

CARLO SMURAGLIA

Scritti, discorsi e atti istituzionali

VOLUME II

**LA COSTITUZIONE
E IL SISTEMA DEL DIRITTO DEL LAVORO
LINEAMENTI DI UNA TEORIA GENERALE**



Milano University Press

Carlo Smuraglia

SCRITTI, DISCORSI
E ATTI ISTITUZIONALI

VOLUME II

**LA COSTITUZIONE E IL SISTEMA
DEL DIRITTO DEL LAVORO**

Lineamenti di una teoria generale

a cura di Olivia Bonardi



Milano University Press

La Costituzione e il sistema di diritto del lavoro / Carlo Smuraglia, edizione a cura di Olivia Bonardi - Milano: Milano University Press, 2024.

ISBN 979-12-5510-143-7 (print)

ISBN 979-12-5510-147-5 (PDF)

ISBN 979-12-5510-149-9 (EPUB)

DOI 10.54103/milanoup.171

Il presente volume e tutti quelli che compongono l'opera: Scritti, discorsi e atti istituzionali di Carlo Smuraglia, validati dal Comitato editoriale e pubblicati da Milano University Press, sono conformi al codice etico e alle misure antiplagio espressi nelle Linee Guida per pubblicare su MilanoUP.

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY-SA, il cui testo integrale è disponibile all'URL:
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.it>



 Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:
<https://libri.unimi.it/index.php/milanoup>

© The Author(s), 2024

© Milano University Press per la presente edizione

Pubblicato da:

Milano University Press

Via Festa del Perdono 7 – 20122 Milano

Sito web: <https://milanoup.unimi.it>

e-mail: redazione.milanoup@unimi.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da Ledizioni (<https://www.ledizioni.it/>)

Gli eredi, titolari dei diritti d'Autore, hanno autorizzato la curatrice Olivia Bonardi a ripubblicare le opere e gli scritti di Carlo Smuraglia con Milano University Press e a diffonderle in open access con licenza CC-BY-SA.

Salvo qualche limitato aggiustamento di editing, il presente volume riproduce fedelmente il testo del volume *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro* edito nel 1958 da Feltrinelli, non più titolare dei diritti d'autore.

Carlo Smuraglia

SCRITTI, DISCORSI E ATTI ISTITUZIONALI

Piano dell'opera

VOLUME I

Carlo Smuraglia. La vita e le opere

VOLUME II

La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro

VOLUME III

Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro

VOLUME IV

La persona del prestatore nel rapporto di lavoro

VOLUME V

La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale

VOLUME VI

Il diritto penale del lavoro

VOLUME VII

Il lavoro nella Costituzione e nello Statuto dei lavoratori

VOLUME VIII

I diritti fondamentali della persona che lavora

VOLUME IX

Tutela della salute e sicurezza sul lavoro

VOLUME X

La rappresentanza sindacale e il diritto di sciopero

VOLUME XI

Le sanzioni nel diritto del lavoro

VOLUME XII

Il funzionamento delle istituzioni e l'attuazione della Costituzione

VOLUME XIII

La difesa della Costituzione e della democrazia

VOLUME XIV

Il principio di legalità e la lotta alla mafia

VOLUME XV

La Resistenza

**SCRITTI, DISCORSI E ATTI
ISTITUZIONALI
DI CARLO SMURAGLIA**

Comitato Scientifico

Olivia Bonardi - Università degli Studi di Milano

Francesco Campobello - Università di Torino

Fernando Dalla Chiesa - Università degli Studi di Milano

Davide Galliani - Università degli Studi di Milano

Comitato Editoriale

Maria Leotta, Sonia Nava, Enrica Smuraglia, Ettore Zanoni

Sommario

Presentazione	11
Introduzione	13

PARTE PRIMA

Capitolo I	
Oggetto e natura del diritto del lavoro	21
1. Il diritto del lavoro, il “diritto sindacale” e il “diritto delle assicurazioni sociali”	21
2. Diritto del lavoro e pubblico impiego	24
3. La posizione del diritto del lavoro nel sistema generale del diritto	26

PARTE SECONDA

Capitolo II	
La Costituzione italiana – Caratteristiche generali	33
1. Orientamenti sociali delle moderne Costituzioni	33
2. La natura convenzionale della Costituzione italiana	37
Capitolo III	
Il lavoro nella Costituzione	41
1. Presupposti costituzionali del nuovo ordinamento del lavoro	41
2. La rilevanza costituzionale del lavoro	44
3. Le garanzie del lavoro, in generale	46
4. Le garanzie del lavoro in particolare	47
Capitolo IV	
Riflessi generali del sistema costituzionale sul diritto del lavoro italiano	67
1. Il problema dell’efficacia giuridica delle disposizioni costituzionali di principio	67
2. Punti essenziali di incidenza del sistema costituzionale sul diritto del lavoro vigente	75

PARTE TERZA

Capitolo V

Il rapporto individuale del lavoro	79
1. La natura giuridica del rapporto di lavoro: individuazione della fonte del rapporto	79
2. La posizione dei soggetti del rapporto di lavoro	92
3. Il recesso ad nutum ed i suoi limiti	105

Capitolo VI

I rapporti collettivi: a) l'organizzazione sindacale	117
1. La libertà sindacale	117
2. Le organizzazioni sindacali	128
3. La rappresentanza unitaria	135
4. La «rappresentatività» delle associazioni sindacali	136
5. I contratti collettivi	143
6. La tutela sindacale all'interno dell'azienda	148

Capitolo VII

I rapporti collettivi: b) l'azione sindacale diretta	157
1. Il diritto di sciopero	157
2. La titolarità del potere di proclamazione	162
3. Limiti oggettivi al diritto di sciopero	164
4. Limiti soggettivi al diritto di sciopero	170
5. Limiti attinenti all'esercizio del diritto di sciopero	173
6. La “non collaborazione”	176
7. La serrata	180

Presentazione

Con la sua prima monografia, La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro, Carlo Smuraglia affronta ad ampio raggio i principali temi del diritto del lavoro, offrendo una rilettura costituzionalmente orientata delle norme codicistiche e di stampo corporativo che avevano sino ad allora caratterizzato la materia. Gli argomenti in essa trattati verranno quindi ripresi e sviluppati nei lavori successivi. In particolare, il tema della rilevanza della persona nell'assetto costituzionale e nel sistema del diritto del lavoro ritorna in tutta la sua portata nella monografia del 1967, ma sarà anche oggetto di ulteriori approfondimenti nei saggi dedicati ai limiti ai poteri imprenditoriali, tra cui segnaliamo le pubblicazioni, che compariranno nei prossimi volumi, relative all'inderogabilità e indisponibilità dei diritti del lavoratore, quelle volte alla limitazione dei poteri imprenditoriali scritti in vista dell'adozione e in seguito a commento dello Statuto dei diritti dei lavoratori e quelli successivi, relativi alla tutela delle nuove forme di lavoro atipico. A questi temi è altresì dedicato il contributo di Alessandro Bellavista, già pubblicato nel volume I.

Il tema della parità di trattamento, affrontato nella prima monografia del 1958 sotto il profilo dell'eguaglianza tra i sessi, verrà ripreso nella monografia del 1967 su La persona del prestatore di lavoro, ma non sarà oggetto di ulteriori pubblicazioni scientifiche approfondite. Nondimeno nel corso della sua attività parlamentare Carlo Smuraglia svolgerà una fondamentale battaglia politica per l'eguaglianza, con la presentazione dei disegni di legge sulle molestie sessuali nei luoghi di lavoro e con l'Indagine conoscitiva sull'attuazione della legge 125/91, che saranno anch'essi pubblicati nei prossimi volumi. Per una lettura esaustiva del lavoro di Carlo Smuraglia su questi aspetti si v. anche il contributo di Marzia Barbera nel volume I.

Analogamente, i temi della libertà sindacale, della rappresentanza e del diritto di sciopero, approfonditi nell'ultima parte della monografia del 1958, costituiranno oggetto, oltre che di una serie di pubblicazioni e di interventi a convegno, anche di proposte di iniziativa legislativa. Nei prossimi volumi saranno raccolti diversi scritti successivi e diversi interventi a convegno e atti istituzionali, relativi ai temi dell'autonomia e autotutela collettiva e ai numerosi tentativi di attuazione di una legge in materia sindacale che hanno costellato il dibattito giuslavoristico, senza mai giungere, come pure il Maestro avrebbe auspicato, ad una legge volta a garantire e tutelare la presenza nei luoghi di lavoro di una rappresentanza eletta da tutti i lavoratori, intesa quale risorsa democratica di partecipazione dei cittadini-lavoratori. Per un'analisi approfondita del pensiero di Carlo su questi temi rinviamo al saggio di Piera Campanella e al ricordo di Amos Andreoni, dedicato al rapporto tra il Maestro e la Cgil, pubblicati nel volume I. Entrambi danno una chiara immagine dell'idea di democrazia industriale di Smuraglia, abilmente costruita su di un equilibrio tra conflitto e partecipazione che vede nelle libertà di sciopero e di autotutela collettiva la precondizione e la garanzia per un effettivo contributo delle forze del lavoro alla determinazione dell'indirizzo del Paese.

Come indicato nella presentazione del primo volume, ogni opera viene ripubblicata con i criteri redazionali originali, salvo alcuni piccoli ritocchi che riguardano essenzialmente dettagli delle citazioni a piè di pagina, quali l'eliminazione dell'uso, peraltro fatto da C.S. in modo non sistematico nei testi, di inserire il titolo delle opere citate tra parentesi (e talvolta tra trattini) anziché tra virgole, l'uso del corsivo per le citazioni latine; e l'introduzione dei titoletti dei paragrafi nel testo ove questi erano presenti solo nel sommario iniziale dei capitoli (ciò al fine di consentire al lettore digitale di utilizzare il collegamenti diretti dal sommario al testo). I limitati interventi redazionali, volti a correggere evidenti refusi o ad apportare modeste integrazioni o correzioni a citazioni bibliografiche che presentavano piccole imprecisioni che sono stati apportati sono tutti inseriti in parentesi quadre.

Olivia Bonardi

Introduzione

Il diritto del lavoro è senza dubbio una delle discipline giuridiche più dinamiche e tormentate. Ciò deriva, in primo luogo, dalla natura della materia che ne costituisce l'oggetto e, in secondo luogo – sul piano delle costruzioni teoriche – dalle sue origini molto recenti.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è, infatti, naturale che il diritto del lavoro segua, nella sua evoluzione, gli sviluppi della situazione politica e sociale e tenda a trasformarsi e a modificarsi a seconda dell'indirizzo politico e degli orientamenti economici e sociali dei gruppi via via dominanti.

È, d'altra parte, ovvio, per quanto riguarda il secondo degli aspetti accennati, che la stessa recente formazione del diritto del lavoro rende necessariamente difficile la teorizzazione dei suoi istituti e delle sue figure giuridiche fondamentali. Tanto più se si pensa che il diritto del lavoro, nel corso del suo processo formativo, ha dovuto, e per ovvie ragioni, mutuare figure ed istituti propri di altri rami del diritto, le une e gli altri in questo ormai da tempo consolidati o addirittura, tradizionali, ma pur sempre idonei a soddisfare alle mutevoli e nuove esigenze di un ordinamento in formazione e in continua evoluzione; fatto questo che, se inizialmente è valso a dare impulso notevole alla nuova disciplina, ha in seguito costituito un serio ostacolo al suo naturale sviluppo e, soprattutto, al raggiungimento di una sua autonomia.

Così molte volte la dottrina si è trovata di fronte alle più gravi difficoltà nel tentativo di definire figure giuridiche caratteristiche del diritto del lavoro, risultando a tal fine inadeguati gli strumenti tradizionali, appartenenti ad altri rami del diritto, sia privato che pubblico. Basta ricordare i contrasti ed i dibattiti che seguirono la nascita e lo sviluppo del contratto collettivo di lavoro, e gli sforzi veramente notevoli, ma spesso vani, di ricondurre tale istituto nell'ambito dei tradizionali schemi privatistici.

È stato così, non solo in Italia, ma anche in molti altri Paesi, che il diritto del lavoro, dopo aver raggiunto faticosamente la sua adolescenza, non è riuscito ancora a raggiungere la sua piena maturità. Sulle sue nozioni essenziali come sui suoi fondamentali istituti, regna ancora vivissimo – in Italia e fuori – il contrasto tra le più disparate tendenze; e soluzioni spesso diversissime vengono suggerite e proposte per i fondamentali problemi che di volta in volta sono posti alla ribalta dal mutare e dal progredire dell'ambiente sociale. Tale situazione è divenuta particolarmente grave in Italia, dove il diritto del lavoro ha per molti anni – in un certo qual modo – segnato una battuta di arresto nel suo sviluppo. Con ciò non si vuol negare il contributo di studio e di indagine che da molte parti è stato fornito durante il periodo corporativo; si vuol solo rilevare che il necessario studio di molti problemi connessi strettamente all'esistenza

dell'ordinamento corporativo, ha distolto inevitabilmente l'attenzione degli studiosi da alcune questioni strutturali del diritto del lavoro, che pure erano state sottoposte ad indagini di indubbio rilievo già nel periodo antecedente all'instaurazione di quell'ordinamento.

È avvenuto così che all'atto della caduta di questo, si è dovuto tentare di riprendere uno studio interrotto molti anni prima e ora reso particolarmente difficile dalla (più o meno incerta) sopravvivenza all'abrogazione dell'ordinamento corporativo, di tutta una serie di disposizioni che di questo erano proprie e caratteristiche.

L'entrata in vigore della Costituzione avrebbe potuto semplificare il compito della dottrina e della giurisprudenza se, come sarebbe stato auspicabile, fossero state regolarmente emanate le norme di attuazione di alcuni principi fondamentali, nella Costituzione stessa solennemente affermati.

Questa emanazione non si è, però, ancora verificata e ciò ha fatto sì che il diritto del lavoro si venisse a trovare in una situazione veramente singolare, dominata dall'immanente contrasto tra due ordinamenti, quello corporativo e quello delineato dalla nuova Costituzione, dei quali il primo – benché nell'insieme abrogato – sopravvive di fatto in molte disposizioni e nella maggior parte degli istituti, mentre il secondo – che dovrebbe rappresentare tra l'altro la base di tutto l'ordinamento giuridico italiano – stenta ad affermarsi e finisce, non di rado, con l'essere totalmente sconosciuto. A ciò ha certamente contribuito una certa resistenza della dottrina e della giurisprudenza ad ammettere in tutta la sua pienezza il vigore e l'efficacia giuridica delle norme costituzionali (fenomeno non nuovo, né incomprensibile – ma non per questo meno ingiustificabile – di fronte ad un fatto di rilevante portata quale è sempre l'avvento di un nuovo ordinamento), così complicando ulteriormente la già intricata e difficile situazione del diritto del lavoro.

*

Si è perciò parlato di “crisi” del diritto del lavoro, o si è affermato che esso si troverebbe attualmente in una fase del tutto transitoria, nella quale sarebbe impossibile tentare un nuovo inquadramento sistematico della materia.

Eppure – nonostante le apparenze – simili affermazioni non sembrano convenire ad una situazione quale quella attuale, nella quale il diritto del lavoro appare in movimento ed in evidentissima evoluzione.

La caratteristica principale di questo ramo del diritto consiste – come si è già rilevato – nella sua dinamicità, derivante sostanzialmente dalla immediatezza dei legami che lo avvincono alla vita sociale. Ogni rivolgimento sociale, ogni mutamento di indirizzo politico, che non siano limitati e contingenti, incidono largamente sul diritto del lavoro, trasformandone gli istituti fondamentali, talora perfino modificando il contenuto dei suoi principi generali. Naturalmente, ciò

rende più complicata e soggetta alla necessità di continue revisioni la costruzione dommatica dei singoli istituti, ma, rappresentando una caratteristica strettamente connessa alla sua natura sostanziale, non può mai determinare una “crisi” del diritto del lavoro. Di una vera crisi di questo dovrebbe piuttosto parlarsi se il movimento, il processo evolutivo, si arrestasse, quando cioè si allentassero i legami con la vita sociale e da disciplina viva e dinamica, esso si trasformasse in un complesso di strutture immobili ed astratte.

Nel momento attuale, non vi è però dubbio che il diritto del lavoro non può considerarsi in crisi nel senso appena indicato, ché anzi esso appare vivo e vitale come non mai, presentandosi come un ordinamento nuovo, che già contiene in germe le premesse per una ulteriore evoluzione.

Neppure può parlarsi di una fase meramente transitoria, perché ciò potrebbe dirsi soltanto di un ordinamento che non fosse improntato a principi sicuri e chiaramente individuabili, o i cui istituti si presentassero sotto il mero profilo della temporaneità e della precarietà.

Ma oggi il diritto del lavoro ha fondamenta solide e consistenti, quali possono essere quelle di una Costituzione recente e che, per di più, appartiene al novero delle Costituzioni rigide. Ed è, appunto, a queste fondamenta che deve essere, in primo luogo, diretta l'attenzione del giurista al fine della individuazione ed elaborazione dei principi ed istituti generali, che del nuovo diritto del lavoro costituiscono i pilastri di struttura. Compito certo non facile, ma prescindendo dal quale – come troppo spesso si fa – si finirebbe col tracciare un quadro assolutamente non rispondente alla vera realtà della situazione giuridica.

Sta comunque di fatto che la Costituzione – nel campo dei rapporti economici e sociali – ha tracciato un sistema per più versi originale e completo, improntato a principi nuovi e di notevole rilevanza. E il diritto del lavoro, che è volto a disciplinare rapporti del tipo di quelli appena indicati, non può non essere largamente influenzato dal sistema costituzionale, sia nei suoi principi, sia nei suoi istituti, sia nelle sue nozioni fondamentali.

Non varrebbe obiettare che non tutto il sistema costituzionale è ancora veramente in vigore – e che quindi esso non può ancora esercitare una piena e duratura influenza sulle singole discipline specifiche – posto che, come si è già rilevato, non sono ancora state emanate le norme di cosiddetta attuazione di alcuni dei suoi principi fondamentali.

Bisogna intendersi, una volta per tutte, sulla funzione di queste norme di attuazione, che non può essere se non meramente integrativa, nel senso più rigorosamente strumentale della parola. Esse non potranno servire, infatti, che a tradurre in termini concreti le disposizioni costituzionali e ad approntare gli strumenti che consentano di inserire stabilmente nella vita sociale i precetti e gli indirizzi in questa espressi. Ma in nessun caso potranno portare ad un'integrazione o ad una modificazione di quei principi o di quegli indirizzi.

Si può, dunque, con sicurezza affermare che, se anche talvolta mancano ancora certi strumenti concreti che dovranno essere predisposti dal legislatore ordinario, la presenza di un insieme organico di principi nella Carta Costituzionale determina *una particolare qualificazione del nostro ordinamento positivo, che investe fin d'ora tutti i rapporti giuridici e tocca fin d'ora la posizione e l'attività di tutti i soggetti pubblici e privati.*

Perciò, il diritto del lavoro non si fonda oggi su una base transeunte, che attenda ancora di essere precisata o definita, ma costruisce ed evolve i suoi istituti e la sua disciplina su linee di struttura stabili e consistenti, che non potranno essere modificate se non da una revisione della Costituzione.

Appare allora perfettamente giustificato (per non dire addirittura indispensabile) procedere all'individuazione delle linee essenziali del nuovo ordinamento del lavoro, valutando l'incidenza dei nuovi principi sui (per così dire) tradizionali istituti di questo ordinamento; in altre parole, accingersi alla ricostruzione della disciplina del lavoro, sorta sulle rovine dell'abrogato ordinamento corporativo.

Può darsi che nel corso di questa ricostruzione si incontrino istituti che, nella loro stessa struttura attuale, presentano già l'aspirazione ad un ulteriore sviluppo. Ma non si tratterà (lo si è già rilevato) di un segno di crisi o di transitorietà, ma di un segno evidente della vitalità del diritto del lavoro.

*

Dalle suesposte considerazioni risulta già il tema forse ambizioso di questo studio. Si tratta di delineare, in sostanza, il quadro dei problemi fondamentali, una sorta di teorica generale del nuovo diritto del lavoro, sulla scorta dei principi contenuti nella Costituzione, ed in armonia con quanto ha potuto veramente sopravvivere alla caduta dell'ordinamento corporativo.

È chiaro che una parte centrale di essa dovrà essere dedicata all'analisi del sistema costituzionale e dei nuovi principi destinati a regolare i rapporti economici e sociali.

Solo dopo l'individuazione di tali principi, si potrà infatti passare all'analisi specifica della situazione attuale del diritto del lavoro, nel tentativo di far scaturire il quadro generale del nuovo ordinamento dall'indagine relativa ai singoli problemi, che oggi l'esperienza delle lotte del lavoro propone con maggiore urgenza ed evidenza.

