma che se «il diritto soggettivo è *facultas agendi,* possibilità per il titolare di valutare l'esistenza in concreto del proprio interesse, e, in caso, positivo, perseguirlo», e ciò non è possibile per lo sciopero.

[1614] Si veda la ricostruzione di Ghera, 1970, 341 ss.

Correlativamente, sembra possibile affermare che se la determinazione dell'interesse collettivo spetta al soggetto sindacale, sarà questo e solo questo a potere proclamare uno sciopero, e sotto questo aspetto, ed a queste condizioni potrà anche dirsi che ne è il titolare, a patto però che sia chiaro che il termine "sciopero" è assunto in un significato diverso da quello precedente.

La proclamazione dello sciopero, che nell'ambito dei servizi pubblici rappresenta una condizione di legittimità delle astensioni individuali, rappresenta al tempo stesso l'indice della esistenza dell'interesse collettivo che si identifica con le ragioni del singolo sciopero proclamato. Questo non vuol dire che la proclamazione sia una condizione necessaria sempre e comunque, come invece avviene nel settore dei servizi pubblici essenziali. Infatti, nel caso del cd. sciopero spontaneo, o meglio di una astensione di una pluralità di lavoratori che si realizza senza essere formalmente preceduta da una proclamazione, la individuazione dell'interesse collettivo si desume dal fatto stesso che ad astenersi sia una collettività di lavoratori per un'unica motivazione. La titolarità dell'interesse collettivo infatti non è appannaggio esclusivo delle sole associazioni sindacali, ma anche delle coalizioni occasionali.

Si osserverà che in tal maniera si ritorna al passato, e cioè alla tesi che in definitiva era già di Santoro Passarelli, obliterando tutto il dibattito degli ultimi anni, ed in particolare svalutando il guadagno che può provenire proprio dagli ultimi studi, dai quali questo scritto ha preso le mosse, ed in particolare da quello di Antonello Zoppoli.

Ma non è così, o almeno, è questa l'opinione di chi scrive.

Il vizio di fondo della tesi della titolarità individuale è quello di avere fatto dello sciopero, per dirla con le belle parole di Umberto Romagnoli, un diritto inalterabile, intoccabile ed indisponibile[1615]: e cioè un diritto tutto risolto nella sfera individuale del lavoratore, trascurando completamente che quello che spetta al lavoratore è decidere se astenersi o meno dallo svolgimento della prestazione di lavoro, non anche determinare le condizioni stante le quali tale astensione è legittima. Le evoluzioni subite dal quadro normative e teorico negli ultimi decenni, invitano invece a recuperare interamente sul piano dogmatico la priorità dell'interesse collettivo[1616] enfatizzandone il collegamento con il comportamento astensivo del singolo, e recuperando tale collegamento sul piano dogmatico, senza che però ciò si traduca necessariamente in un mutamento della stessa definizione del diritto.

È evidente che un simile compito non possa essere assolto in questa sede, è sufficiente qui avere posto l'accento su di esso, nella convinzione, ovviamente condivisa da chi scrive, che esso sia di non secondaria importanza. Basti pensare, a questo proposito, ad un tema classico del diritto

---

[1615] Romagnoli 1988, 582. La tesi della titolarità individuale muove dal presupposto che il singolo titolare di un diritto, e di qualunque diritto, sia anche libero nel suo esercizio: nel se, nel come ne nel quando. In questa prospettiva la titolarità è sempre stata intesa non solo come individuazione del soggetto in capo al quale incardinare una determinata situazione soggettiva, ma anche come individuazione del soggetto su cui incardinare la disponibilità del diritto stesso anche sotto forma del suo esercizio. Ma questo è vero, come si è cercato di dimostrare, solo per la scelta di astenersi o meno dalla prestazione di lavoro, e cioè per la scelta se scioperare o meno. Tutto quello che è a monte, e cioè la individuazione dell'interesse collettivo, e la sia determinazione sono estranei alla sfera individuale.

[1616] Secondo le parole di Zoppoli 2006, 39 ss., e 43 ss.

sindacale, quello delle clausole di tregua[1617] e della loro efficacia[1618] e che è stato sempre influenzato dalla tesi della titolarità individuale del diritto di sciopero.

Per contro, nella prospettiva accolta, se al singolo lavoratore spetterebbe sempre la decisione sul se partecipare allo sciopero o meno, il collegamento di quest'ultimo con l'interesse collettivo incardinerebbe, però, in capo alla associazione sindacale la decisione sul se e quando dar corso, appunto, allo sciopero. Del resto, se le organizzazioni sindacali che hanno stipulato il contratto collettivo sono riconosciute come portatrici dell'interesse collettivo cristallizzato appunto nella determinazione delle condizioni di scambio tra lavoro e retribuzione, ad esse potrebbe ben essere riconosciuta anche la potestà di determinare l'interesse collettivo individuando le condizioni e le modalità di esercizio dello sciopero. Al singolo lavoratore spetterebbe sempre la decisione sul se partecipare allo sciopero o meno, ma il collegamento di quest'ultimo con l'interesse collettivo incardinerebbe in capo alla associazione sindacale la decisione sul se e quando dar corso allo sciopero.