La trattazione si articola, quindi, in tre parti. La prima è destinata a definirne l'ambito ed i confini attraverso la determinazione di quel che deve intendersi per "*diritto del lavoro*". La seconda intende delineare *il sistema costituzionale* soprattutto nella parte relativa ai rapporti economici e sociali; essa è altresì integrata da un'analisi sul valore giuridico delle norme costituzionali, che ci è sembrata indispensabile onde meglio valutare successivamente l'incidenza dei precetti della Costituzione sulla disciplina del lavoro. La terza parte è destinata, infine, *all'individuazione del profilo essenziale del nuovo ordinamento*, ricavato dall'analisi dell'attuale

disciplina del rapporto individuale di lavoro, dei rapporti collettivi e dell'azione diretta sindacale. In coerenza con la nostra ampia definizione dell'oggetto del diritto del lavoro, avremmo voluto occuparci anche delle questioni inerenti alla tutela previdenziale. Peraltro, la vastità della materia, la specificità dei suoi problemi e la perdurante fluidità dei rapporti intercorrenti tra la tutela previdenziale assicurata ai lavoratori e la generale assistenza riconosciuta a favore di tutti i cittadini, ci hanno convinto dell'opportunità di rinunciare a tale indagine in questa sede. Le caratteristiche essenziali della tutela previdenziale prevista dalla Costituzione vengono tuttavia delineate nel capitolo destinato all'analisi delle garanzie attribuite dalla Costituzione ai prestatori di lavoro.

La stessa impostazione di questo studio rende inevitabile – e può anche dirsi volontaria – la sua incompletezza. Molte questioni non sono state neanche accennate e certo anche fra i problemi esaminati, ve ne sono alcuni che avrebbero meritato maggiore approfondimento. Ma, come si è detto, si è perseguito il limitato scopo di una *individuazione dei profili essenziali del nuovo ordinamento*, trascurando l'analisi particolareggiata di singole questioni. Il fascino della materia – tanto dinamica e attiva – è tuttavia così prepotente che ogni indagine che la riguardi reca già in sé la premessa e l'impegno per un ulteriore e più completo approfondimento¹.

1 La natura della Introduzione ha fatto apparire inutile la collocazione di note relative ad argomenti che dovranno essere ripresi, e documentati, nel testo. Basta, pertanto, richiamare in questa sede alcuni scritti che sono parsi particolarmente importanti per la definizione della situazione attuale del diritto del lavoro: MOSSA, Stato del diritto del lavoro in Italia, in *Nuova Riv. di dir. comm. e dell'ec.*, 1951, 1, 105; SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, *Annali Università Catania*, 1947-48, I; TRASIMENI, *Nuovi orizzonti del dir. del lav.*, in *Riv. inf. e mal. profess.*, 1954, pag. 11; MAZZONI, *Crisi o evoluzione del diritto del lavoro?*, in *Riv. dir. lav.*, 1954, 9; MIGLIORANZI, *Temi in discussione nel 25° anniversario di questa Rivista*, *Dir. lav.*, 1952, I, 3; VENTURI, *Odierni contrasti di tendenze nel dir. del lav.*, in *Dir. lav.*, 1956, I, 125; NAVARRA, *Le speranze (sinora) deluse*, in *Riv. dir. lav.*, 1955, I, 139; NATOLI, *La situazione attuale del dir. del lav.*, Messina, 1955; NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955.

PARTE PRIMA

Capitolo I

Oggetto e natura del diritto del lavoro

Sommario: 1. Il diritto del lavoro, il “diritto sindacale” e il “diritto delle assicurazioni sociali” – 2. Diritto del lavoro e pubblico impiego – 3. La posizione del diritto del lavoro nel sistema generale del diritto.

1. Il diritto del lavoro, il “diritto sindacale” e il “diritto delle assicurazioni sociali”

Sulla concreta definizione dell’oggetto del diritto del lavoro esistono tuttora nella dottrina i più vivaci contrasti. Vi è infatti chi ritiene che il diritto del lavoro regoli soltanto il rapporto di lavoro subordinato¹, e vi è chi sostiene che esso comprende la disciplina di qualsiasi tipo di prestazione lavorativa, sia subordinata che autonoma².

Secondo taluni autori, il diritto del lavoro comprenderebbe anche la disciplina relativa alle organizzazioni sindacali ed alla esplicazione della loro attività, mentre secondo altri questa disciplina avrebbe ormai raggiunto una sua autonomia, dando origine al cosiddetto diritto sindacale³.

1 È la tesi tradizionale, sostenuta particolarmente dal BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1949, vol. 1°, n. 4 e segg.; dal PERGOLESÌ, *Sull’oggetto del diritto del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1955, I, 27; ed anche: *Lineamenti sistematici del dir. del lav.*, in *Riv. dir. lav.*, 1954, 259 e segg., peraltro con una maggiore ampiezza; dal SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di dir. del lav.*, Napoli, 1957; ed anche nella Relazione sul tema *Il diritto del lavoro nel sistema del diritto* tenuta al Congresso di Taormina di dir. del lav., 22-25-4-1954; relazione, a quanto ci risulta, inedita. Una posizione particolare è quella del DURAND, *Traité de droit du travail*, Paris, 1947, vol I°, il quale vede il dir. del lav. come la disciplina del rapporto di lavoro subordinato, ma rileva la tendenza alla formazione di un “diritto dell’attività professionale”, nel quale sarebbe compresa anche la disciplina del lavoro autonomo e in genere di ogni attività lavorativa. Tale tendenza ci sembra però alquanto equivoca, perché in definitiva conduce nell’ambito del diritto del lav. anche rapporti ed attività che non hanno con esso alcun legame (per un’estesa trattazione dell’argomento, può vedersi: DURAND, *La codificazione del dir. del lav.*, in *Dir. lav.*, 1951, 1, 3; *Naissance d’un droit nouveau: du droit du travail au droit de l’activité professionnelle*, in *Droit social*, 1952, 437; si vedano anche i saggi di JEANSEREAU e LAVAILLE in *Droit social*, 1952, rispettivamente a pag. 172 e 412).

2 In tal senso, oltre alle opere già citate del DURAND, può vedersi: LEGA, *La libera professione*, Milano, 1952, 438; dello stesso A., anche: *Il contratto d’opera*, in *Trattato di dir. del lav.*, a cura di BORSI e PERGOLESÌ, II° ed., Padova 1952-’55, pag. 437; NAVARRA, *Corso di dir. del lav.*, Napoli, 1949, pag. 5 e segg.

3 Una recente espressione di questa tendenza, si nota in: RABIE, *Dal dir. del lav. all’autonomia normativa dell’esercizio professionale*, in *Dir. lav.*, 1954, 1, 320.

Altri contrasti – non meno vivaci – esistono per ciò che attiene alla materia previdenziale, che – secondo alcuni Autori – rientrerebbe nell’ambito del diritto del lavoro, mentre secondo altri costituirebbe ormai una branca a sé stante, definita come diritto delle assicurazioni sociali o della previdenza sociale⁴.

Si tratta tuttavia di suddivisioni di comodo cui non può essere attribuito alcun valore concreto né alcuna incidenza sulla sostanziale unitarietà del diritto del lavoro. Non vi è nulla di strano che si parli di diritto sindacale o di diritto delle assicurazioni sociali, così come può parlarsi di un diritto penale del lavoro o di un diritto processuale del lavoro, ma tali definizioni devono essere intese esclusivamente come specificazioni convenzionali delle varie materie che rientrano pur sempre nell’ambito del diritto del lavoro.

In realtà, questo ramo del diritto, in tutte le sue possibili specificazioni, trova la sua base costante *in una fattispecie tipica nella quale si ha prestazione di una attività lavorativa da parte di un soggetto a favore e alle dipendenze di un altro soggetto*. Questo è il perno fondamentale intorno al quale ruota tutto il diritto del lavoro, che è pertanto la risultante di tutte le norme che sono dirette a disciplinare i rapporti che traggono origine da quella fattispecie.

È naturale che il primo e fondamentale rapporto, che deve ritenersi regolato dal diritto del lavoro, sia quello cosiddetto individuale che intercorre tra il prestatore e il datore di lavoro. Ma la prestazione lavorativa determina l’insorgenza anche di altri rapporti, che non si esauriscono sul piano meramente individuale. Intanto, per il solo fatto della prestazione lavorativa, il lavoratore viene ad essere assoggettato ad una speciale disciplina protettiva, previdenziale e assicurativa, che lo pone in rapporto più o meno diretto con lo Stato e con alcuni Enti pubblici.

Inoltre, la stessa esistenza di un fenomeno sociale, quale quello che si concreta nella prestazione da parte di determinati soggetti di attività lavorativa a favore e alle dipendenze di altri, provoca l’insorgenza di rapporti collettivi che si concretano nell’associazionismo e nella conseguente attività sindacale (contrattazione collettiva tra le opposte organizzazioni, azione sindacale diretta, ecc.).

Così, intorno alla prestazione dell’attività lavorativa, si costituiscono rapporti individuali e collettivi, che in essa trovano il loro elemento unificatore, oltre che il loro presupposto immediato. E sarebbe assurdo che tale unità di fatto si rompesse poi, sul piano giuridico, per la scissione della disciplina dei vari tipi di rapporti più sopra indicati in ordinamenti distinti ed autonomi. Si avrebbero così discipline distinte soltanto da un punto di vista strettamente formale, mentre

4 Ha rilevato la tendenza centrifuga ed autonomistica del diritto della prev. soc. il CATALDI, *Il dir. del lav. nell’ordinamento giuridico generale*, in *Dir. lav.*, 1953, 1, 205; sostengono decisamente l’autonomia: CANELLA, *Autonomia del rapporto di assicurazioni sociali*, in *Riv. prev. soc.*, 1954, VI, 221; VENTURI, *I fondamenti scientifici della sicurezza sociale*, Milano, 1954, 592 e 622; GUELI, *Sistema giuridico delle ass. soc.*, in *Trattato di dir. del lav.*, a cura di BORSI e PERGOLESÌ, ed. 1954. vol. IV; RICHARD, *Ass. contro gli inf. e mal. profess.*, ivi, vol. IV.

in realtà evidentissimi resterebbero gli elementi di un collegamento, che per di più non sarebbe meramente occasionale, ma risulterebbe continuo, necessario ed inevitabile.

D'altro lato, considerare separatamente la disciplina della cosiddetta previdenza sociale o quella dei rapporti collettivi rispetto alla disciplina del rapporto individuale, darebbe luogo ad inconvenienti molto gravi, soprattutto per il fatto che facilmente si perderebbe di vista il rapporto di presupposizione e spesso di funzionalità esistente tra le prime e la seconda. In realtà, l'ordinamento sindacale non ha ragione di esistere ed è, quindi, privo completamente di autonomia, se non si considera che esso viene posto in funzione ed a causa di quel fenomeno sociale e giuridico che si concreta nel rapporto individuale di lavoro.

Quando si parla delle associazioni sindacali, della loro disciplina e della loro autonomia, non si può dimenticare che, in definitiva, l'ordinamento riconosce e attribuisce alle medesime una funzione essenzialmente strumentale rispetto ai rapporti individuali di lavoro. Il che sembra sufficiente per escludere che alla disciplina di questi gruppi sociali e della loro attività possa essere riconosciuta una effettiva autonomia rispetto alla disciplina che più specificamente riguarda i rapporti individuali di lavoro.

Analoghe considerazioni devono farsi per quanto riguarda la disciplina delle assicurazioni sociali. Le disposizioni previdenziali ed assicurative a favore dei lavoratori si distinguono nettamente da qualsiasi altra provvidenza predisposta ed attuata dallo Stato a favore dei cittadini in genere; per l'applicazione di questa particolare disciplina occorre infatti un presupposto costante costituito dalla prestazione di un'attività lavorativa, anche se meramente possibile e virtuale, laddove per l'espletamento della funzione dell'assistenza pubblica non occorre altro requisito o condizione che quello dell'esistenza dello status di cittadino.

Al tempo stesso però, la materia previdenziale – pur fondandosi su una struttura essenzialmente assicurativa – si distingue nettamente dalle assicurazioni private, non solo per la natura dei soggetti, ma anche per il carattere particolare dei loro rapporti, per le modalità di attribuzione delle prestazioni, per un diverso contenuto del rischio assicurativo⁵.

D'altro lato, questi elementi peculiari della previdenza sociale non sono tali da far assurgere la relativa disciplina ad un grado completo di autonomia. Troppo stretto è infatti il legame che unisce questa materia a quella del lavoro; troppo evidente è il fatto che il presupposto per l'applicazione della disciplina è costituito dal rapporto di lavoro o dalla qualità di lavoratore di uno dei soggetti.

Per conseguenza, anche la materia previdenziale deve considerarsi come una parte del diritto del lavoro, importante quanto si vuole, ma pur sempre inclusa nell'ambito generale di questa disciplina.

5 Sull'argomento: DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1952, vol. I^o, pag. 23 e sgg.; LEVI, *Linee di una teoria giuridica della previdenza sociale*, Milano, 1953, pag. 22.

Possiamo dunque concludere questi rapidi accenni nel senso *che il diritto del lavoro deve essere concepito come un ordinamento unitario, avente per oggetto la disciplina di tutti i rapporti che insorgono direttamente o indirettamente dalla prestazione dell'attività lavorativa in forma subordinata*⁶.

2. Diritto del lavoro e pubblico impiego

È stato posto il problema se nel diritto del lavoro possa farsi rientrare anche la disciplina del rapporto di pubblico impiego o, più genericamente, di lavoro pubblico. È noto che molti Autori sostengono che tale disciplina non ha alcun punto in comune con quella del rapporto di lavoro privato e deve considerarsi come appartenente al diritto amministrativo⁷.

Il problema non è soltanto teorico e più oltre avremo occasione di constatarne l'importanza per la soluzione di alcune dibattute questioni. Non sarà perciò inutile un breve accenno riassuntivo.

In sostanza, la tesi surricordata si fonda principalmente sulle seguenti asserzioni: *a)* il rapporto d'impiego pubblico è caratterizzato dal fatto che una delle parti è sempre un ente pubblico; *b)* la disciplina di tale rapporto non è mai contrattuale, ma è sempre posta unilateralmente dalla legge o da atti amministrativi; perfino la costituzione del rapporto non avviene su basi convenzionali, ma a seguito di un atto di autorità di uno dei soggetti; *c)* il rapporto di pubblico impiego è dominato da principi propri e non riferibili al rapporto d'impiego privato⁸. Non sembra però che queste caratteristiche del pubblico impiego – pur ammesse l'esistenza e la rilevanza che, in realtà, ad una analisi più approfondita si rivelerebbe assai minore di quella che si suole sostenere – siano tali da sottrarre tale rapporto alla tendenza unitaria del diritto del lavoro⁹.

6 Tra gli Autori più decisamente orientati per una concezione unitaria e complessiva del diritto del lavoro, ricordiamo: MAZZONI, *Corso di diritto del lav.*, Bologna, 1948, pagg. 24-25; RIVA SANSEVERINO, *Dir. sindacale*, Roma, 1956; DE LITALA, *Dir. delle assicurazioni sociali*, Utet, 1951.

7 PERGOLESÌ, *Sull'oggetto del diritto del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1955, I, 27, secondo il quale la Costituzione avrebbe rafforzato le divergenze tra i due tipi di rapporto. Per l'appartenenza del rapporto di pubblico impiego al diritto amministrativo, si esprime anche il MAZZONI, *Corso di diritto del lavoro*, cit., pag. 48, il quale peraltro non manca di rilevare la tendenza al superamento della distinzione tra i due rapporti.

8 Ad es.: il principio per cui il pubblico impiegato è al servizio esclusivo non del diretto datore di lavoro, ma della Nazione; il principio per cui il pubblico impiegato non può essere assunto se non mediante concorso; il principio per cui il pubblico impiegato è personalmente responsabile degli atti compiuti in violazione di diritti.

9 Hanno sostenuto di recente, con dovizia di argomenti, la tendenza unitaria: il COMBA, *Tendenza unitaria del rapporto di lavoro*, in *Dir. lav.* 1955, 1, 157 e il GASPARRI, *Diritto amministrativo*, vol. I° Bologna 1953, pag. 140.

Una attenta disamina delle interferenze tra i due tipi di rapporto, si trova anche in SCOTTO, *Interferenze tra contratto di lavoro e rapporto di pubblico impiego*, in *Atti del I° Congresso internazionale di diritto del lavoro*, 1952, 530 e segg.

Vi sono invero altri elementi – e di assai maggior rilievo – che consentono di porre sul medesimo piano il rapporto di lavoro pubblico e il rapporto di lavoro privato, e si tratta di elementi che attengono alla sostanza dei due fenomeni.

Basterà ricordare che la base elementare sulla quale è costruito il fondamento causale dei due rapporti è unica ed è *la contrapposizione correlativa della prestazione di attività lavorativa e della retribuzione* e che, in entrambi i casi, se venisse a mancare l'uno o l'altro di tali elementi, verrebbe meno la natura sostanziale del rapporto stesso.

Su tale natura non può influire la qualità di uno dei soggetti, non costituendo elemento determinante il fatto che si tratti di un soggetto privato o di un ente pubblico; l'importante è che vi siano due soggetti, ai quali rispettivamente facciano capo le due obbligazioni che danno vita al rapporto. Né rileva la affermata tradizionale acontrattualità della disciplina o della costituzione del rapporto di lavoro pubblico se è vero che (non senza fondamento) da più parti è contestato che la fonte del rapporto di lavoro privato debba necessariamente consistere nel contratto e se è vero che il rapporto di lavoro privato tende comunque a perdere progressivamente la sua natura puramente convenzionale, per effetto delle disposizioni legislative e della stessa normazione collettiva, che limitano ogni giorno di più l'autonomia delle parti.

Alla quale considerazione (che mette in evidenza una sorta di processo di “pubblicizzazione” della disciplina del rapporto di lavoro privato) va aggiunto il rilievo di un sempre più marcato processo opposto, cioè di “privatizzazione” della disciplina del rapporto di lavoro pubblico. E, infatti, anche la tradizionale unilateralità dell'atto costitutivo di tale rapporto va cedendo il passo con sempre maggiore frequenza a forme negoziali del tutto simili a quelle che sono alla base del rapporto di lavoro privato, mentre la disciplina normalmente legislativa del contenuto del rapporto di lavoro pubblico viene, non di rado, sostituita e integrata da una disciplina convenzionale; e si accentua, infine, progressivamente, anche nel rapporto di lavoro pubblico, quel principio di corrispettività delle prestazioni contrapposte già considerato caratteristico ed esclusivo del rapporto di lavoro privato.

Quanto, infine, alla pretesa esistenza di principi propri ed esclusivi del rapporto di lavoro pubblico, si può osservare che, in realtà, si tratta di atteggiamenti peculiari attinenti a singoli momenti dell'esistenza del rapporto dovuti all'incidenza della qualità degli interessi (pubblici) sottostanti, e che, perciò, non compromettono la persistenza dell'unico e tipico fondamento causale.

Ciò ovviamente non significa che la disciplina del rapporto di lavoro pubblico sia e debba essere necessariamente identica a quella del rapporto di lavoro privato; ma non può trarsi argomento da certe differenze non essenziali per sollevare ingiustificate preclusioni di fronte *alla tendenza verso una disciplina unitaria*

dell'intera materia attinente alla prestazione di un'attività lavorativa subordinata, in qualsiasi forma e alle dipendenze di qualsiasi soggetto essa sia svolta¹⁰.

3. La posizione del diritto del lavoro nel sistema generale del diritto

Resta infine da vedere – ed anche questo non è affatto un problema di natura esclusivamente teorica – se il diritto del lavoro possa essere considerato come appartenente al diritto privato o al diritto pubblico o se addirittura esso debba essere ricondotto nell'ambito di una nuova branca dell'ordinamento, che possa essere denominata ad esempio “diritto sociale”¹¹. Sembra opportuno, anzitutto,

10 La tendenza unitaria cui si accenna nel testo è resa particolarmente evidente da una serie di fenomeni qui brevemente richiamati:

- a) La Costituzione, pur dettando alcune disposizioni particolari per i prestatori di lavoro pubblico, contiene tuttavia la disciplina unitaria di alcuni aspetti essenziali a tutti i rapporti di lavoro (v. art. 39 prima parte e art. 40).
- b) Per una notevole quantità di rapporti con enti pubblici (i cosiddetti Enti pubblici economici) è pacificamente ammessa la soggezione alla disciplina dei rapporti di lavoro privato (particolarmente importanti, a questo riguardo, le sentenze 8-8-1953 a. 2686 e 31-1-1953 n. 254 della Corte di Cassazione, a Sez. Unite; in dottrina: COMBA, *La tendenza unitaria del rapporto di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1955, 1, 157).
- c) La giurisprudenza ha esteso in varie occasioni al rapporto d'impiego pubblico, principi e disposizioni attinenti al rapporto di lavoro privato (si vedano in particolare le decisioni 7-7-1953 D. 353, 29-9-1953 n. 483 e 20-10-1954 n. 777, tutte della VI Sez. del Consiglio di Stato, con le quali si è ritenuta applicabile al rapporto di pubblico impiego la norma dell'art. 2113 C.C.).
- d) La tutela dello stato giuridico del dipendente pubblico tende a divenire sempre più piena, riconoscendosi diritti soggettivi là dove nel passato si trattava tutt'al più di interessi legittimi.
- e) La tesi della contrattualità del rapporto d'impiego pubblico va sempre più guadagnando terreno anche fra i cultori del diritto amministrativo.
- f) La tradizionale unilateralità dell'atto costitutivo del rapporto di lavoro pubblico cede il passo con sempre maggior frequenza a forme negoziali del tutto simili a quelle che sono a base del rapporto di lavoro privato.
- g) La stessa attività legislativa mostra la tendenza sempre più viva a ricondurre i due rapporti nell'ambito di una disciplina unitaria, sì che dal timido accenno contenuto nell'art. 2 della legge sull'impiego privato, si è passati alla ben più ampia formulazione dell'art. 2129 del vigente Codice civile. Alcune recenti disposizioni (D.L. 15-4-1948 n. 381; legge 26-2-1952 n. 67, rispettivamente relative all'assunzione a tempo determinato del personale degli Uffici del lavoro ed all'assunzione di operai giornalieri da parte della pubblica amministrazione) hanno ulteriormente confermato e rafforzato la tendenza in questione.

11 Decisi sostenitori della natura privatistica del dir. del lav. sono: SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di dir. del lav.*, cit.; Relazione al Congresso di Taormina, cit.; BARASSI, *Dir. del lav.*, cit., vol. 1°; NATOLI, con qualche cautela, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano 1955, pag. 7 e s[eg]g.; RIVA SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, Roma, 1956, pag. 105); CATALDI, *Il diritto del lavoro nell'ordinamento giuridico*, cit.) il quale parla di un “ordinamento di dir. privato di ordine pubblico”; DURAND, (Trattato citato), riconoscendo però la presenza di

scartare quest'ultima soluzione, che non presenta alcun fondamento allo stato attuale.

Invero, l'espressione "diritto sociale" viene usata in sensi molto diversi e sembra derivare da considerazioni e presupposizioni più vicine alla sociologia che non alla scienza giuridica.

D'altro lato, se per diritto sociale si deve intendere – come afferma la maggioranza dei sostenitori di tale nozione – il diritto dei gruppi e delle comunità, considerati come elemento basilare e fondamentale della società, bisogna rilevare che la Costituzione italiana, come meglio vedremo più oltre, non ha introdotto elementi nuovi atti a sostenere ed affermare l'avvento di questo *tertium genus* accanto alle due branche tradizionali. Anzi, si può affermare fin d'ora che la Costituzione italiana è così imperniata sul soggetto privato da far ritenere che i gruppi sociali siano considerati leciti e l'associazionismo sia incoraggiato esclusivamente al fine di una ulteriore e migliore valorizzazione della personalità umana e per il migliore raggiungimento di finalità che tuttora sono riconducibili ad aspetti spiccatamente individualistici (arg. ex art. 2). Inoltre, particolarmente per quanto riguarda la materia che qui interessa, e cioè il diritto del lavoro, si avrà occasione di vedere come tutta la disciplina costituzionale sia ispirata al principio di tutela del contraente economicamente più debole e cioè del lavoratore; ad un principio, cioè, che secondo gli assertori dell'idea del diritto sociale, dovrebbe star fuori di questo, dal quale dovrebbe essere rigorosamente escluso tutto il complesso delle norme giuridiche, specialmente statuali, rivolte a proteggere i soggetti che di fatto si trovino in posizione di inferiorità economica ed a regolare l'intervento dello Stato nella sfera dell'economia¹².

Bastano, perciò, questi rilievi a far escludere che possa comunque venire in considerazione una nozione di diritto sociale sulla quale, perciò, non è necessario indugiare ulteriormente.

*

Per quanto riguarda la collocazione del diritto del lavoro nell'ambito della distinzione tradizionale tra diritto pubblico e diritto privato, sembra che la soluzione puramente pubblicistica debba ormai essere ripudiata, dopo l'abrogazione dell'ordinamento corporativo.

larghe zone dominate dal dir. pubbl. Per una concezione nettamente pubblicistica: JAEGER, *Dir. pubb. e dir. priv. nella disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1951, pag. 571; GASPARRI, *Elementi di diritto sindacale secondo la Costituzione*, Cagliari, 1951. Un assunto molto vicino all'idea del diritto sociale, può vedersi in RABIE, *Dal dir. del lav. all'autonomia normativa delle associazioni profess.*, in *Dir. lav.*, 1954, 1, 320; NAVARRA, *Le speranze (sinora) deluse*, in *Riv. dir. lav.*, 1955, 139, I.

12 GURVITCH, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, 1932; [Id.] *La dichiarazione dei diritti sociali*, Milano, ed. Comunità, 1949. Per altre informazioni sul «diritto sociale», può vedersi: DONATI, *Recensione al volume del Gurvitch*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1949, pag. 508.

Tuttavia non sembra neppure accoglibile una soluzione integralmente privatistica, quale quella che si è affermata dopo tale abrogazione e che appare prevalente anche dopo l'entrata in vigore della Carta Costituzionale. Si deve ammettere, invero, che l'elaborazione della figura degli interessi di gruppo e della cosiddetta autonomia collettiva, ha consentito di spiegare in termini privatistici alcuni problemi, cui nel passato non si riteneva di poter dare concreta soluzione se non ricorrendo ai principi ed alle figure tradizionali del diritto pubblico. Ciò nonostante restano interi settori (rapporti di lavoro pubblico, previdenza e assicurazioni sociali, ecc.) che sfuggono ad una valutazione puramente privatistica, mentre la stessa disciplina privatistica è talmente soffusa di norme inderogabili, da consigliare la collocazione del diritto del lavoro, nel quadro generale del nostro ordinamento, su un piano tutto particolare. Si tratta, infatti, di una materia nella quale è particolarmente evidente il fenomeno di intercomunicabilità di principi diversi e derivanti da opposti settori dell'ordinamento. Ed è proprio da questa confluenza tra principi e figure appartenenti a settori diversi, che il diritto del lavoro riceve la sua speciale caratterizzazione.

La riconduzione ad unità di tali principi e di tali figure, a prima vista tra di loro in insanabile contrasto, rappresenta, d'altra parte, il miglior titolo che vale a giustificare l'affermazione *dell'autonomia del diritto del lavoro*.

In genere, si ritiene che la disciplina di una particolare materia abbia una sua autonomia e costituisca un ramo speciale o singolare del diritto, non solo quando si atteggi in maniera tutta speciale, ma quando essa abbia soggetti, oggetti e principi fondamentali propri. Si può affermare con sicurezza che il diritto del lavoro possiede tutti questi requisiti.

Infatti, non v'è dubbio che sussista il *requisito soggettivo*, essendo tale ramo del diritto caratterizzato dalla particolare posizione dei soggetti del rapporto individuale di lavoro, dei rapporti collettivi, dei rapporti previdenziali. Sussiste altresì il *requisito oggettivo*, poiché il diritto del lavoro ha un proprio oggetto, del quale si sono già sommariamente indicate la natura e la sostanza. Senza dubbio, poi, la materia dei rapporti di lavoro è regolata da una disciplina del tutto peculiare ed alla quale solo in parte possono ritenersi applicabili regole proprie di altri rami del diritto e in particolare del diritto civile.

Ma esistono anche *principi generali propri* esclusivamente del diritto del lavoro? Bisogna riconoscere che ormai la dottrina prevalente ha dato una risposta nettamente affermativa anche a tale quesito, pure se non mancano ancora oggi alcuni decisi oppositori¹³. Ed invero non si può non concordare con chi ha identificato

13 Affermano l'esistenza di principi propri del diritto del lav.: il MAZZONI, *Contiene il diritto del lavoro principi generali propri?* Comunicazione al I° Congresso Intern. di dir. del lav., Trieste, 24-27.5.1951, *Volume degli Atti del Congresso*; la RIVA SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, Roma, 1956, pag. 106; il PERGOLESÌ, *Lineamenti sistematici del diritto del lav.*, in *Riv. dir. lav.*, 1954, pag. 259. Un tenace oppositore dell'autonomia del dir. del lav. è il BARASSI, *Trattato*, cit., vol. I°. Una concezione particolare è quella esposta dal LAVASSEUR, *Evolution, caractères et tendances du droit du*

il primo e fondamentale principio che permea tutta la disciplina del rapporto di lavoro, nella presunzione di una disparità (di fatto) tra le posizioni delle parti nel rapporto stesso e, quindi, nella riconosciuta necessità di una particolare tutela del cosiddetto contraente (o, più in generale, soggetto) più debole¹⁴.

In qual modo tale principio si sia arricchito ed abbia acquistato nuovo e più intenso significato, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, si vedrà più ampiamente in seguito. Basterà quindi, per il momento, mettere in evidenza, a puro titolo confermativo e sulla base della sola regolamentazione dettata dal Codice Civile, come, in palese applicazione del principio generale accennato, la posizione del lavoratore (che è, appunto, il soggetto più debole) risulti coperta da uno speciale apparato protettivo, che, non di rado, si esaurisce in una deroga sostanziale ai principi tradizionali che reggono i rapporti d'obbligazione, tra i quali in astratto anche il rapporto di lavoro deve essere ricondotto. Tale apparato si esprime, ad esempio, nella indisponibilità di buona parte dei diritti del lavoratore (articolo 2113); nella già rilevata riduzione al minimo della autonomia negoziale delle parti, sia in fase di costituzione del rapporto che nella fase di attuazione dello stesso; nella prevalenza della applicazione – in caso di concorso di norme anche di diverso grado – di quella più favorevole al lavoratore (artt. 2077, 2078); nella conservazione del rapporto anche in caso di mancata determinazione dell'oggetto dell'obbligazione del datore di lavoro e nella conseguente possibilità che tale determinazione sia, in definitiva, effettuata dal Giudice (art. 2099); nel riconoscimento a favore del lavoratore dei diritti derivati dal pregresso rapporto, anche in caso di nullità del relativo atto costitutivo (art. 2126); nel mantenimento in vita del rapporto anche in caso di mutamento della persona del datore di lavoro (art. 2112), ecc. ecc.

Questo apparato protettivo dà vita ad un complesso di regole, tutte riconducibili ad un unico principio generale, che appartiene specificamente al diritto del lavoro, e che dimostra da solo con assoluta evidenza come non sia possibile collocare tale ramo del diritto nel seno di una disciplina privatistica, senza corromperne la natura e senza smarrirne il significato particolare. Il che, del resto, finiscono col fare anche i sostenitori dell'autonomia del diritto del lavoro, che, pur riconoscendo la specialità della disciplina, da tale affermazione spesso non traggono le logiche conseguenze, continuando nella pratica di considerare il

travail, in *Le droit privé français au milieu du XX siècle*, Études Ripert, Paris, 1950, tomo 2°, p. 444, secondo il quale il dir. del lav. si avvierebbe a perdere la sua autonomia a favore di una nuova branca del diritto, che egli denomina "diritto pubblico economico". Peraltro, una simile concezione non può non lasciare alquanto perplessi.

Acute ed interessanti osservazioni, a proposito dell'autonomia del diritto del lavoro, possono trovarsi nei vari interventi sul dibattito promosso dalla Rivista *Il diritto dell'economia* sul tema: "È opportuna la codificazione del diritto del lavoro?" (1957 n. 7, pag. 767-797; 1958, pag. 5-37; 149-169; 492-497).

14 MAZZONI, *Contiene il dir. del lav.*, ecc., cit.: RIVA SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, cit., pag. 95 e 106; NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata*, cit., *passim*.

diritto del lavoro o, per essere più precisi, quella parte di questo che riguarda il rapporto individuale di lavoro, come un semplice filone del diritto civile, ed applicando perciò *sic et simpliciter* le regole di questo ai rapporti di lavoro, senza tener alcun conto delle limitazioni che tale applicazione dovrebbe incontrare in virtù della specialità dei principi generali che reggono la materia.

Se è vero che il diritto del lavoro è veramente un ramo autonomo dell'ordinamento giuridico generale e che esso – pur nell'inevitabile e necessario collegamento con le altre discipline – ha una posizione del tutto particolare e singolare, ciò significa che, nello studio e nell'analisi dei problemi che nel suo ambito si pongono, *occorre richiamarsi anzitutto ai principi che di esso sono propri* e solo successivamente e in via meramente sussidiaria a principi derivati da altre discipline (e in particolare del diritto civile), ed in ogni caso senza che l'applicazione di questi porti alla pratica obliterazione dei primi.

Il diritto delle obbligazioni, come il diritto delle persone, hanno fornito e forniscono un grande contributo alla costruzione dogmatica del diritto del lavoro. Spesso, però, lo sforzo inteso ad adattare certi istituti del diritto del lavoro alle figure tradizionali di quelli, appare del tutto inutile, risultando sempre più evidente che il raggiungimento di soluzioni veramente decisive è subordinato alla necessità di una valutazione condotta alla stregua dei principi generali propri del diritto del lavoro, che sono i soli in base ai quali è possibile risolvere i mutevoli e complessi problemi di questa appassionante materia.

Il significato pratico di queste considerazioni può cogliersi agevolmente esaminando lo stato della dottrina che ha proceduto alla ricostruzione della situazione attuale del diritto del lavoro, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della nuova Costituzione.

Coloro che hanno cercato di mantenersi nell'ambito delle figure e degli istituti tradizionali utilizzando in particolare i consueti strumenti del diritto privato comune – e sono in definitiva i più! – hanno, di solito, proceduto, non adeguando tali strumenti alle esigenze messe in evidenza dai principi generali del diritto del lavoro (e in primo luogo da quello fondamentale ricordato), ma trasportandoli puramente e semplicemente nell'ambito di questo. Conseguenza non ultima ne è stata anche la riduzione ai minimi termini della rilevanza della Costituzione e la svalutazione quasi completa della influenza di essa sulla disciplina concreta dei rapporti di lavoro.

A ben diversi risultati si può, invece, pervenire – e non si è mancato di darne la prova – qualora si consideri veramente il diritto del lavoro per quel che esso è, cioè come *un diritto singolare ed autonomo*, e si affrontino i problemi che lo riguardano, prima di tutto ricorrendo all'ausilio dei suoi principi fondamentali, considerati nella loro più intima essenza, nel quadro che il nuovo sistema costituzionale ne ha nettamente delineato.

PARTE SECONDA

Capitolo II

La Costituzione italiana – Caratteristiche generali

Sommario: 1. Orientamenti sociali delle moderne Costituzioni – 2. La natura convenzionale della Costituzione italiana.

1. Orientamenti sociali delle moderne Costituzioni

Per un'esatta comprensione del valore e del significato della Carta Costituzionale italiana – che, come si è avvertito, è alla base del nostro ordinamento anche del lavoro – è necessario tener conto di due elementi essenziali, attinenti l'uno a un processo generale di socializzazione del diritto, comune a tutti i Paesi, l'altro alla situazione politica particolare in cui la Costituente italiana esaurì il suo compito.

Quanto al primo elemento, è noto che le Carte Costituzionali del secolo diciannovesimo, tutte derivate dai principi scaturiti dalla Rivoluzione francese, furono dominate dall'idea della libertà, intesa come espressione della massima (astratta) possibilità di espansione della personalità dell'individuo.

In verità, la Rivoluzione francese aveva proclamato tre idee fondamentali; ma di esse solo la prima ebbe un'effettiva consacrazione legislativa, permeò gli ordinamenti, diede origine alle formazioni politiche più salienti del secolo decimonono e della prima parte del secolo ventesimo, costituì la base ed il fondamento di quella che fu ritenuta la fondamentale garanzia del cittadino, e, cioè, lo stato di diritto¹.

Bisognava attendere la nascita dell'unionismo operaio, lo sviluppo del movimento sindacale e la formazione di partiti politici nettamente improntati ad idee classiste e solidaristiche perché si profilasse in concreto la tendenza ad una, più o meno completa, attuazione anche degli altri due principi.

Se, in che misura e sino a qual punto questa tendenza abbia influito sulla evoluzione degli ordinamenti giuridici dei vari Paesi, spingendo alla progressiva emanazione di quella che è anche nota come legislazione sociale, non è qui possibile neanche accennare. Quel che importa è il rilievo che, perché

1 Per un'esatta analisi delle caratteristiche essenziali delle Costituzioni del secolo XIX: HERSCHEL, *Protezione del lavoro nello stato di diritto sociale*, in *Nuova Riv. di dir. comm. e dell'ec* 1956, 1, 66. Altri riferimenti in: AMORTH, *Vicende costituzionali italiane dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana*, in *Questioni di storia del Risorgimento e dell'unità d'Italia*, a cura di ROTA, Milano, 1951, pag. 781.

quella spinta cominciasse ad affiorare sul piano delle strutture fondamentali degli stessi ordinamenti, cioè nelle stesse carte costituzionali, fu necessario quell'immane sconvolgimento che fu rappresentato dalla prima guerra mondiale e dalla Rivoluzione russa.

La prima costituzione sociale, scaturita sotto la spinta di questi avvenimenti fu quella di Weimar², che per la prima volta affiancò ai diritti civili e politici del cittadino, caratteristici di un'epoca e di un sistema di libertà formale, altre garanzie tendenti alla trasformazione, più o meno graduale, di quel sistema in un sistema di libertà sostanziale.

Affermazioni ugualmente solenni dei principi di uguaglianza, di fraternità, di solidarietà sociale, venivano inserite poco dopo anche nello Statuto della Società delle Nazioni.

E da quel momento, tutte le nuove Carte Costituzionali appaiono largamente improntate a principi di ordine sociale: alle garanzie attribuite al cittadino in quanto tale, si affiancano via via nei vari ordinamenti costituzionali, altre e più intense *garanzie riconosciute al cittadino-lavoratore*.

Vero è che spesso si trattò di affermazioni ancora generiche ed astratte, a tal punto che, in pratica, i nuovi diritti e le nuove garanzie costituzionali apparvero scarsamente efficienti. Ne dà prova la stessa sorte della Costituzione di Weimar.

Ciò non toglie che, se non sempre immediatamente, quelle enunciazioni operarono mediamente, concorrendo ad accelerare quel processo di socializzazione degli ordinamenti giuridici, che si era andato profilando col sorgere e col progredire della cosiddetta legislazione sociale.

Peraltro, a tale processo corrispondeva – nella pratica – lo svuotamento di contenuto delle garanzie costituzionali di ordine sociale o, dove esse non esistevano (come in quei Paesi, e tra essi l'Italia, nei quali invece di una evoluzione costituzionale in senso sociale, si era avuta la soppressione della stessa costituzione liberale), addirittura il soffocamento delle relative aspirazioni.

Il tremendo travaglio della seconda guerra mondiale – attraverso le conseguenti lotte dei popoli per la emancipazione e la liberazione dalla schiavitù politica ed economica – rappresentò la sorgente di un generale rinnovamento costituzionale, che alle tradizionali garanzie di libertà, andò progressivamente accomunando – sia pure nei vari Paesi in maniera diversamente intensa – le garanzie sociali, che avevano cominciato ad apparire per la prima volta nella Costituzione di Weimar.

2 Sulla Costituzione di Weimar può vedersi qualche cenno nello scritto del CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, in *Riv. inf. e mal. prof.*, 1950 n. I; più ampi riferimenti nel volume della RIVA SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, 1956, pag. 55 e s. Alcune acute osservazioni si trovano anche nello scritto del GIANNINI M.S., *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1949, 1, 1. Uno studio completo sulla Costituzione di Weimar è invece quello del MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, Firenze, 1946.

Le nuove costituzioni, d'altra parte, mostravano ormai chiaramente un carattere certo immanente anche a questa, ma, forse, non ancora palese: d'essere, cioè, il risultato di un patto tra forze politiche diverse, tra quelle forze, cioè, che erano state unite nella lotta per la conquista della libertà. La conseguenza fu che esse non miravano soltanto a stabilire un sistema di garanzie per i soggetti di fronte allo Stato, ma altresì *un sistema di garanzie dei soggetti nei loro rapporti reciproci*.