Non pare che un ostacolo possa rinvenirsi nella natura normativa di siffatte, che paiono invece strutturalmente inidonee, in quanto espressive dell'interesse collettivo, a farsi contenuto del contratto individuale. Semmai un ostacolo potrebbe rinvenirsi nella riserva di legge, ancorché relativa, contenuta nell'art. 40 Cost.; anche se potrebbe osservarsi che le clausole di tregua non incidono sul diritto di sciopero inteso, come si è detto, come facoltà del singolo di astenersi o non dallo svolgimento di una prestazione di lavoro, e cioè come diritto ad aderire ad una azione di sciopero già proclamata da altri e cioè da chi detiene e interpreta l'interesse collettivo.

Certo, vi sarebbe sempre la necessità, tra i molti altri aspetti problematici, ed è difficoltà di non poco momento, di individuare dei criteri per la selezione dei soggetti sindacali; ma si aprono qui scenari completamente diversi che esulano dagli obiettivi di questo scritto.

## 5. Riferimenti bibliografici

BELLOCCHI P. (1994), *La titolarità del diritto di sciopero negli studi recenti*, LD, p. 163 ss.;

BORGOGELLI F. (1998), *Sciopero e modelli giuridici*, Giappichelli, Torino;

CALAMANDREI P. (1952), *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, RGL, I, p. 221 ss.;

DEL PUNTA R. (2007), *Lo sciopero*, in Carinci F. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di Diritto privato*, diretto da Bessone M., vol. XXIV, t. I, p. 393 ss.;

DI MAJO A. (1980), *Tutela civile e diritto di sciopero*, RGL, I, p. 293 ss.;

GAETA L. (1990), *Lo sciopero come diritto*, in D'Antona M. (1990), *Letture di diritto sindacale*, Esi, Napoli;

GAROFALO M.G. (1988), *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, DLRI, p. 573 ss.;

GHERA E. (1970), *Considerazioni sulla giurisprudenza in tema di sciopero,* in *Indagine sul sindacato*, Giuffré, Milano, p. 279 ss.;

[1617] Da tenere ovviamente distinte dalle clausole che prevedono delle procedure di raffreddamento di cui all'art. 2 della l. n. 146/1990.
[1618] Sia dal punto di vista della loro efficacia limitativa del diritto dei singoli di astenersi, sia dal punto di vista della loro vincolatività oltre la cerchia degli iscritti. Sul punto si veda da ultimo Santoni 2004, 319 ss.

GHEZZI G. (1968), *Diritto di sciopero ed attività creatrice dei suoi interpreti*, RTDPC, p. 24 ss.;

MENGONI L. (1949), *Limiti giuridici al diritto di sciopero,* RDL, I, p. 246 ss.;

MENGONI L. (1961), *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano*, in AA.VV., *Sciopero e serrata nei paesi della CECA*, Giuffré, Milano, p. 247 ss.;

MENGONI L. (1964), *Lo sciopero nel diritto civile*, in *Il diritto di sciopero. Atti del I Congresso di studi di diritto e procedura penali*, Giuffré, Milano, p. 27 ss.;

MENGONI L. – REALMONTE R. (1964), *Disposizione (atto di),* Enc. Dir., vol. XIII, p. 192;

MORTATI C. (1954), *Il lavoro nella Costituzione*, DL, I, p. 149 ss.;

PERA G. (1986), *Il diritto di sciopero*, RIDL, I, p. 426 ss.;

PINO G. (2005), *Conflitto e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino;

ROMAGNOLI U. (1988), *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, DLRI, p. 581 ss.;

RUSCIANO M. (1988), *Lo sciopero nei servizi essenziali*, DLRI, p. 389 ss.;

RUSCIANO M (2002), *L'iter formativo della legge 83 del 2000,* DLRI, p. 151 ss.;

SANTONI F. (2004), *Rappresentatività sindacale e conflitto nei servizi pubblici essenziali*, RIDL, I, p. 319 ss.;

SANTORO PASSARELLI F. (1949), *Autonomia collettiva, giurisdizione e diritto di sciopero*, ora in *Idem* (1961), *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, p. 177 ss.;

SUPPIEJ G. (1965), *Diritto di sciopero e potestà di sciopero nel sistema della Costituzione*, RDL, p. 3 ss.;

ZANGARI G. (1976), *Il diritto di sciopero,* Milano, Giuffrè;

ZATTI (1994), *Titolarità,* in Belvedere, Guastini, Zatti, Zeno Zencovich, *Glossario*, in Iudica –Zatti (cura di), *Trattato di diritto privato,* Giuffrè Milano, p. 397 ss.;

ZOPPOLI A. (2006), *La titolarità sindacale del diritto di sciopero,* Jovene, Napoli.