È così che in tutte le Costituzioni del dopoguerra si ravvisano questi elementi nuovi, costanti e caratteristici: il cittadino non viene più considerato soltanto come una individualità alla quale debbono essere garantiti certi diritti fondamentali esclusivamente di fronte al pubblico potere: esso viene altresì considerato nella (eventuale) veste di *membro di comunità politiche, economiche e sociali o in quanto svolge un'attività socialmente rilevante* (di iniziativa economica, di lavoro, di scienza, ecc.); ed in tali sue specifiche qualità, nuovi diritti gli vengono riconosciuti e nuove garanzie gli vengono attribuite.

Ma, soprattutto, quello che più conta è il fatto che si riconosce che non può aversi una vera democrazia se non è assicurata a tutte le classi che compongono la *societas* (e ciò vale in particolare per la classe lavoratrice già di fatto esclusa) la *effettiva partecipazione alla formazione del generale indirizzo politico sostanziale*³.

E poiché l'avvento di una vera democrazia sostanziale – tale cioè che consenta quella effettiva partecipazione – non può aversi se non vengono rimossi gli ostacoli (per lo più di ordine economico) che impediscono a larghe aliquote di *soci* ed in particolare di lavoratori il pieno godimento dei diritti e delle libertà a tutti garantite in astratto, è caratteristica delle nuove Carte Costituzionali anche la previsione in un unico sistema dell'impegno di riforme sociali, di redistribuzione dei mezzi di produzione o delle fonti di reddito, di più eque imposizioni fiscali.

D'altra parte, accanto al generico diritto di riunione e di associazione della tradizione, si riconoscono nuove garanzie a certi raggruppamenti sociali come tali, ed in particolare alle organizzazioni sindacali, nei confronti delle quali il pubblico potere viene ad assumere un atteggiamento nuovo, che non è più quello prima repressivo e poi puramente agnostico dell'epoca liberale, né quello compressivo dei regimi di tipo corporativo, ma si risolve, da una parte, nella necessità di non intervento nella vita e nell'attività delle stesse e dall'altra nella necessità di consentire la loro partecipazione alla esplicazione

3 Su questi aspetti delle Costituzioni contemporanee: PERGOLESI, *Orientamenti sociali delle Costituzioni contemporanee*, Firenze, 1948; VOLANY, *Dello Stato e del diritto sociale*, in *Nuova Riv. dir. comm. e dell'ec.*, 1950, 1, 265 e segg.; CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale* (cit.); CROSA, *Il problema costituzionale dei nostri tempi*, in *Rassegna di dir. pubbl.*, 1951, 1, 153. Una completa rassegna può trovarsi nei volumi di MIRKINE GUETZEVITCH, *Novelles tendances du droit constitutionnel*, 1936, e *Les constitutions européennes*.

di funzioni, che gli organi pubblici svolgono per il perseguimento di determinati interessi economici e sociali di ordine generale.

Tali nuovi orientamenti delle moderne Costituzioni incidono profondamente sulla stessa struttura dell'ordinamento statale e sull'essenza del tradizionale rapporto individuo-Stato. La concezione dello stato di diritto viene, tuttavia, rafforzata dalla nuova posizione del cittadino (non più essenzialmente *subiectus*, ma *socius*) e perciò dall'indissolubile collegamento instaurato, intorno alla sua persona, tra i diritti di libertà ed i cosiddetti diritti sociali.

I dubbi sollevati circa la compatibilità o meno delle moderne concezioni sociali con l'essenza dello stato di diritto, non hanno, infatti, ragione di essere⁴. Tale essenza non è e non può essere smentita o contraddetta dal riconoscimento di nuove garanzie a favore del cittadino, o dalla nuova posizione assunta dallo Stato nei confronti dei rapporti economici e sociali. Si può anche parlare di una *nuova qualificazione dello Stato moderno* (che, secondo alcuni, dovrebbe denominarsi "sociale"), ma resta sempre fermo il principio che fa del diritto il limite invalicabile non solo per l'attività del singolo ma anche per quella dello Stato⁵.

4 Un'interessante disamina del problema può vedersi in: FORSTHOFF, *La [R]epubblica federale tedesca come stato di diritto e stato sociale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1956, pag. 547. Altri riferimenti in: HERSHEL, *Protezione del lavoro nello stato di diritto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, 1, 66; VOLANY, *Dello stato e del diritto sociale*, in *Nuova Riv. dir. comm. e dell'ec.*, 1950, 1, 265 e segg.

5 Questa nuova qualificazione dello Stato moderno ha indotto alcuni Giuristi, specialmente francesi, a parlare di una crisi del diritto nelle sue formulazioni tradizionali (si vedano, in particolare, il volume del SAVATIER, *Les metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, [Paris, Dalloz, 1952,] pag. 81 e segg., e gli scritti del GURVITCH, (cit); v. anche: RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936; MORIN, *La révolte des faits contre le code*, Paris, 1920; DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris 1912). Anche in Italia, sia pure sotto un diverso profilo, si è parlato di una crisi del diritto in relazione ai nuovi orientamenti di cui si fa cenno nel testo. Particolarmente significativi, a questo riguardo, gli scritti contenuti nel volume *La crisi del diritto*, edito a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova nel 1953 e soprattutto quelli del CAPOGRASSI, sull'*Ambiguità del diritto contemporaneo* e del CALAMANDREI, sulla *Crisi della giustizia*.

Ora, ci sembra opportuno precisare che queste affermazioni possono essere condivise solo fino ad un certo punto ed entro limiti ben determinati. Non vi è dubbio, infatti, che l'inserimento dei gruppi sociali ed in particolare delle associazioni sindacali tra i due termini della tradizionale antitesi tra individuo e Stato, determini lo sconvolgimento di alcuni principi ormai consacrati nella tradizione.

Altrettanto ricca di conseguenze è la nuova posizione assunta dal cittadino. Ma l'insorgenza di tali fenomeni non può determinare una crisi del diritto, se nel giurista, nel legislatore, nel giudice, sia presente e viva la coscienza della propria responsabilità, che consiste essenzialmente nel dovere imprescindibile di sostituire agli strumenti tradizionali divenuti inadeguati nuovi criteri di indagine e nuove formulazioni giuridiche, che tengano conto della nuova realtà sociale e dei nuovi orientamenti costituzionali.

2. La natura convenzionale della Costituzione italiana

Alle caratteristiche sommariamente accennate risponde anche la Costituzione italiana del 1948, che, anzi – come si avrà occasione di rilevare – può essere considerata, sotto vari aspetti, una delle più avanzate. Prima di passare, tuttavia, all'analisi del suo contenuto “sociale”; per una migliore comprensione dello stesso e della sua rilevanza sostanziale, sembra opportuna ancora qualche breve considerazione sulla sua origine e sulla sua natura convenzionale.

Come si è, infatti, premesso, il secondo elemento che caratterizza la Costituzione italiana del 1948 scaturisce direttamente dalla peculiare situazione storica e politica in cui essa venne discussa ed elaborata.

L'Italia usciva da un lungo periodo di dittatura, culminato in una guerra conclusasi con esito disastroso. Ma nell'ultima fase della guerra si era, forse per la prima volta, realizzata l'unità nazionale, sotto la forma della partecipazione di forze politiche disparate alla lotta per la liberazione e l'emancipazione. Per la prima volta nella storia del Paese, le forze del lavoro avevano assunto una funzione determinante: l'insurrezione era cominciata nelle fabbriche, e si era via via estesa riunendo esponenti di ceti e classi diversi della città e della campagna in un unico movimento popolare che nettamente si distingueva dai ben diversi e certo assai meno popolari movimenti del primo Risorgimento. E il fatto che le forze del lavoro fossero comparse in primo piano sulla scena politica attraverso la lotta armata, nella quale avevano raggiunto la piena consapevolezza della potenza della solidarietà e della unità, avrebbe reso necessariamente assai notevole la loro influenza anche nell'opera di riorganizzazione generale del Paese, una volta cessata la lotta armata. Ormai appariva chiaro che tale riorganizzazione non avrebbe potuto avvenire senza un profondo rivolgimento delle strutture, che tendesse alla instaurazione di un regime di democrazia sostanziale, nel quale i diritti fondamentali non fossero soltanto affermazioni retoriche, ma costituissero la base ed il fondamento di una società nuova, veramente improntata a criteri di giustizia sociale.

Certo, non mancavano forze e gruppi politici auspicanti il puro e semplice ritorno ad una situazione di tipo liberalistico, quale quella antecedente all'instaurazione della dittatura fascista; mentre raggruppamenti di centro tendevano per altro verso a frenare il movimento e la spinta verso concezioni decisamente socialiste quali venivano affermate dalle sinistre, pur non potendo però disconoscere le aspirazioni e le rivendicazioni che, attraverso la Resistenza, le forze nuove avevano decisamente portato sulla scena politica attiva.

L'unità politica, che si era realizzata in occasione della lotta armata contro il comune avversario, doveva spezzarsi in gran parte durante i lavori della

Costituente nella quale le singole forze si presentarono su piani diversi, perseguendo fini non di rado divergenti.

Fu così che su molti punti, la soluzione dovette essere raggiunta in via di compromesso, di cui è rimasta evidente traccia in varie disposizioni della nuova Carta Costituzionale, denunciandone l'origine tipicamente e chiaramente *convenzionale*⁶.

Sia pure con diverse limitazioni, in tal modo, gran parte delle rivendicazioni delle forze popolari era elevata a contenuto di enunciazioni di principio e concorrevano così a determinare l'indirizzo generale del nuovo ordinamento costituzionale⁷. Ne derivava una Costituzione polemica, come non può non essere ogni Costituzione, verso il passato, ma, al tempo stesso – come per spiccuamente è stato rilevato⁸ – fortemente polemica anche contro il presente; una Costituzione che pone le premesse per una trasformazione, sotto molti aspetti, strutturale di tutta la società italiana. Una Costituzione, dunque, che ha per sua caratteristica basilare la proiezione verso il futuro, sì che si è creduto di poter affermare che, più esattamente, in varie disposizioni della Carta Costituzionale si sarebbero dovuti usare i verbi al futuro anziché al presente⁹. Una affermazione tuttavia che può condividersi se con essa si voglia mettere in evidenza l'aspetto dinamico della Costituzione, ma che non deve far dimenticare che *questa è attualmente la base fondamentale di tutto il nostro ordinamento*, la norma finale alla quale tutti i soggetti – pubblici e privati – debbono uniformare il loro comportamento. Tanto più, poi, in quanto si tratta di una

6 L'espressione fu usata per la prima volta, a quanto ci risulta, dal GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1949, I, 9, per indicare le Costituzioni "a regime misto", risultanti cioè da vere e proprie convenzioni tra forze politiche in contrasto; essa è poi stata largamente ripresa ed utilizzata dalla dottrina. Per altri rilievi sulla natura della Costituzione it., si veda anche: CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale in La Cost. e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, pag. 119 e segg.; NATOLI, *Limiti costituzionali*, ecc. (cit.), pag. 27.

7 Per un confronto tra la Costituzione attuale e lo Statuto Albertino: LUCIFREDI, *La nuova Cost. it. raffrontata con lo Stat. Alb.*, Milano 1952; AMORTH, *Vicende costituzionali*, cit. Qualche osservazione interessante: in TERRACINI, *La nuova Cost. repubb. e i problemi del lavoro*, in *Riv. inf. e mal. prof.* 1948, I, 5.

8 Meritano di essere riportate testualmente le bellissime parole del CALAMANDREI, *La crisi della giustizia*, vol. cit., pag. 167 e segg.: "Si vuol dire che le Costituzioni sono una polemica legislativa contro il passato, ma nella nostra Costituzione vi è una polemica di carattere sociale non contro il passato ma contro il presente. In certi articoli di essa, specialmente nella parte che regola i rapporti economici, non c'è soltanto l'auspicio e la promessa di una società più giusta che la Repubblica si propone di tradurre in realtà (il diritto al lavoro, il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa garantita ad ogni lavoratore), ma c'è anche la polemica contro le ingiustizie della società in cui viviamo, in cui questo diritto al lavoro non è garantito, in cui a tanti cittadini è negata di fatto quell'esistenza libera e dignitosa che la Costituzione vorrebbe di diritto assicurare a tutti".

9 CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I, 234 ("A voler essere sinceri, molte delle disposizioni della nostra Costituzione dovrebbero essere scritte al futuro: per mantenerle al presente, bisognerebbe al verbo far precedere la negazione").

Costituzione rigida e, per ciò stesso, sottratta all'eventualità di continue vicende modificative¹⁰.

10 Dobbiamo avvertire che in questo capitolo ed in quelli successivi abbiamo limitato all'essenziale i riferimenti bibliografici relativi alla Costituzione italiana. Sull'argomento esiste infatti, com'è naturale, una vastissima bibliografia, che non potrebbe essere richiamata se non appesantendo notevolmente le note ed il testo. D'altra parte, vi sono opere di carattere generale sulla Costituzione, che dovrebbero essere continuamente richiamate a proposito dei vari argomenti trattati nel testo; anche questo non servirebbe che ad appesantire il lavoro. È il caso peraltro di richiamare in questa sede l'importante opera bibliografica di G. B. ARISTA, *La Costituzione italiana. Saggio bibliografico*, Milano, 1956, veramente aggiornata e completa, nella quale possono agevolmente trovarsi tutti i riferimenti relativi alle singole questioni ed agli aspetti generali della Carta Costituzionale.

Deve necessariamente richiamarsi, in questa sede, per un'informazione necessaria e completa sulla vigente Costituzione italiana, la pubblicazione del Comitato Nazionale per la celebrazione del primo decennale della promulgazione della Costituzione (cinque volumi, Milano, Giuffrè, 1958).

Capitolo III

Il lavoro nella Costituzione

Sommario: 1. Presupposti costituzionali del nuovo ordinamento del lavoro – 2. La rilevanza costituzionale del lavoro – 3. Le garanzie del lavoro in generale – 4. Le garanzie del lavoro in particolare: a) garanzie specifiche di realizzazione dell'uguaglianza sociale e della compartecipazione all'indirizzo politico; b) garanzie di tutela del lavoratore nel rapporto di lavoro; c) garanzie di autotutela; d) garanzie previdenziali*.

1. Presupposti costituzionali del nuovo ordinamento del lavoro

Il quadro nel quale abbiamo tentato di collocare la Costituzione italiana del 1948, consente di individuare con una certa precisione i presupposti ed i fondamenti sui quali, in base ad essa, deve essere poggiata la regolamentazione generale della materia del lavoro.

È necessario, a nostro avviso, prendere le mosse dal contenuto dell'art. 3, II comma, della stessa Costituzione. In tale disposizione è, infatti, contenuta la chiara enunciazione del presupposto di fatto da cui è partito il legislatore costituente; vi è, inoltre, l'affermazione di due principi che sono fondamentali per l'esatto intendimento di tutto il sistema: e l'indicazione di quel che deve essere, per così dire, l'orientamento politico di tutto il nostro ordinamento giuridico.

Il presupposto è dato dal riconoscimento della esistenza in fatto di una divisione della *societas* in due parti, una delle quali posta in posizione d'inferiorità per effetto di ostacoli di ordine economico e sociale, che ne provocano la esclusione sostanziale dalla partecipazione alla direzione della vita nazionale.

Fin qui, dunque, si tratta della semplice constatazione di una situazione storica che, tuttavia, non è soltanto l'indice di una particolare percezione realistica del legislatore costituente, ma rappresenta la *ratio* che è alla base della determinazione dei fini supremi di tutto l'ordinamento e degli strumenti che ne debbono consentire il raggiungimento. E, perciò, palese quale enorme importanza sul piano dell'interpretazione di tutte le norme nelle quali si articola il sistema dei

* In questo capitolo, ci limiteremo soltanto ai richiami essenziali, relativi agli aspetti generali delle singole disposizioni costituzionali di cui dovremo occuparci. Più ampi riferimenti verranno collocati nelle note dei capitoli dedicati all'esame dei problemi specifici sollevati dall'incontro tra le norme costituzionali e la vigente legislazione del lavoro

fini sociali posti dalla Costituzione e degli strumenti ad essi coordinati, assuma quella constatazione.

Ed, infatti, ad essa si accompagna l'affermazione di due principi direttivi fondamentali: 1) la repubblica deve procedere alla instaurazione di una situazione di democrazia sostanziale, nella quale tutti i cittadini godano dei diritti politici e civili in condizioni di effettiva uguaglianza, sì che alla formazione dell'indirizzo politico generale del Paese concorra veramente tutto il popolo; 2) per consentire il pieno sviluppo della persona umana è necessario assicurare a ciascuno la *possibilità della esplicazione dell'attività lavorativa*, in condizioni di sicurezza, di uguaglianza e di dignità.

La proclamazione di tali principi è poi seguita immediatamente dall'indicazione della via che dovrà essere seguita per il raggiungimento dell'auspicato regime di democrazia sostanziale e per consentire il massimo potenziamento della personalità umana: ed essa è, appunto, *la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale* che sono attualmente causa della constatata situazione di disuguaglianza.

Da questi rapidi accenni, risulta già chiaro il criterio essenziale a cui si ispira l'intero sistema costituzionale. Si riconosce cioè che libertà e uguaglianza non sono che "nomina", se si prescinde da un sistema di garanzie tali da assicurare di fatto a tutti i soggetti il godimento dei diritti che ne discendono. Si riconosce cioè che la "democrazia" si riduce ad una formula vuota, quando non si risolve in concreto nella effettiva partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. E poiché sino a questo momento i cittadini di fatto "esclusi" da tale partecipazione sono stati in generale gli appartenenti a quella categoria sociologica che suole essere denominata come delle forze del lavoro, agli effetti della realizzazione della perseguita democrazia sostanziale, si precisa esplicitamente che è, appunto, a tali forze che deve essere aperta la via alla direzione della organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Si trasferisce così, sul piano costituzionale, quella irruzione delle forze del lavoro che – come si è già accennato – aveva ad un certo momento rappresentato l'elemento decisivo sul piano della lotta politica.

Quale importanza questa esplicita inserzione (in certo senso causale e finale) delle forze del lavoro sul piano costituzionale rivesta, si vedrà meglio fra poco, analizzando il senso della rilevanza attribuita nel sistema generale al fatto lavoro. Qui occorre avvertire che, se si prescinde dai dati che chiaramente risultano dall'art. 3, II comma, si finisce necessariamente col disperdere il significato reale di tale sistema, riducendolo in definitiva ad uno schema senza contenuto sostanziale.

Non si potrebbe, ad es., argomentare in contrario dal fatto che, dovendosi ad un certo momento qualificare il tipo di Stato cui la Costituzione si riferiva e determinare la posizione che in esso veniva attribuita alle forze del lavoro, sia esclusa la qualificazione della Repubblica come "Repubblica di lavoratori", posto che ciò avvenne, non già perché il termine sembrasse poco corrispondente

al nuovo carattere che lo Stato italiano doveva assumere, ma piuttosto perché si ritenne da alcune parti che l'espressione potesse risultare equivoca e potesse far pensare ad un regime di classe¹.

Al di fuori dei problemi terminologici, resta però il fatto che da tutte le parti si ritenne necessario convalidare la garanzia offerta alle forze del lavoro con l'art. 3, II comma, esplicitamente *elevando il "lavoro" a nucleo fondamentale della struttura dello Stato*.

È in questo quadro che può spiegarsi la dizione dell'art. 1 della Carta Costituzionale, dove appunto si dichiara che l'Italia è una Repubblica democratica "fondata sul lavoro". Non si afferma così una concezione classista; ma è evidente che la concezione liberale è stata ormai ampiamente superata. Alle caratteristiche tradizionali dello Stato democratico, se ne aggiunge infatti una nuova e di tale importanza da incidere profondamente sulla sua struttura. Il che sfugge a chi ritiene che l'espressione contenuta nell'art. 1 della Costituzione si risolva in una mera formula retorica o quanto meno si riferisca ad ogni attività socialmente utile², perdendosi in tal modo il collegamento evidente esistente tra la norma citata ed altre disposizioni di principio (in particolare, l'art. 3, comma II e l'art. 4 comma I), che devono considerarsi come i cardini dell'intero sistema.

Forse, questa posizione negativa è dovuta alla stessa preoccupazione che, a suo tempo, fece escludere la formula che, come si è detto, avrebbe potuto far pensare alla instaurazione di un regime classista, alla preoccupazione cioè che, sulla scorta dei principi più sopra affermati, si possa giungere allo stesso risultato. Ma si tratta certamente di una preoccupazione che non ha ragione di

1 Per un'efficace sintesi del dibattito che condusse all'attuale formulazione dell'art. 1, v. LEVI, *La Repubblica democratica e il suo fondamento sociale*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, pag. 1 e segg. Riferimenti diretti dei principali interventi alla Costituente sull'art. 1, in: CARULLO, *La Costituzione della Repubblica It.*, Bologna, 1948, pag. 15 e segg.

2 Secondo il LEVI, *La Repubblica democratica*, ecc., cit., p. 8 l'art. [1] ha un valore meramente programmatico e si sostanzia più che altro in un auspicio per l'avvenire. Il GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.* 1949, 1, 19 ritiene trattarsi di una mera formulazione di carattere morale e quindi di una espressione di retorica costituzionale. L'ESPOSITO, *La Costituzione italiana Saggi Commento all'art. 1 della Costituzione*, Padova, 1954, pag. 1 e segg., sostiene che nella formulazione dell'art. 1 le ultime parole non hanno lo stesso valore determinativo della struttura dello Stato delle altre; comunque, l'espressione "lavoro" – secondo questo A. – deve intendersi in senso lato, comprensivo di qualsiasi tipo di attività.

Il MORTATI, invece, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, 1, 149 e segg. contesta che la formula dell'art. 1 si riduca ad una espressione letteraria ed afferma che essa pone una direttiva per il legislatore e per l'interprete; secondo questo A., il lavoro di cui all'art. 1 si identifica in ogni attività socialmente utile e costituisce il fondamento sociologico dello Stato. L'AMORTH, *La Costituzione italiana*, Milano, 1948, pag. 35 e segg., rileva il significato e la portata dell'art. 1, ma considera l'espressione "lavoro" nel senso più lato di attività socialmente utile.

Il RICHARDS, *Il diritto del lavoro come fenomeno giuridico*, in *Riv. dir. lav.*, 1948, 1, 76, afferma decisamente che si tratta di una formula priva di un significato concreto. Rileva invece acutamente il significato della disposizione, in senso analogo a quello esposto nel testo, il NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, pag. 62 e segg.

essere, ch , per giungere a tale risultato, bisognerebbe dimenticare un complesso – e tutt’altro che indifferente! – di altre norme della Costituzione, che sono certamente incompatibili con un sistema classista. La verit    che, come tutte le Costituzioni convenzionali, anche la Costituzione italiana ha dato luogo, e necessariamente, ad un regime misto di cui   appunto condizione sine qua non il riconoscimento di una preminente garanzia a favore delle forze del lavoro, diretta non alla instaurazione della dittatura di queste, attraverso la quale si potrebbe dare vita ad uno Stato classista, ma a controbilanciare la gi  esistente (v. art. 3, II comma) dittatura delle forze del privilegio economico.

Possiamo, dunque, concludere nel senso che le basi del nuovo ordinamento del lavoro si trovano nel collegamento tra l’articolo 3, II comma, e l’art. 1 della Carta Costituzionale³: la Repubblica italiana si caratterizza in sostanza come *uno Stato che tende alla democrazia sostanziale*, e mira perci  al raggiungimento di una *uguaglianza effettiva* fra tutti i cittadini, e che proprio a questo fine si avvale e deve avvalersi dello strumento di una preminente garanzia delle forze del lavoro.

2. La rilevanza costituzionale del lavoro

Da quanto siamo andati fin qui rilevando, risulta gi  in qual senso si debba a nostro avviso intendere l’espressione “lavoro,” usata dalla Costituzione nelle sue norme fondamentali.

Senza dubbio, per , una difficult  per l’interprete   rappresentata dal fatto che il legislatore costituente ha usato questa espressione con diversi significati, e non sempre ispirandosi a criteri giuridici⁴. Ci sembra, peraltro, che, a grandi linee, si possa distinguere tra due significati generali che prevalentemente ricorrono nel corso della Costituzione; e precisamente tra la nozione di lavoro, come *prestazione di attivit  a vantaggio e alle dipendenze altrui*, e la nozione di lavoro come *attivit  socialmente utile*.

Il primo concetto   quello che viene utilizzato negli art. 1, 3 II comma, 4 I comma, 36, 37 e 38.

Il secondo concetto   quello utilizzato essenzialmente nell’art. 4 II comma e nell’art. 35.

Pu , forse, apparire singolare che si attribuisca un maggior rilievo alla nozione pi  ristretta; ed in effetti, la prevalente dottrina ha costruito la propria visione del sistema costituzionale partendo dal presupposto della nozione pi  generale (attivit  socialmente utile) per arrivare poi ad occuparsi anche della nozione pi  ristretta (prestazione di attivit  lavorativa dipendente).

3 In questo senso, v. anche: NATOLI, *Limiti*, ecc., cit., p. 62.

4 Per una rassegna dei vari significati con i quali il legislatore costituente usa il termine “lavoro”: GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1949, 1, pag. 3 e segg.

Ma la pretesa singolarità di questa situazione trova la sua spiegazione proprio nei presupposti della Carta Costituzionale, che abbiamo cercato di delineare. In sostanza, la Costituzione attribuisce il massimo rilievo al lavoro nella sua concezione più definita e ristretta; ma non si disinteressa della nozione più generale, che anzi utilizza per definire ulteriormente le caratteristiche dello Stato italiano⁵.

Mentre, infatti, viene attribuita una posizione preminente alle forze del lavoro, si precisa al tempo stesso che *anche ogni attività socialmente utile è costituzionalmente rilevante*. Anzi, a ben guardare, le affermazioni costituzionali relative al lavoro in senso lato, sono poste, in certo modo, in funzione della rilevanza particolare che viene attribuita al lavoro in senso più ristretto. Proprio l'enunciazione del dovere di svolgere una attività socialmente utile (art. 4, comma II) costituisce, in sostanza, uno dei mezzi che l'ordinamento costituzionale considera idonei ad eliminare le situazioni di privilegio e quindi anche a rafforzare la posizione dei lavoratori. E, in ogni caso, tale enunciazione costituisce un evidente e fondamentale criterio per valutare le varie situazioni che dal sistema costituzionale scaturiscono⁶.

In sintesi, si può dire che, secondo il sistema suddetto, possono aversi tre categorie di soggetti: coloro che svolgono un'attività socialmente utile, coloro che svolgono un'attività lavorativa in senso stretto, coloro che non svolgono alcuna attività del primo o del secondo genere.

Ad ognuna di queste posizioni si ricollegano garanzie di natura diversa; agli oziosi si riconoscono soltanto i diritti strettamente connaturati all'esistenza dell'individuo; a coloro che svolgono una attività socialmente utile è assicurata una ulteriore protezione, diretta a incoraggiare e tutelare tale attività in qualunque forma esplicita; a coloro infine che prestano un'attività lavorativa, lo Stato assicura un complesso di garanzie particolari che si aggiungono – integrandole – quelle attribuite alle altre due categorie di cittadini.

Si è, invero, obiettato che in questo modo si viene a creare una discriminazione fra cittadini, violando il principio di uguaglianza sancito dalla Costituzione. Ma l'obiezione non ha fondamento. In realtà, con la previsione di speciali garanzie a favore di chi svolge un'attività socialmente utile e soprattutto a favore di chi esplica un'attività lavorativa, non si tende ad instaurare posizioni di preferenza o di privilegio. Si vuole invece – come si è già messo in evidenza – raggiungere lo scopo opposto, quello cioè di eliminare le situazioni di privilegio, gli ostacoli e le discrepanze che, di fatto, pongono i cittadini su piani diversi, impedendo il raggiungimento di una effettiva uguaglianza fra di loro.

Ed è proprio in questo aspetto che deve ravvisarsi il fondamento essenziale del sistema ed il significato della rilevanza costituzionale attribuita al lavoro⁷.

5 Esatte osservazioni, a questo riguardo, in: NATOLI, *Limiti*, ecc., cit., pag. 62 e segg.

6 Così anche: NATOLI, *Limiti costituzionali*, cit., pag. 63

7 Ravvisano esattamente nella predisposizione di un complesso di garanzie per i lavoratori il contenuto della rilevanza costituzionale del lavoro: NATOLI, *Limiti costituzionali*, ecc., pag. 53 e

3. Le garanzie del lavoro, in generale

Si tratta di vedere ora in qual modo la Costituzione tenda in concreto a realizzare le finalità accennate o, in altre parole, in che cosa si venga a sostanziare la rilevanza costituzionale del lavoro.

Ciò equivale a vedere quali siano gli aspetti della garanzia alla quale si è più volte fatto riferimento e quali ne siano gli effetti concreti. A tal fine, è necessario, anzitutto, ribadire come discende immediatamente dal già rilevato carattere convenzionale della Costituzione, che la garanzia suddetta è destinata ad operare ed opera *sia di fronte allo Stato* (considerato come autorità), *sia nei rapporti intersoggettivi* (compresi quelli con lo Stato-soggetto)⁸. Questa precisazione vale ad eliminare ogni possibilità di equivoco in relazione ad una vecchia affermazione – valida, forse, rispetto alle Carte Costituzionali non convenzionali – secondo cui nessuna rilevanza i diritti derivanti dalle stesse avrebbero nei rapporti fra privati. Deve, invece, essere chiaro che simili limitazioni – pur tenacemente riaffermate – sono oggi assolutamente prive di significato.

Ora – volendo tracciare un primo quadro generale – si può dire che le garanzie che ci interessano si concretano:

a) *in diritti soggettivi particolari*, perfetti ed immediatamente operanti, riconosciuti ai lavoratori in connessione con o indipendentemente alla esistenza di concreti rapporti di lavoro cui essi siano attualmente vincolati;

b) *in situazioni di interesse* destinate ad evolversi in altrettanti diritti soggettivi in relazione alla prevista evoluzione dell'ordinamento giuridico secondo le direttive già segnate dalle norme in cui la garanzia è posta;

e correlativamente:

a') *in situazioni di obbligo o di mera soggezione*, contrapposte alle situazioni di diritto soggettivo;

b') *in vincoli di subordinazione* della legittimità di determinate attività (dei soggetti nei confronti dei quali la garanzia è posta) al rispetto di certi fini di ordine sociale.

Quando si verifichi, in concreto, l'una o l'altra di queste conseguenze, si potrà dire più precisamente in base all'esame delle singole disposizioni nelle quali sono previste le varie garanzie ed ai caratteri di queste stesse disposizioni. Sul qual punto sarà necessario soffermarsi più particolarmente in seguito.

segg.; GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, cit. (con interessanti precisazioni sul concetto di garanzia costituzionale); MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*.

8 Interamente dedicato ai rapporti tra le garanzie del lavoratore e le restrizioni dell'autonomia negoziale del datore di lavoro è il volume del NATOLI, *Limiti costituzionali*, ecc., più volte citato. Acute considerazioni anche nel saggio del MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit.

Sulle limitazioni dell'autonomia privata, v. anche: [RIVA] SANSEVERINO, *Libertà contrattuale e rapporto di lavoro*, *Dir. lav.* 1950, 1, 335; VAN GOETHEM, *Limiti della libertà contrattuale nella disciplina dei rapporti di lavoro*, *Riv. dir. lav.*, 1950, 1, 268; BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, pag. 241.

Ne risulta tuttavia, sin d'ora, una posizione nuova del soggetto-lavoratore, nei confronti di ogni altro soggetto pubblico e privato: nel senso che, ovunque si svolga la personalità del lavoratore, ivi le garanzie previste dall'ordinamento sono presenti ed operanti con la funzione che è determinata dalla loro *ratio*, già messa in evidenza.

Poiché, in altri termini, il presupposto per l'attribuzione di tali garanzie consiste nella constatazione dell'esistenza di una situazione di sostanziale disuguaglianza tra due categorie di cittadini, esse singolarmente e nel loro complesso operano in una duplice direzione, e precisamente: da un lato, verso la riduzione dei poteri della categoria privilegiata e dall'altro verso il potenziamento dei poteri delle forze del lavoro⁹. Col che si fa riferimento, non solo e non tanto alle posizioni che le parti assumono nei singoli rapporti intersubiettivi, quanto e prima di tutto alle posizioni che i soggetti assumono sul piano generale della *societas*. Infatti, il sistema costituzionale tende, anche attraverso l'influenza che esercita sui rapporti intersubiettivi e, — prima ancora di agire sui rapporti di lavoro —, alla trasformazione delle strutture generali dell'economia del Paese.

I due momenti della rilevanza della garanzia del lavoro sono, in definitiva, necessariamente connessi e coordinati. Da ciò deriva la complessità del sistema e la molteplicità delle direzioni nelle quali operano le garanzie che lo compongono e che, schematicamente, si possono distinguere, tenendo presenti i fini via via più specifici che ne sono alla base, in quattro ordini fondamentali, peraltro tra loro inscindibilmente connessi: I) garanzie di realizzazione dell'uguaglianza sociale e di compartecipazione all'indirizzo politico generale; II) garanzie di tutela della personalità del lavoratore nel rapporto di lavoro; III) garanzie di autotutela sindacale; IV) garanzie previdenziali.

4. Le garanzie del lavoro in particolare

A) Garanzie specifiche di realizzazione dell'uguaglianza sociale e della compartecipazione all'indirizzo politico.

Appartiene, a nostro avviso, a questo gruppo la maggior parte delle garanzie dirette a limitare o ridurre, sul piano generale, immediatamente i poteri delle categorie privilegiate, intaccando alla base le constatate ragioni economiche del privilegio ed attuando, perciò, una redistribuzione delle fonti di reddito.

Tra esse, dobbiamo ricordare, prima di tutto, le norme contenute negli artt. 43 e 44.

L'art. 43¹⁰ prevede la possibilità di espropriazione delle imprese monopolistiche o delle imprese esercenti servizi pubblici essenziali. Ed è una possibilità

⁹ Questo aspetto è stato esattamente rilevato dal MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit.

¹⁰ Sull'art. 43 in generale: COLI, *La proprietà e l'iniziativa privata, Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, vol. 1°, pag. 341 e segg.; AMORTH, *La Costituzione italiana*, cit., pag. 82.

che – per il fatto stesso di essere costituzionalmente prevista – contiene in sé l'indicazione di un orientamento politico che deve indirizzare da una parte e limitare dall'altra l'attività del legislatore ordinario, determinandone al tempo stesso i confini di legittimità.

È poi particolarmente significativo il fatto che – in caso di eventuale espropriazione – le imprese accennate possono essere trasferite sia allo Stato, sia ad enti pubblici, sia a comunità di lavoratori o di utenti. Col che si mette in evidenza quale rilevanza sul piano della stessa Costituzione si attribuisca a raggruppamenti sociali e formazioni collettive, che tendono sempre più ad affermarsi (e non soltanto nel nostro Paese) come intermediari tra la posizione del cittadino e quella dello Stato. La norma successiva (art. 44)¹¹ non pone un orientamento, ma determina una necessità inequivocabile: quella della cosiddetta riforma fondiaria. La dizione della norma non consente possibilità di dubbi: si tratta di stabilire limiti all'estensione della proprietà terriera privata, di imporre ad essa obblighi e vincoli, di provvedere alla bonifica delle terre ed alla trasformazione del latifondo.

È evidente che una disposizione del genere tende a realizzare una serie di finalità, tra le quali assumono particolare rilievo, in primo luogo quella dell'abolizione di situazioni di privilegio, cioè di instaurazione di “equi rapporti sociali” e in secondo luogo quella dell'incremento del reddito nazionale.

Né va dimenticato che la riforma fondiaria ha, allo stesso tempo, la funzione, estremamente importante, di contribuire alla creazione delle condizioni per un effettivo incremento della occupazione delle forze del lavoro. Bonificando le terre, ridimensionando la proprietà terriera e trasformando il latifondo, si creano infatti nuove e rilevanti fonti di lavoro.

Un inciso – apparentemente marginale – dell'art. 44, chiarisce ulteriormente il pensiero del legislatore e consente di inquadrare ancor meglio la norma in esame nell'ambito del sistema generale. Affermandosi, infatti, che (la legge) “aiuta la piccola e la media proprietà,” si chiarisce ulteriormente il carattere strutturale del nuovo ordinamento prospettato, sostanziatosi in un regime nel quale, eliminate le situazioni di privilegio, non c'è motivo di negare la privata iniziativa, anzi vi è ragione di incrementarla e tutelarla.

Risulta così evidente il collegamento con la norma dell'art. 41, che disciplina, appunto, *l'iniziativa economica privata*¹².

Come garanzia dei lavoratori: GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*. cit., pag. 16; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit.

11 Sull'art. 44 in generale, v.: *La riforma agraria come redistribuzione della proprietà*, Saggi, Bologna 1949 [molto probabilmente riferito a SERPIERI, *La riforma agraria come redistribuzione della proprietà fondiaria*. Edagricole, Bologna, 1949]; AMORTH, *La Costituzione italiana*, cit., pag. 83. Come garanzia dei lavoratori: AA. citati in nota 10.

12 Sull'art. 41, in generale: COLI, *La proprietà e l'iniziativa privata*, cit.

Per una completa valutazione della portata della norma, anche in riferimento alle garanzie del lavoro, v.: MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit.; BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione*

Anche questa disposizione trova il suo posto nella categoria delle garanzie del lavoro e, in particolare, nel gruppo di garanzie diretto a realizzare l'uguaglianza fra i cittadini e la partecipazione di tutti all'indirizzo politico generale.

Se, infatti, il primo comma dell'art. 41 riconosce la piena libertà dell'iniziativa privata, il secondo comma precisa i limiti e le condizioni per l'effettivo svolgimento di tale libertà¹³.

In sostanza, il soggetto privato è libero di svolgere la sua attività economica, a condizione che non si ponga in contrasto con l'utilità sociale e con la sicurezza, la libertà e la dignità umana.

Risulta evidentissimo il superamento della vuota concezione della proprietà cosiddetta "funzionale," cui si ispirava il sistema corporativo. L'iniziativa economica – nell'ambito di tale concezione – era in apparenza pubblicizzata e funzionalizzata, venendone subordinata la legittimità ad una sua ipotetica rispondenza alle esigenze di una non meglio identificata e identificabile produzione nazionale. L'imprenditore appariva così una specie di "gerarca" nell'impresa, che agiva per un superiore interesse nazionale, anche se poi questo interesse superiore non era, in realtà, che il suo interesse. La Costituzione ha ripudiato la retorica di simili concezioni, riconoscendo che *l'iniziativa economica privata non può che avere scopi essenzialmente individualistici*, e che, perciò, l'imprenditore privato non ha veste di capo e di gerarca, né agisce in conformità di un superiore interesse, ma è un soggetto privato che opera per un interesse strettamente personale, e nell'ambito della più rigorosa autonomia privata¹⁴.

Al presunto obbligo dell'imprenditore di improntare la propria attività all'interesse nazionale, si sostituiscono invece due limiti essenzialmente negativi

italiana, cit.; AMORTH, *La Costituzione it.* cit., pag. 79; SANTORO PASSARELLI, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, in *Atti del Congresso Nazionale di diritto agrario*, Milano, 1954, pag. 911; PUGLIATTI, *Proprietà e lavoro nell'impresa*, in *Riv. giur. lav.* 1954, 1, 135.

Particolarmente importante l'intero cap. III del volume più volte citato del NATOLI, *Limiti costituzionali*, ecc., che contiene un'acuta disamina della portata della norma dell'art. 41, con particolari riferimenti alle garanzie del lavoro.

Merita di essere segnalato il singolare fenomeno per il quale alcuni AA., che tendono a svalutare la portata dei limiti previsti dall'art. 41 nei confronti dell'imprenditore, ritengono poi applicabile tale norma addirittura alle associazioni sindacali. Vedi in questo senso: ESPOSITO, *Note esegetiche sull'art. 44*; e *Lo Stato e i sindacati* (ambidue in *Saggi su La Costituzione italiana* cit., rispettivamente a pag. 184 e 172).

13 Secondo alcuni AA., l'art. 41 apparirebbe come contraddittorio, perché una libertà – per essere tale – non potrebbe essere sottoposta a vincoli e limiti. Tale affermazione non è esatta, né in linea generale, né con particolare riferimento all'art. 41; ogni libertà giuridica è necessariamente assoggettata a dei limiti. Non vediamo pertanto la necessità dello sforzo compiuto da alcuni Autori (ad es. dal MAZZIOTTI nel citato volume sul *Diritto al lavoro*, cap. V), per cercare di superare un ostacolo che in realtà non esiste.

14 In questo senso: NATOLI, *Limiti costituzionali*, ecc., cit., pag. 102 e segg.

per l'attività imprenditoriale. In essi, e particolarmente nel secondo, deve ravvisarsi una delle più importanti garanzie poste dalla Costituzione a favore dei lavoratori.

Se, infatti, il primo limite – necessità di non agire in contrasto con l'utilità sociale¹⁵ – attiene soprattutto ad un interesse di carattere generale, il secondo – necessità di non agire in contrasto con la sicurezza, la libertà, la dignità umana – è specificamente previsto in considerazione di un interesse peculiare che riguarda immediatamente i soggetti (lavoratori), con l'ausilio dei quali l'attività suddetta si svolge¹⁶.

In conformità dei principi indicati negli artt. 2 e 3, si pongono così le basi affinché anche nell'ambito dell'impresa – che dell'iniziativa economica costituisce la fondamentale e più rilevante manifestazione – si realizzi quel regime di uguaglianza sostanziale che rappresenta la meta finale di tutto l'ordinamento. Imporre all'imprenditore la necessità del rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana, significa limitare fortemente i suoi poteri nell'ambito dell'azienda, trasformandoli – come si vedrà meglio in seguito – da assoluti ed arbitrari in meramente discrezionali. Lo stesso richiamo alle tre diverse nozioni di sicurezza, di libertà e di dignità, mostra con assoluta evidenza come sia considerato ogni momento del rapporto imprenditore-lavoratore, coprendo la personalità di quest'ultimo con una garanzia che ne tocca tutti gli aspetti.

Il concetto di sicurezza richiama, infatti, la nozione di integrità fisica, ma anche quella di stabilità della occupazione; il concetto di libertà richiama la garanzia di esplicazione libera della propria personalità anche nell'ambito delle formazioni sociali e, quindi, della stessa impresa; il concetto di dignità richiama quel complesso di valori umani e morali, che della personalità del soggetto è inscindibile complemento.

I limiti posti dall' art. 41 all'iniziativa privata economica, costituiscono dunque *una garanzia di uguaglianza per i lavoratori* e si inquadrano nell'ambito generale delle misure poste in essere per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che impediscono la libera esplicazione della personalità umana dei lavoratori e l'ulteriore ascesa delle forze del lavoro.

15 Il NATOLI, *Limiti costituzionali*, ecc., pag. 105, ravvisa nell'utilità sociale, prima ancora che un limite della privata iniziativa, un carattere interno della stessa. In linea di principio, possiamo concordare con tale concezione, purché peraltro sia ben chiaro che l'utilità sociale esprime una nozione ben diversa da quella di funzione sociale. Il che del resto ha cura di precisare lo stesso Natoli nelle pagine seguenti del cit. vol.

16 Sul limite sociale esterno, v. le esatte osservazioni del NATOLI, *Limiti costituzionali*, ecc., cit., pag. 105 e segg.; ed anche in *Sicurezza, libertà e dignità del lavoratore nell'impresa*, *Dir. lav.*, 1956, I, 3. Secondo il MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, cit., pag. 157, nota 16, il limite esterno si sostanzierebbe nel contenuto dell'art. 2087 C.C. L'affermazione non ci sembra esatta, in quanto la dizione costituzionale è senza dubbio molto più ampia di quella del Codice civ. Sull'argomento avremo occasione di ritornare.

*

Nello stesso gruppo meritano poi di essere incluse le norme contenute nell'art. 41, III comma, nell'art. 53, nell'art. 4.

Con la prima disposizione si affida al legislatore ordinario il compito di “determinare i programmi ed i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”¹⁷. In sostanza, il legislatore ordinario ha il compito (non la semplice facoltà) di impedire che l'iniziativa economica si svolga in modo frammentario, isolato e senza alcun coordinamento. Ed è chiaro che anche la determinazione di tale compito di coordinamento e di orientamento corrisponde alla finalità di una equa produzione e distribuzione del reddito nazionale. Orientare l'iniziativa economica in conformità di un programma generale, significa infatti limitare gli interessi particolaristici, impedire la formazione di situazioni di privilegio, potenziare e tutelare ancora una volta, su un piano molto generale, le forze del lavoro.

Anche nell'art. 53¹⁸, che si riferisce al sistema tributario ed afferma che esso deve essere informato a criteri di progressività, è stata giustamente vista una garanzia che interessa i lavoratori, essendo ovvio che uno dei fattori del progresso sociale di un Paese deve essere ravvisato proprio nella equità delle imposizioni, nella eliminazione degli ingiustificati privilegi fiscali, nella determinazione dell'obbligo generale di partecipazione alle spese pubbliche in proporzione alla capacità contributiva di ognuno.

Viene, infine, in considerazione l'art. 4 che rappresenta uno dei cardini essenziali del sistema costituzionale delle garanzie del lavoro¹⁹.

17 MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, cit., pag. 160, si occupa specificamente del contenuto del terzo comma dell'art. 41, peraltro con una concezione alquanto restrittiva dei poteri e degli obblighi attribuiti allo Stato dalla norma costituzionale.

18 Sull'art. 53, come garanzia dei lavoratori: GIANNINI, *Rilevanza costituzionale*, ecc., cit., pag. 16; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit.

19 Sul diritto al lavoro esiste una vasta letteratura. Purtroppo, si tratta piuttosto spesso di saggi diretti più a svuotare la norma di ogni contenuto che non ad individuarne l'effettiva portata. Tipico esempio di tale tendenza è costituito dal voluminoso saggio del MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, Milano, 1956, che si compendia in sostanza nell'affermazione che non si tratta né si tratterà mai di un vero e proprio diritto, in senso tecnico. Anche per il MAZZONI, *L'iniziativa economica e il diritto al lavoro*, in *Scritti in onore di Giuseppe Valeri*, vol. 2°, pag. 435, la portata dell'art. 4, 1° comma, è molto limitata, poiché di un diritto potrà parlarsi soltanto quando sarà stata modificata la legislazione che regola l'impresa, la gestione economica, gli stessi rapporti tra Stato e privati nella vita produttiva.

Per il PROSPERETTI, *Sul diritto al lavoro*, in *Annali facoltà scienze politiche Università Perugia*, 1952-53, pag. 323, l'art. 4 contiene una norma meramente programmatica; un principio di attuazione della tutela del diritto al lavoro può però ravvisarsi – secondo questo A. – nella vigente legislazione sul collocamento.

Il LEVI, *La Repubblica democratica e il suo fondamento sociale*, cit., pag. 8, si limita a rilevare che si tratta di un diritto oggi come oggi non azionabile. Sostengono che si tratta di una norma programmatica, in senso alquanto restrittivo: CROSA, *Corso di diritto costituzionale*, Torino, 1951, 2, 82; CERRETI,

Il primo strumento atto a realizzare l'attiva partecipazione dei lavoratori all'organizzazione politica, sociale ed economica del Paese, consiste nella garanzia di un "posto di lavoro." E questo il significato più rilevante della proclamazione del diritto al lavoro (I comma).

Tralasciando per ora le discussioni insorte nella dottrina circa l'efficacia giuridica di tale proclamazione e circa la definizione delle posizioni subiettive che da essa derivano, basterà qui osservare che si tratta di una garanzia che ha molteplici riflessi sia nei confronti dello Stato che nei rapporti intersoggettivi. E ciò anche se si neghi che attualmente il diritto al lavoro possa essere veramente considerato come un diritto soggettivo. Esso è, comunque, espressione di un interesse costituzionalmente protetto che, come si vedrà meglio in seguito, si specifica sia in relazione all'assegnazione di un (adeguato) posto di lavoro – nel qual senso, appunto, il diritto al lavoro si inserisce tra le garanzie di uguaglianza e di compartecipazione all'indirizzo politico – sia nel senso del mantenimento del posto di lavoro, una volta che esso sia stato ottenuto, nel qual senso tuttavia esso appare rilevante più immediatamente sul piano dei rapporti intersubiettivi²⁰.

Corso di diritto costituzionale, Torino, 1949, pag. 112; il BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1953, pag. 353. Nello stesso senso si è espressa anche la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con la sentenza 27.1.1954 n. 194 (*Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, 1, 77).

L'importanza e l'efficacia del principio costituzionale sono stati rilevati dai seguenti Autori: MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in *Atti della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla disoccupazione*, vol. IV, tomo 1, pag. 79 e segg. (il quale ravvisa nel diritto al lavoro non solo una garanzia di occupazione, ma anche una garanzia di protezione sociale); NATOLI, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 1, 195; CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 1, 161 e segg.; GIANNINI, *Rilevanza costituzionale*, ecc., cit., pag. 13; v. anche negli atti del Convegno su *La tutela delle libertà nei rapporti di lavoro* (Milano, 1955) le relazioni del NATOLI e del MORTATI.

- 20 È stato anche posto in evidenza come il diritto del lavoro costituisca la forma più intensa di protezione sociale e come di fronte ad esso la stessa tutela previdenziale dello Stato verso il lavoratore assuma un aspetto meramente integrativo ed accessorio (v. CRISAFULLI, NATOLI, MORTATI; opere citate in nota 19). Approfondendo ulteriormente la natura giuridica del diritto al lavoro, alcuni Autori (in particolare: MORTATI, *Il diritto al lavoro*, cit.; GIANNINI, *Profili costituzionali della protezione sociale delle categorie lavoratrici*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, I, I e segg. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, p. 125) hanno osservato che il diritto al lavoro assume contemporaneamente un contenuto negativo ed uno positivo: negativo, perché si estrinseca nella pretesa di astensione da ogni intervento diretto ad impedire l'esplicazione di un'attività lavorativa; positivo, perché si manifesta anche nella pretesa di ottenere un'occupazione stabile ed adeguatamente retribuita. È proprio in questo duplice contenuto che deve ravvisarsi la più elevata manifestazione del principio di uguaglianza sostanziale. Se infatti un'occupazione deve essere garantita a tutti i cittadini, senza discriminazioni di sorta, è chiaro che è illecito il comportamento del soggetto privato che impedisca ad un cittadino di ottenere un posto di lavoro, non meno del comportamento dello Stato che non ponga in essere un meccanismo regolatore della domanda e dell'offerta atto a garantire – in condizioni di effettiva uguaglianza – la piena ed indiscriminata occupazione dei cittadini.

Resta da vedere quale sia la portata del II comma dell'art. 4, nel quale suole vedersi l'affermazione di un cosiddetto “*dovere al lavoro*”²¹, in contrapposizione col diritto al lavoro di cui al I comma. In realtà, questa contrapposizione non esiste, affermandosi nei due commi due principi sostanzialmente diversi e connessi soltanto in quanto entrambi rappresentano garanzie predisposte a favore dei lavoratori.

Anche il principio enunciato nel II comma costituisce infatti una garanzia di uguaglianza nel senso già chiarito. E in realtà, l'affermazione del dovere per ogni cittadino di svolgere un'attività socialmente utile, si risolve in un ulteriore impegno di eliminazione delle situazioni di privilegio.

Si è invero sostenuto che si tratta di un'affermazione di ordine puramente morale o di una proclamazione retorica, ma tali censure non hanno fondamento.

È vero che a prima vista si tratta di un precetto sprovvisto di sanzione, quanto meno specifica. Ma sarebbe erroneo ritenere che la validità di un principio generale di struttura – quale è quello che qui interessa – debba essere assistita da una simile sanzione, quasi che non fossero sufficienti le sanzioni di ordine generale che, in relazione alla violazione dei principi fondamentali e di struttura, necessariamente discendono dalla stessa natura convenzionale della Costituzione. *Ad abundantiam*, si può comunque dire che non è neanche vero, in definitiva, che manchino le sanzioni specifiche. Per accorgersene basta rilevare la distinzione operata dall'art. 38, ai fini in esso determinati, tra i cittadini che svolgono un'attività lavorativa e quelli che invece – pur potendolo – non svolgono alcuna attività del genere²².

Quel che maggiormente interessa è, tuttavia, per il momento, l'aspetto più generale del principio sancito nel secondo comma dell'art. 4, quello che serve a precisare ed a definire ulteriormente le caratteristiche del sistema costituzionale.

È proprio in base a tale enunciazione, infatti, che si può effettuare la già profilata distinzione tra la posizione attribuita dall'ordinamento ai soggetti che svolgono un'attività di lavoro, nel senso proprio del termine, e quella attribuita

21 Secondo il MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, cit., pag. 75, il secondo comma dell'art. 4 enuncia soltanto un dovere morale e perciò implicitamente vieta che tale dovere possa essere trasformato in obbligo giuridico.

Anche per il GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, cit., pag. 13, e per il CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro*, cit., pag. 162, l'enunciazione è priva di rilievo giuridico, per la sua genericità e per la mancanza di ogni conseguenza giuridicamente rilevante della sua inosservanza.

Si pronunciano invece a favore della giuridicità del dovere al lavoro: BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione*, cit., pag. 148 (il quale rileva che il dovere del lavoro costituisce un autentico limite di molte situazioni soggettive attive); MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pag. 157 (il quale deduce la giuridicità del principio dal coordinamento dell'art. 4 con l'art. 1 della Costituzione); NATOLI, *Limiti costituzionali*, ecc., cit., pag. 59 e segg.

22 In questo senso, v. particolarmente: MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit, pag. 158.

ai soggetti che svolgono una più generica attività socialmente utile. Ed è proprio in quest'ultima specificazione che deve ravvisarsi – come è stato esattamente rilevato – la base per la eliminazione di ogni privilegio di natura tipicamente feudale²³.

B) *Garanzie di tutela del lavoratore nel rapporto di lavoro*

La prima e, in certo senso, più importante garanzia di questo tipo è, indubbiamente, quella relativa alla *conservazione del posto di lavoro*. Come si è accennato, è questo un ulteriore aspetto del diritto al lavoro, prescindendo dal quale qualsiasi altra forma di tutela appare scarsamente efficiente. Non vi è pari dignità ed uguaglianza fra i soggetti del rapporto di lavoro, quando uno di essi (il lavoratore) è sottoposto alla incombente eventualità della risoluzione del rapporto stesso ad arbitrio dell'altro, e conseguentemente alla perdita del posto di lavoro, cioè della fonte da cui egli ritrae i mezzi di sostentamento per sé e per la propria famiglia. Questa stessa eventualità rappresenta uno dei maggiori ostacoli alla piena esplicazione della personalità del lavoratore e all'esercizio della sua libertà e dei suoi diritti fondamentali. Se tale ostacolo sia stato completamente rimosso dall'art. 4, I comma, se cioè questo abbia determinato l'abrogazione dell'art. 2118 C.C. – che consente, appunto, formalmente ad entrambe le parti del rapporto, ma sostanzialmente al datore di lavoro, la possibilità del cosiddetto recesso *ad nutum* – o se, posto che quella abrogazione non si sia verificata, l'art. 4 valga ad integrare e in qual modo la disposizione dell'art. 2118 cit., è problema che esamineremo più oltre.

Basti per ora ribadire l'esistenza di un interesse costituzionalmente rilevante alla conservazione del posto di lavoro, e la sua fondamentale importanza nel sistema delle garanzie del lavoratore nel rapporto di lavoro.

*

Un altro momento essenziale di tale sistema è rappresentato dalla garanzia relativa alla *retribuzione*. L'art. 36 infatti riconosce il diritto del lavoratore a percepire una retribuzione proporzionata alla qualità e quantità del suo lavoro e sufficiente ad assicurare al medesimo ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa²⁴.

23 L'espressione è del NATOLI, *Limiti costituzionali*, ecc., pag. 61.

24 Sull'art. 36, in generale: BERTOLINO, *L'attività economica, funzioni e forme organizzative del lavoro*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, cit., pag. 424-425.

Acuti rilievi sull'importanza del principio costituzionale del salario familiare, in: IENOLO, *All'indomani di un Congresso di diritto del lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, pag. 433; PUGLIATTI, *Proprietà e lavoro nell'impresa*, cit.; *Id.*, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, pag. 189; NICCOLÒ, *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 2, 5; PANUCCIO, *L'art. 36 della Costituzione e il contratto di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, 2, 20; NATOLI, *La situazione attuale del diritto del lavoro*, Messina, 1955, pag. 116 e segg.

Volendo riassumere gli aspetti principali della rilevanza di questa disposizione, si può dire che: 1) con la fissazione del principio della retribuzione sufficiente, viene sottratto alla disponibilità delle parti un elemento basilare del rapporto di lavoro e cioè la determinazione della retribuzione; 2) si introduce nel rapporto di lavoro un elemento nuovo, e cioè la famiglia del lavoratore; si modifica così la stessa natura giuridica della retribuzione, che viene a perdere il carattere di corrispettivo dell'opera prestata o, quanto meno, si riconosce che a determinare il valore del fatto lavoro concorre, oltre al risultato di questo per il datore di lavoro, anche la funzione che esso esplica e deve esplicare per il lavoratore, considerato nella società primordiale alla quale appartiene, cioè nella sua famiglia; 3) si esige che la retribuzione sia non soltanto sufficiente alla copertura dei bisogni fisiologici del lavoratore e della sua famiglia, ma anche idonea ad assicurare ad essi un'esistenza libera e dignitosa²⁵.

La garanzia contenuta nel I comma dell'art. 36 è poi rafforzata dalle ulteriori disposizioni dettate dal legislatore nel II e III comma dello stesso articolo, in relazione alla durata della giornata lavorativa, al riposo settimanale, alle ferie.

Si tratta di disposizioni di eccezionale rilievo, non tanto per il loro contenuto (in definitiva, sotto questo profilo, la norma costituzionale è soltanto confermativa), quanto perché con esse si è attribuita rilevanza costituzionale a materie normalmente riservate alla competenza del legislatore ordinario.

(con richiami di dottrina e giurisprudenza); NAPOLITANO, *Il lavoro subordinato*, Milano 1955; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pag. 175 e segg.; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1957; PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, 1958, pag. 79 e segg.; PALERMO, *Manuale di diritto del lavoro*, 1957, vol. 2°, pag. 179 e segg.

25 La norma contenuta nell'art. 36 ha sollevato, per la sua novità e per la sua importanza, notevoli e talvolta appassionati dibattiti. Ormai, la discussione sulla precettività della norma può considerarsi superata, anche perché la giurisprudenza anche del Supremo Collegio, dopo qualche incertezza, si è andata sempre di più consolidando a favore della tesi affermativa (da ultimo e per tutte, v. la sentenza 18.11.1957 della Corte di Cassazione, sez. 2ª, in *Riv. giur. lav.*, 1958, 2, 8, la quale mette in evidenza in modo adeguato anche la funzione di limite all'autonomia negoziale dei singoli, indubbiamente da riconoscersi alla norma in esame). Da ultimo, e nello stesso senso, v. anche: Cass. Civ., 2ª Sez., 25 febbraio 1958, n. 630, in *Riv. giur. lav.*, 1958, 2, 129. E, invece, ancora vivo il dibattito sulla incidenza del riconoscimento del "salario familiare" sulla struttura tradizionale del rapporto di lavoro (su questo punto, v. in particolare: IEMOLO, PUGLIATTI, NATOLI; op. cit. in nota 24). Si è anche posto il problema se il diritto alla retribuzione minima sufficiente sia ancora da annoverarsi tra i diritti di credito, oppure debba ormai includersi tra i diritti della personalità. A favore di quest'ultima tesi si sono pronunciati in particolare il NICCOLÒ, il PUGLIATTI, il MORTATI (op. cit.), i quali hanno fondato il loro assunto soprattutto sul carattere di assolutezza e di indisponibilità di cui sembra essere rivestito il diritto in questione.

Contra: NAPOLETANO, *Il lavoro subordinato* (cit.), per il quale la retribuzione mantiene ancora il suo carattere di diritto di credito. Una posizione particolare è quella del LEGA, *Il salario minimo*, in *Dir. lav.*, 1952, 2, pag. 290, il quale sostiene che si tratta di un diritto della persona assimilabile a quello della libertà.

*

Non meno importante è la disposizione contenuta nell'art. 37, sulla quale si è fermata assai meno – ed ingiustificatamente – l'attenzione della dottrina²⁶.

In realtà, l'art. 37 introduce alcuni principi nuovi per il nostro ordinamento, dei quali sarebbe vano contestare la portata. Si riconosce con essi il diritto dei lavoratori ad ottenere, indipendentemente dal sesso e dall'età, a parità di lavoro, parità di trattamento retributivo, cioè lo stesso trattamento fatto (nell'ambito della stessa impresa) ai lavoratori più favoriti. È noto come tuttora si tragga pretesto dal sesso e dall'età dei lavoratori per differenziare le retribuzioni, non tanto in base alla qualità e quantità del lavoro – secondo l'indicazione dell'art. 36 – ma in base al sesso e all'età dei lavoratori, attribuendo alle donne e ai minori, a parità di lavoro, retribuzioni minori di quelle riconosciute agli altri lavoratori. La garanzia posta dalla norma in esame tende ad abolire queste differenziazioni, che sono perciò da ritenere contrarie alla Costituzione; ma essa ha significato certamente più ampio, valendo il principio di parità di trattamento ad escludere

26 Uno dei primi ad occuparsi specificamente dell'art. 37, individuandone esattamente l'estrema importanza, è stato il NATOLI, *La situazione attuale*, ecc., cit., pag. 122 e segg.

Altri AA. Hanno riconosciuto l'immediata precettività della norma, pur senza approfondire il problema del contenuto dell'art. 37. In particolare si vedano: [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1955, pag. 117 e 127; GIANNINI, *Profili costituzionali della protezione sociale*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, 1, pag. 1; DE LUCA TAMAJO, *La donna nell'ordinamento giuridico del lavoro*, *Riv. giur. lav.*, 1956, 1, 19; DE LITALA, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1953, pag. 273-274 (anche se con qualche riserva); GUIDOTTI, *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1956, pag. 355 e segg. (id.). Contro la precettività della norma: CASSI, *La retribuzione nel contratto di lavoro*, Milano, 1954, pag. 166; CATALDI, *Il lavoro della donna*, in *Dir. lav.*, 1950, 1, pag. 227; VENTURI, *Il principio "a lavoro uguale, salario uguale" nella legislazione comparata*, in *Dir. lav.*, 1950, 1, pag. 275; BRUNETTI, *Critica alla precettività immediata dell'art. 37 della Costituzione*, in *Mass. giur. lav.*, 1957, pag. 80.

La giurisprudenza predominante si è espressa in senso favorevole alla precettività immediata. Fra le diverse sentenze, ricordiamo: App. Milano, 14-12-1956 in *Mass. giur. lav.*, 1957, pag. 80; Trib. Milano 30-6-1955 in *Riv. giur. lav.*, 1955, 2, pag. 369; App. Milano 11-10-1956, in *Foro it.*, 1957, 1, c. 728; Cass. civ. 26-6-1958, n. 2283, in - *Foro it.*, 1958, 1, pag. 1075: (tutte sul 1° comma dell'art. 37); Cass. civ. 23-10-1954, n. 4053 in *Riv. giur. lav.*, 1954, 2, pag. 501; App. Torino 28-10-1954, *ivi*; Trib. Roma 20-11-1954, *ivi*; App. Cagliari 24-1-1955, *ivi* 1955, 2, pag. 227 (tutte sul 3° comma dell'art. 37).

Contro la precettività della norma si è invece costantemente espresso il Consiglio di Stato (16-5-1952 in *Riv. giur. lav.*, 1953, 2, 420; 3-1-1954 in *Consiglio Stato*, 1954, 1, c. 174; 7-4-1954 in *Foro it.*, 1954, 3, c. 231).

Per un'informazione completa su tutte le questioni inerenti all'applicazione dell'art. 37 della Costituzione, è indispensabile consultare il volume di recente pubblicazione degli "Atti del Convegno di studio" svoltosi in Milano dal 4 al 6 ottobre 1957 sotto il patronato della Soc. Umanitaria di Milano (*Retribuzione uguale per un lavoro di valore uguale*, Milano, Giuffrè, 1958). Oltre ai contributi di insigni giuristi e di sindacalisti, il volume contiene anche un'efficace documentazione sulle condizioni del lavoro femminile in Italia.

ogni possibile discriminazione tra lavoratore e lavoratore, salvo le naturali differenziazioni connesse con la differenza di attività lavorativa²⁷.

*

Si giunge così all'apice del sistema, che è rappresentato dalla disposizione contenuta nell'art. 46, col quale si riconosce *il diritto dei lavoratori a collaborare alla gestione delle aziende*²⁸. Con tale affermazione si tende ad attribuire al lavoratore, nella economia delle aziende, una posizione del tutto nuova che deve sostituirsi a quella tradizionale di soggezione, consentendo il potenziamento e il massimo sviluppo della sua personalità.

Né va dimenticato che la collaborazione alla gestione si risolve anche in un controllo sulla organizzazione dell'azienda, sull'entità degli utili realizzati e sull'impiego dei medesimi. Si comprende, quindi, agevolmente come essa rappresenti uno strumento fondamentale di uguaglianza sostanziale, oltre che di elevazione economica e sociale. In realtà, anche se l'art. 46 fa riferimento esplicito soltanto alla finalità di elevazione economica e sociale del lavoro, è chiaro che la norma si collega in modo strettissimo con quella dell'art. 3 della Carta Costituzionale.

Garantire ai lavoratori la partecipazione alla gestione delle aziende significa infatti tradurre in termini concreti l'impegno di rimozione degli ostacoli che si oppongono ad una effettiva libertà ed uguaglianza dei cittadini; significa altresì

27 Di recente, è stata pubblicata la legge 27-7-1957 (in G. U. n. 186) con la quale si approva la Convenzione intern. n. 100 adottata a Ginevra il 6-6-1951 dalla 34ª Sessione del B.I.T., relativa al diritto della donna lavoratrice di ottenere, a parità di lavoro, la stessa retribuzione corrisposta agli uomini.

Come si è esattamente rilevato (NATOLI, *Sulla rilevanza della Convenzione internazionale n. 100*, in *Riv. giur. lav.*, 1957, 1, 177), la Convenzione e la legge di approvazione, non hanno introdotto nel nostro ordinamento nulla di nuovo, ma hanno soltanto costituito la conferma di un principio da tempo operante, ancorché di fatto scarsamente rispettato,

28 Sull'art. 46, in generale, v.: BERTOLINO, *L'attività economica*, ecc., cit., pag. 431 (con richiami di dottrina): AMORTH, *La Costituzione italiana*, cit., pag. 80; COLLOTTI, *L'art. 46 della Costituzione e la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 1, 183 e segg.; DI GIOIA, *L'intervento dei lavoratori nella gestione delle aziende*, Firenze, 1952; [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, 1956, pag. 279 e segg.; SINAGRA, *Cogestione o comproprietà?*, in *Dir. lav.*, 1955, 1, 187; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pag. 181; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit.; NATOLI, *Limiti costituzionali*, ecc., cit., pag. 126 e segg.

Sul problema della partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, in generale, v.: LYON-CAEN, *Manuel de droit du travail*, Paris, 1955, pag. 134 e segg.; *Il dibattito sui Consigli di gestione*, *Atti del Convegno*, Milano, 1946; MAZZONI, *Il problema dei Consigli di gestione*, in *Dir. lav.*, 1947, 1, 263; ed anche in *Corso di diritto del lavoro*, Bologna, 1948, pag. 142 e segg.; DERSCH, *La cogestione e la codecisione dei prestatori di lavoro nel diritto tedesco*, in *Riv. dir. lav.*, 1952, 1, 73; DIETZ, *La nuova Costituzione dell'esercizio del lavoro in Germania*, in *Nuova Riv. dir. comm. e dell'ec.*, 1953, 1, 37; PALERMO, *Manuale di diritto del lavoro*, 1957, vol. 2°, pag. 175 e segg.

assicurare – almeno sul piano economico – l’effettiva partecipazione dei cittadini alla formazione dell’indirizzo politico generale.

Non occorre, forse, sottolineare quanto la norma dell’art. 46 incida sulla struttura del rapporto di lavoro e sulla posizione stessa del lavoratore; basterà ricordare come da alcune parti si sia affermato che in base ad essa il rapporto di lavoro è venuto ad inquadrarsi decisamente nell’ambito dei rapporti associativi²⁹.

A prescindere dal fondamento di tale assunto, del quale dovremo occuparci più oltre, possiamo rilevare fin d’ora che il diritto sancito dall’art. 46, – anche se – sino a quando non sia emanata la prevista legge (ordinaria) che ne determini i modi e i limiti di attuazione, – rappresenti, ancora una volta, non un vero e proprio diritto soggettivo ma l’espressione di un interesse costituzionalmente rilevante – si pone, alla pari degli altri già ricordati ed accanto ad essi, come un ulteriore attributo della personalità del lavoratore e determina uno spostamento sensibile della tradizionale posizione delle parti nel rapporto di lavoro.

A prima vista, risulta evidente l’enorme distanza che ormai separa la concezione costituzionale del lavoro da quella che prospetta il lavoro come merce e che è tuttora largamente condivisa. Il soggetto che presta un’attività lavorativa entra nell’azienda con un complesso di diritti e di garanzie che lo conducono ad incidere direttamente e profondamente non solo nella fase meramente esecutiva della produzione, ma anche in quella ben più elevata della determinazione dell’indirizzo e dei criteri di svolgimento dell’attività aziendale³⁰.

C) *Garanzie di autotutela sindacale.*

Le norme esaminate nel paragrafo precedente adempiono alla finalità generale posta dall’art. 3, II comma, esplicitando, con riferimento ad un rapporto specifico qual è il rapporto di lavoro, la funzione di tutela del soggetto sostanzialmente più debole; tutela che, guardata dal punto di vista dell’altro soggetto (datore di lavoro) si esaurisce in una riduzione dei suoi poteri o più genericamente della

29 GUARINO, *Spirito del diritto del lavoro e natura del contratto individuale*, in *Dir. e giur.*, 1950, I, I; GRASSETTI, *Atti del Convegno sulla tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, Torino, 1955, pag. 81.

30 Anche sull’art. 46 si è concentrato il fuoco di fila delle obiezioni e delle limitazioni dottrinarie. Vi è chi ha negato tout court l’applicabilità della norma e vi è perfino chi ne ha trattato ulteriori argomenti per porre nuovi doveri ed obblighi a carico del prestatore di lavoro. L’orientamento più diffuso è peraltro quello tendente a limitare la concreta portata della norma, riducendo il diritto del lavoratore a quello di una partecipazione a titolo meramente consultivo alla gestione dell’impresa.

In realtà, l’art. 46 ha un contenuto ben diverso sia da quello dell’art. 2094 C.C., sia da quello dell’art. 2102. La collaborazione prevista dalla Costituzione non può essere confusa in alcun modo con la indicazione estremamente vaga, generica ed astratta contenuta nella prima norma suindicata; né è possibile restringerla nell’ambito della partecipazione agli utili, che in realtà della partecipazione alla gestione non è che l’aspetto più marginale e secondario (in questo senso, esatti rilievi in: MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pag. 181; per altre interessanti osservazioni, v.: NATOLI, *Adempimento e non collaborazione*, in *Riv. giur. lav.*, 1949, 1, 35; COLLOTTI, *L’art. 46*, ecc., cit., pag. 188).

sua autonomia³¹. Ma indubbiamente il sistema sarebbe largamente incompleto, se si arrestasse a questo punto. In effetti, tali riduzioni e limitazioni possono servire soltanto relativamente a ristabilire l'equilibrio fra le parti; il che apparirà chiaro soprattutto quando si consideri che è esclusa in generale la possibilità di un intervento d'autorità *ad adiuvandum* direttamente sui singoli rapporti e quando si tenga presente lo scarso significato pratico – dal punto di vista dei suoi effetti immediati – di una eventuale azione giudiziaria del lavoratore (sempre che egli sia veramente in grado di esperirla) nei confronti del datore di lavoro.

Nasce da ciò l'esigenza di riconoscere ai lavoratori la possibilità di una *autotutela dei propri interessi*, alla quale ha corrisposto la Costituzione italiana con le norme contenute negli artt. 39 e 40, rispettivamente dedicate alla libertà sindacale ed al diritto di sciopero³².

Bisogna precisare subito che tra queste disposizioni vi è una differenza evidente. Infatti, la libertà di organizzazione sindacale è riconosciuta a favore sia dei lavoratori che dei datori di lavoro; il diritto di sciopero, invece, è un mezzo che gioca soltanto in favore dei primi. Ciò non toglie che, sia la libertà sindacale che il diritto di sciopero, siano precise espressioni del principio di autotutela cui qui si accenna.

Infatti, l'organizzazione sindacale – che per i datori di lavoro ha prevalentemente funzione di mezzo di collegamento – ha ben maggiore importanza per i lavoratori, la cui unione nella associazione sindacale rappresenta il primo mezzo per resistere, anche sul piano contrattuale, alla maggior forza dei datori di lavoro. L'esperienza ha, tuttavia, dimostrato che la sola libertà di associazione sindacale non basta a creare una vera situazione di equilibrio. Si è, perciò, aggiunto a favore dei soli lavoratori il riconoscimento della possibilità di ricorrere alla cosiddetta azione diretta sindacale, la cui più vistosa manifestazione è rappresentata dallo sciopero.

Si è posta così in essere un'ulteriore garanzia a favore delle forze del lavoro, che si presenta con caratteristiche particolari rispetto a quelle sin qui descritte, essendo il suo funzionamento direttamente affidato agli stessi soggetti che ne

31 Occorre appena rilevare come il principio in esame sia operante anche nei confronti dello Stato, quanto meno nel senso che la stessa attività della pubblica amministrazione (non meno che l'attività legislativa) deve essere improntata al rispetto dell'esigenza di tutela del contraente più debole. Del resto, anche l'autonomia del prestatore di lavoro subisce in concreto un limite, in quanto il principio è reso operante anche contro la volontà del medesimo, mediante l'affermazione della inderogabilità di una serie di diritti riconosciuti in suo favore.

32 Sulla garanzia dell'autotutela sindacale, in generale: MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, pag. 188; BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, cit., pag. 27 e segg.; GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, cit.; [RIVA] SANSEVERINO, *Il lavoro nella nuova Costituzione italiana*, *Dir. lav.*, 1948, 1, pag. 105; MAZZONI, *L'organizzazione sindacale e i contratti collettivi*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, cit., pag. 440; LEVI, *Il diritto di sciopero*, ivi, pag. 461; NATOLI, *La situazione attuale*, cit., pag. 71 e segg.; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, ed. 1957, cit.; GASPARRI, *Elementi di diritto sindacale secondo la nuova Costituzione*, Cagliari, 1952; [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, Roma, 1956, cit.; SIMI, *Il diritto di sciopero*, Milano, 1956.

sono titolari e destinatari. Spetta in sostanza ai lavoratori di provvedere alla tutela dei propri interessi, realizzando in concreto quella garanzia di autodifesa che l'ordinamento loro attribuisce.

Ciò importa, anzitutto, la necessità di un atteggiamento per così dire di neutralità da parte dello Stato (Autorità), nel senso che si costituisce per lo stesso una necessità di non intervento nello svolgimento dell'attività sindacale. Quest'ultima si svolge pertanto, secondo il sistema delineato dall'art. 39, su un piano di rigorosa autonomia, che esclude ogni possibilità di intervento esterno, diretto sia a regolare la vita interna delle associazioni sindacali, sia a indirizzarne o controllarne l'attività.

Ma la garanzia opera anche e soprattutto *nell'ambito dei rapporti intersubiettivi* in vario senso e, anzitutto, nel senso che l'attività sindacale deve essere libera anche all'interno delle aziende, salvi i limiti naturali rappresentati dall'esigenza del rispetto dell'attività produttiva.

Quanto al contenuto della garanzia in esame, l'art. 39 attribuisce anzitutto alle associazioni sindacali il potere di concorrere alla regolamentazione delle condizioni generali nelle quali debbono svolgersi i rapporti di lavoro, attraverso la contrattazione collettiva. Se la norma si arrestasse a questo punto, essa non farebbe che confermare un sistema già di fatto esistente ed operante, sia pure con i limiti derivanti dal suo inquadramento sul piano del diritto privato comune.

Essa tuttavia, poste certe condizioni, riconosce ai sindacati, riuniti in rappresentanze unitarie, il potere di stipulare contratti collettivi obbligatori per tutti gli appartenenti alla categoria interessata (ult. comma).

Si tende, in tal modo, a consentire la formazione di una disciplina il più possibile spontanea e rispondente alle esigenze concrete che via via si manifestano nei diversi rami e luoghi dell'economia del Paese, assai più di quanto non possa essere una regolamentazione legale ed autoritaria; e, in senso ancora più generale, a consentire, sia pure in un campo ben determinato, la partecipazione diretta delle forze del lavoro a quella che può essere indicata come la funzione determinatrice dell'ordinamento giuridico complessivo³³.

Ragioni in parte analoghe stanno alla base del riconoscimento del *diritto di sciopero*. È stata, infatti, prospettata una sorta di parallelo tra gli artt. 39 e 40, affermandosi che con entrambi lo Stato ha rinunciato ad esercitare un suo potere

33 È opportuno peraltro precisare che il riconoscimento alle associazioni sindacali del potere di stipulare contratti collettivi con efficacia generale, non costituisce affatto una permanente rinuncia dello Stato al proprio potere normativo. La stessa Costituente, pur riconoscendo ampiamente l'autonomia individuale e l'autonomia collettiva, non ha mancato di dettare una disciplina specifica per alcuni aspetti del rapporto di lavoro (art. 36, 2° e 3° comma). Allo stesso modo, il legislatore ordinario può ed anzi deve intervenire con l'attività legislativa sugli aspetti più generali, cui devono improntarsi i rapporti economici intersubiettivi.

istituzionale³⁴; e cioè in base al primo, il suo potere normativo e, in base al secondo, un potere, non meno fondamentale, quale è quello che riguarda la risoluzione delle controversie insorte fra i *subiecti* e cioè il suo potere giurisdizionale.

Senza fermarsi ad esaminare se e sino a che punto tale parallelo risponda veramente alla sostanza della cosa, quel che importa rilevare è come esso metta bene in evidenza il fondamento sostanziale del riconoscimento del diritto di sciopero. E, cioè, la convinzione della insufficienza di un eventuale intervento di autorità a portare ad una soluzione equa dei conflitti di lavoro; e, conseguentemente, della necessità di affidare tale soluzione all'azione delle stesse parti, equilibrando, tuttavia, la posizione rispettiva di queste col munire quella sostanzialmente più debole di un mezzo di pressione diretto a controbilanciare la pressione materialmente esercitata dalla parte economicamente più forte.

È perciò che, mentre la Costituzione riconosce solennemente il diritto di sciopero, non accenna, invece, minimamente alla serrata: se, infatti, il potere di ricorrere all'azione diretta fosse stato riconosciuto a tutte e due le parti, la finalità perseguita non si sarebbe potuta raggiungere.

Il diritto di sciopero si pone quindi come *il principale strumento di autotutela delle forze del lavoro*; ed è perciò che esso non tollera limitazioni o condizioni che valgano ad obliterare la sua funzione istituzionale³⁵.

L'art. 39 e l'art. 40 pongono, dunque, in essere delle garanzie che hanno funzione integrativa di tutte le altre: libertà sindacale e diritto di sciopero costituiscono, infatti, i fondamentali strumenti, a mezzo dei quali i lavoratori possono tendere al raggiungimento di quella posizione attiva che anche ad essi è riconosciuta nel nuovo ordinamento generale.

D) *Garanzie previdenziali*

L'ultima categoria di garanzie trova la sua base nell'art. 38, che attribuisce rilevanza costituzionale ai rapporti assistenziali e di previdenza³⁶. Esso prevede "il diritto al mantenimento ed all'assistenza sociale" per ogni cittadino inabile al

34 MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pag. 204, 205.

35 Poiché sullo sciopero e sulla serrata vi è una letteratura abbondantissima, ci limitiamo per ora a richiamare gli Aa. citati in nota 32, rinviando per ulteriori e più diffusi richiami al cap. VII del presente lavoro.

36 In generale, sull'art. 38: BERTOLINO, *L'attività economica*, ecc., cit., pag. 428 e segg.; CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, pag. 15 e segg.; LEVI, *Linee di una teoria giuridica della previdenza sociale*, Milano, 1953; GIANNINI, *Profili costituzionali della protezione sociale delle categorie lavoratrici*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, I, I; ALIBRANDI, *La previdenza sociale nella nuova Costituzione*, *Dir. lav.*, 1948, 1, pag. 379; DE VALLES, *Previdenza e assicurazioni sociali nella nuova Costituzione*, in *La Riv. it. di prev. soc.*, 1948, 5; PERGOLESI, *La prev. soc. nella Costituzione*, *Corriere Amm/vo*, 1949, 1172; GUARINO, *La prev. soc. nella Costituzione italiana e nelle altre Costituzioni*, in *Riv. inf. e mal. prof.*, 1952, I, 15; PROSPERETTI, *Sulle nozioni di protezione sociale e di sicurezza sociale*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, 1, 295; ed anche in *La posizione professionale del lav. subordinato*, 1958, pag. 167 e segg.; PALERMO, *Manuale di diritto del lavoro e della sicurezza sociale*, 1957, vol. I, pag. 115 e segg.

lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari alla sua esistenza; riconosce, inoltre, ai lavoratori il diritto ad un adeguato trattamento previdenziale in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria.

La particolare rilevanza del fatto “lavoro” è anche qui di tutta evidenza. È, infatti, con riferimento ad esso che si articola il sistema previdenziale delineato nella norma esaminata, il cui fine particolare è quello di assicurare una speciale protezione a coloro la cui esistenza dipende dallo svolgimento di un’attività di lavoro. Presupposto minimo perché sorga il diritto ad ottenere le prestazioni previdenziali previste è, appunto, tale connessione, anche se non è indispensabile lo svolgimento attuale di un’attività lavorativa, cioè l’esistenza concreta di un rapporto di lavoro, purché sia chiaro che la posizione, per così dire, negativa del soggetto non sia il risultato della sua volontà. Se questo fosse, la garanzia dell’art. 38 non verrebbe minimamente in considerazione, tutt’al più potendo intervenire, a favore del “disoccupato volontario” indigente, la previsione dell’art. 32, I comma.

La garanzia in esame si gradua diversamente, a seconda dei casi:

a) chi è inabile al lavoro ha diritto al mantenimento – cioè a quanto è necessario alla sua esistenza – ed all’assistenza sociale (I comma), nonché all’educazione e all’avviamento professionale (III comma), vale a dire ad un particolare trattamento diretto a superare l’ostacolo dipendente dalla inabilità (congenita o sopravvenuta) ed a fargli acquistare una sia pur limitata capacità di lavoro, che gli consenta il passaggio al gradino successivo e l’acquisizione del diritto al relativo trattamento;

b) i lavoratori, cioè gli abili al lavoro che professionalmente esplicano un’attività lavorativa, hanno diritto ad un particolare trattamento che assicuri ad essi mezzi adeguati alle loro esigenze di vita (che debbono essere certamente determinate sulla scorta delle indicazioni contenute nell’art. 36) in una serie di ipotesi in cui la loro attività di lavoro, per cause indipendenti dalla loro volontà, venga meno in tutto o in parte, temporaneamente o definitivamente (disoccupazione involontaria, infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia).

Si tratta, come già risulta da questo sommario accenno, di un sistema complesso, che tende ad abbracciare tutti i momenti della vita del “lavoro,” concorrendo a soddisfare a quell’esigenza di *sicurezza* il cui rispetto rappresenta la base indispensabile per una ulteriore evoluzione dell’intera *societas* nel senso indicato dall’art. 3. II comma.

Vero è che a prima vista – almeno in parte – la norma costituzionale ha un carattere meramente *confermativo* di istituti preesistenti. Ma ancora una volta non può non rilevare quale enorme importanza abbia, sul piano generale e su quello dei rapporti intersoggettivi, la previsione di una specifica garanzia costituzionale.

Tanto più che la norma contenuta nell’art. 38 si specifica ulteriormente allorché la si colleghi ad altre disposizioni della Carta Costituzionale.

Ad esempio, la tendenza già presente nella legislazione sociale più recente ad includere nella tutela previdenziale – direttamente o indirettamente – anche i familiari del lavoratore, assume una particolare rilevanza non solo per la vasta dizione dell'art. 38, ma anche per il fatto che sia stato costituzionalmente sancito, con l'art. 36, il diritto del lavoratore ad una retribuzione sufficiente per sé e per la famiglia. Sarebbe infatti inconcepibile che una garanzia attribuita al lavoratore nel momento in cui presta l'attività lavorativa, venisse a cadere proprio nel momento di maggior bisogno, quando cioè – per una delle evenienze previste dall'art. 38 – il medesimo viene ad essere privato della sua normale capacità di guadagno.

La tutela previdenziale – per essere rispondente ai principi costituzionali – deve dunque estendersi anche ai familiari del lavoratore, sotto due aspetti distinti e precisamente mediante assicurazione di alcune prestazioni anche ai familiari del lavoratore e mediante la considerazione del carico familiare nel computo e nella erogazione delle prestazioni.

Ma la norma costituzionale conferisce un'ulteriore e più concreta rilevanza anche ad un'altra tendenza già presente nella nostra legislazione sociale e precisamente a quella diretta a ravvisare la funzione essenziale della previdenza – o protezione sociale – non già nell'aspetto riparatorio, ma in quello di predisposizione di misure atte a prevenire il verificarsi dell'evento.

Si è già rilevato – in relazione ai rapporti tra l'art. 38 e l'art. 4 della Carta Costituzionale – come il primo obiettivo della tutela previdenziale debba essere quello di garantire la stabilità e la sicurezza dell'impiego. È in questo aspetto particolare che si fondono per la prima volta, in modo completo, i concetti di rischio e di bisogno, in una concezione diretta sostanzialmente a prevenire il verificarsi dell'evento, mediante una concreta liberazione dall'incertezza economica.

Tale concezione investe ovviamente tutti gli aspetti della tutela previdenziale. Così la tutela del lavoratore nei confronti delle malattie deve considerarsi operante soprattutto nella fase preventiva, nella quale devono porsi in opera tutti gli strumenti e le condizioni più idonee per evitare l'insorgenza della malattia. Al tempo stesso, tale tutela deve valicare il ristretto confine delle malattie professionali, per estendersi anche al settore delle malattie da affaticamento o da usura.

È stata infatti esattamente posta in luce³⁷ la gravità delle conseguenze derivanti dall'eccessiva lunghezza dell'orario di lavoro, dalla ripetizione costante e prolungata di determinati movimenti, dalla pratica incontrollata del cottimo in lavori particolarmente pesanti.

Un'efficiente tutela dell'integrità fisica del lavoratore deve realizzarsi anche sulla base di un intervento concreto sui cennati aspetti dell'attività lavorativa.

37 LEGA, *Introduzione sistematica alla legislazione sull'igiene del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1955, I, pag. 361.

Infine, la tutela deve estendersi necessariamente anche alla fase precontrattuale³⁸. Dal collocamento in una determinata occupazione, anziché in un'altra, derivano conseguenze veramente rilevanti e spesso purtroppo sottovalutate. Il lavoratore deve essere avviato ad un lavoro confacente alle sue capacità psico-fisiche ed alle sue attitudini; diversamente, si può arrecare un grave pregiudizio alla salute del lavoratore o si potrà negargli per sempre la soddisfazione nel lavoro o la spinta verso un ulteriore sviluppo della sua qualifica professionale.

È in questi aspetti che torna a mostrarsi la completezza del sistema costituzionale, risultando evidente l'interferenza tra la norma dell'art. 38 e quella dell'art. 41 – che impone il rispetto della sicurezza del lavoratore – e l'influenza delle due disposizioni, così collegate, per la definizione, la precisazione e l'ampliamento degli obblighi posti a carico dell'imprenditore dall'art. 2087 C.C.³⁹.

*

Se questi sono gli aspetti confermativi (ma nel senso più sopra precisato) della garanzia costituzionale, non mancano peraltro – nel sistema di questa – *elementi decisamente innovativi*⁴⁰.

Tra essi sembra degno di particolare rilievo il fatto che la tutela previdenziale è garantita a *tutti* i lavoratori, mentre ancor oggi – come è noto – alcune categorie ne sono escluse.

Altro elemento di particolare rilievo, sempre sul piano delle innovazioni, deve considerarsi quello relativo alla già ricordata determinazione della funzione delle prestazioni previdenziali, che tendono ora secondo la specificazione dell'art. 38 a rappresentare il surrogato della retribuzione sotto tutti gli aspetti indicati dall'art. 36.

In conclusione, la tutela previdenziale assicurata dalla Costituzione costituisce una garanzia efficace e concreta che si aggiunge alle altre garanzie previste dal nostro ordinamento costituzionale a favore dei lavoratori, e più sopra descritte.

Resta da risolvere il problema dei rapporti tra la tutela previdenziale assicurata ai lavoratori ed il generale sistema di assistenza riconosciuto dalla Carta Costituzionale a favore di tutti i cittadini.

È noto, a questo riguardo, che nei vari Paesi si è andato progressivamente affermando l'orientamento verso la predisposizione di sistemi di completa garanzia dai rischi della vita associata e di integrale liberazione del cittadino

38 Questo aspetto è stato particolarmente approfondito dal LEGA, *La tutela dell'integrità psicofisica dei lavoratori disoccupati in occasione dell'avviamento al lavoro*, in *Atti della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla disoccupazione*, vol. II. tomo I, alleg. n. 7, pag. 323 e segg.

39 V. a questo riguardo: NATOLI, *Sicurezza, libertà e dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Dir. lav.*, 1956, I, 3.

40 In questo senso, CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, cit., pag. 133 e segg.

dal bisogno e dall'incertezza. Si parla così di sistemi di “*protezione sociale*” o di “*sicurezza sociale*”⁴¹.

Anche l'Italia non è rimasta estranea a queste moderne tendenze; e la Costituzione del 1948 ha affermato principi che sembrano corrispondere all'esigenza di una completa “*protezione sociale*” dei cittadini.

Peraltro, nell'ambito del sistema generale di assistenza, le garanzie previdenziali previste a favore dei lavoratori mantengono ancora un loro posto del tutto particolare. In realtà, le citate garanzie operano tuttora su un terreno spiccatamente previdenziale e si fondano ancora sul principio tradizionale del rischio, anche se già risulta evidente l'influenza della più moderna teoria del bisogno⁴².

La tutela previdenziale assicurata ai lavoratori costituisce dunque ancora un settore particolare e separato rispetto alla generale tutela assistenziale assicurata a tutti i cittadini; essa opera per conseguenza come un'ulteriore garanzia attribuita dall'ordinamento al lavoratore.

Certo, si tratta di una materia in movimento: il legislatore ordinario dovrà affrontare prima o poi il problema della materiale attuazione dei principi costituzionali ed in particolare dovrà procedere alla costruzione di un completo sistema che garantisca ai cittadini la sicurezza contro tutti i rischi della vita associata.

Riteniamo tuttavia che nell'ambito di tale sistema generale, dovrà trovare una peculiare attuazione anche la speciale garanzia attribuita ai lavoratori, mediante la predisposizione dei mezzi e degli strumenti atti ad assicurare loro una tutela previdenziale che contribuisca a ricostituire l'equilibrio tra le opposte categorie, di cui si è rilevata più volte la sostanziale disparità sul piano economico e sociale.

41 Sugli orientamenti relativi alla sicurezza o alla protezione sociale, possono vedersi in particolare: BALDI, *Il diritto e le esigenze sociali contemporanee, con particolare riguardo alla legislazione del lavoro*, in *Riv. inf. e mal. prof.*, 1953, 14 e segg. e 346 e segg.; PROSPERETTI, *Sulle nozioni di protezione sociale e di sicurezza sociale*, in *Annali Facoltà Scienze politiche dell'Università di Perugia*, Anno 1954-55, pag. 31 e segg.; GUARINO, *La previdenza sociale nella Costituzione italiana e nelle altre Costituzioni*, in *Riv. inf. e mal. prof.*, 1952, 1, 15; MAZZONI, *Rapporto di lavoro e rapporto di assicurazione sociale*, in *Dir. ec.*, 1957, 1, 14; CATALDI, *L'ordinamento giuridico della Previdenza Sociale*, in *Dir. lan.*, 1955, 1, 222; CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, pag. 115 e segg.; GIANNINI, *Profili costituzionali della protezione sociale delle categorie lavoratrici* [cit. alla n. 36]; LYON-CAEN, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, Paris, Pichou, 1955, pag. 309 e segg.; CANALE, *La sicurezza sociale*, Bergamo, 1954; PERGOLESI, *La previdenza sociale nella Costituzione*, in *Il Corriere Amm/vo*, 1949, 1172. Veramente fondamentale è poi il volume del DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 1953.

42 Su questi problemi, v.: SANTORO PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella pren. soc.*, in *Riv. it. pren. soc.*, 1948, 177; LEVI, *Linee di una teoria giuridica della pren. soc.*, 1953, pag. 48; CATALDI, *L'ordinamento giuridico della pren. soc.*, cit.; BALDI, *Il diritto e le esigenze sociali*, ecc., cit., pag. 48.

Capitolo IV

Riflessi generali del sistema costituzionale sul diritto del lavoro italiano

Sommario 1. Il problema dell'efficacia giuridica delle disposizioni costituzionali di principio: a) la natura delle norme programmatiche; b) la funzione delle norme programmatiche; c) l'efficacia delle norme programmatiche; d) l'efficacia delle norme programmatiche in relazione all'attività dei soggetti; d) le situazioni attive derivanti dalle norme programmatiche. – 2. *Punti essenziali di incidenza del sistema costituzionale sul diritto del lavoro vigente.*

1. Il problema dell'efficacia giuridica delle disposizioni costituzionali di principio

Dopo aver proceduto alla – sia pur sommaria – descrizione dei momenti fondamentali del sistema delle garanzie costituzionali del lavoro, è necessario esaminare in qual modo si realizzi in concreto l'incidenza di tale sistema sulle strutture essenziali di tutto il diritto del lavoro.

Ciò, tuttavia, rende necessaria una preventiva indagine circa il valore e l'efficacia delle cosiddette disposizioni costituzionali di principio. È noto, infatti, che parte delle norme alle quali abbiamo già fatto riferimento appartengono al novero di quelle che sogliono essere qualificate *programmatiche*. Ed è noto, altresì, che di queste si è contestata da più parti la stessa giuridicità o, quanto meno, si è tentato di restringere fortemente la sfera di efficacia.

È pertanto indispensabile un breve cenno al problema così posto, e cioè alla natura e alla funzione delle norme programmatiche in genere e alle situazioni soggettive che da esse possono scaturire, per poter poi procedere con maggior sicurezza all'individuazione dei punti di concreta incidenza del sistema costituzionale sulle strutture essenziali dell'ordinamento del lavoro.

a) Natura delle norme programmatiche

Si definiscono in genere come programmatiche quelle disposizioni che anziché dettare una disciplina specifica di particolari rapporti giuridici, *enunciano principi di carattere generale*, spesso addirittura affidando espressamente al legislatore ordinario il compito di emanare le disposizioni per la loro attuazione ed esecuzione¹.

1 Sulle norme «programmatiche» esiste un'abbondante letteratura. Sostengono la piena efficacia delle norme programmatiche, con dovizia di argomenti, da noi del tutto condivisi, il

Si è così introdotta la distinzione tra norme precettive e norme programmatiche, considerando per lo più immediatamente applicabili soltanto le prime.

Accanto a questi due tipi di norme, si è poi introdotto anche un terzo tipo, costituito dalle norme cosiddette precettive ad applicazione differita². Si tratterebbe cioè, anche questa volta, di norme la cui applicazione sarebbe condizionata all'emanazione di successive disposizioni di attuazione, salvo che, mentre rispetto alle programmatiche quella emanazione sarebbe prevista soltanto come eventuale, essa sarebbe questa volta prospettata come necessaria e, quindi, obbligatoria (per il legislatore).

In questo modo, le norme costituzionali immediatamente applicabili sono state ridotte ad un numero quasi irrilevante; le altre, o non sono state ritenute applicabili in quanto mancano ancora le leggi di attuazione, oppure sono considerate come giuridicamente irrilevanti in quanto espressione di un mero indirizzo di politica generale o tutt'al più di politica legislativa.

Simili concezioni, a nostro avviso, snaturano il significato e la portata della Carta Costituzionale e tolgono praticamente ad essa la posizione predominante che le dovrebbe competere nell'ordinamento giuridico.

Anche ammesso, del resto, che, in base ai caratteri che di esse sono propri, si possa giungere ad una distinzione delle norme costituzionali che riveli una diversa graduazione della loro rilevanza, certo è che, in nessun caso, potrebbe

NATOLI, nel volume più volte citato, *Limiti costituzionali*, ecc. (cap. I, *Funzione e rilevanza delle norme costituzionali cosiddette programmatiche*, pag. 19 e segg.), e il CRISAFULLI, in vari saggi, oggi raccolti nel volume *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

Decisamente contro l'efficacia delle norme programmatiche sono: AZZARITI, *La nuova Costituzione e le leggi anteriori*, in *Problemi attuali di dir. costituz.*, Milano, 1951, pag. 97; CALAMANDREI, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, [Padova,] 1950, pag. 88; LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione*, in *Studi economico-giuridici*, a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari, vol. 36°; CHIARELLI, *Elasticità della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 332 e segg.

Riconoscono una funzione limitata alle norme programmatiche: BASCHIERI, *La Costituzione italiana, Commento analitico*, Firenze, 1949 (per il quale le norme programmatiche costituiscono esclusivamente un limite per il potere legislativo); BALLADORE-PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1955, pag. 312 (per il quale le norme programmatiche sono assimilabili ai principi generali del diritto).

Una posizione particolare è quella assunta dal MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, Milano, 1956, il quale comincia col sostenere che le norme programmatiche hanno giuridica rilevanza, ma poi contesta che in molti casi si possa parlare di esse come principi generali, e infine introduce nuove distinzioni tra le norme costituzionali, pervenendo quindi a risultati del tutto analoghi a quelli dei più decisivi oppositori dell'efficacia giuridica delle norme programmatiche. Per la giurisprudenza, è da segnalare la diversità delle posizioni assunte rispettivamente dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato. Per la Cassazione, le norme programmatiche costituiscono soltanto un impegno per il legislatore ordinario (Sez. Un. 7-2-1948 in *Giur. it.*, 1948, 2, 129); per il Consiglio di Stato invece, le norme programmatiche costituiscono anche un criterio di guida ed un orientamento per l'interprete (decisione 26-5-1948 in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1948, 3, 1954).

2 La distinzione è dell'AZZARITI, *La nuova Costituzione e le leggi anteriori*, in *Foro it.*, 1948, IV, 81.

giungersi a negare a questa o a quella categoria quella precettività, nella quale si concreta la loro giuridicità, derivante dal semplice fatto di essere parte integrante di una legge, anzi della legge che è il fondamento di tutto l'ordinamento giuridico. Se quest'ultima proposizione è vera, se cioè la Carta Costituzionale si considera, come deve essere considerata, quale il complesso unitario delle norme che devono costituire il fondamento e la base dell'ordinamento giuridico, è chiaro che non è possibile distinguere in esse il giuridico dal non giuridico senza disintegrare tutto il sistema.

Ogni ordinamento complesso risponde a propri criteri di equilibrio e di proporzione: riconoscere efficacia ad una norma e contestarla ad un'altra significa rompere tale equilibrio e snaturare la funzionalità del complesso normativo, con conseguenze che possono essere imprevedibili. Ciò è poi particolarmente grave quando si tratti di una Costituzione che, come la nostra, sia essenzialmente caratterizzata come rigida e, soprattutto, convenzionale.

È chiaro che – come è stato esattamente rilevato³ – le singole forze politiche che dettero origine alla Costituzione attraverso il loro accordo, spesso di compromesso, possono e debbono ritenersi obbligate all'osservanza della stessa, solo in quanto essa sia universalmente – cioè anche dalle altre forze politiche partecipanti a quell'accordo – considerata valida ed efficace nel suo complesso, ed in quella struttura sistematica che attraverso la convenzione fu determinata.

Ma, a parte questa considerazione per così dire di fondo, è da ricordare come la categoria delle norme programmatiche sia stata costituita a ben diverso effetto, per spiegare cioè la giuridicità di massime, istruzioni o programmi, spesso contenuti nelle leggi e quindi assicurare la loro funzione ed efficacia di vere e proprie norme giuridiche. È noto, infatti, che queste disposizioni furono definite “norme programmatiche,” non tanto per distinguerle dalle altre sul piano della giuridicità e dell'efficacia, quanto, invece, *per sottolinearne il carattere strettamente normativo*, essendo anche in esse, come in ogni altra regola giuridica, ravvisabile un comando o comunque l'indicazione di un orientamento necessario, e perciò sicuramente vincolativo, del comportamento dei soggetti.

In questo senso, esattamente le cosiddette norme programmatiche delle Costituzioni sono state considerate quali *principi generali dell'intero ordinamento giuridico dello Stato*, in quanto esse valgono a stabilirne l'indirizzo generale, indicando le finalità supreme cui tutto il sistema deve adeguarsi.

Tali indicazioni condizionano e determinano infatti non solo l'attività del legislatore ordinario, ma anche quella della pubblica amministrazione e degli stessi soggetti, pubblici e privati.

Il più volte ricordato carattere convenzionale della Costituzione non consente diversa soluzione. Per questo è assurdo voler tentare di pervenire al risultato

3 BOLOGNA, *Ancora sulla questione del valore giuridico delle norme costituzionali*, in *Riv. giur. lan.*, 1955, 1, 77 e segg.

di una pratica negazione di efficacia alle norme programmatiche, per la via traversa di una pretesa ricerca dei destinatari delle stesse.

A parte ogni considerazione sulla effettiva consistenza di un problema dei destinatari delle norme giuridiche in genere, va rilevato che per quanto riguarda la Costituzione del 1948 ogni questione è eliminata dall'art. 54 della stessa, che non prospetta alcuna discriminazione fra le varie norme costituzionali, ma obbliga alla loro osservanza tutti i cittadini.

Non si può, quindi, sostenere che le norme programmatiche abbiano, come unico destinatario il legislatore, rivolgendosi esse invece, come tutte le altre, alla generalità dei *subiecti*⁴.

È, del resto, significativo che anche nelle disposizioni nelle quali vi è un espresso rinvio alla futura attività del legislatore, è sempre contenuta l'affermazione di un principio, che non può essere ignorato nell'attesa dell'emanazione delle norme di attuazione. Anche in questi casi, infatti, pur affidandosi al legislatore ordinario il compito di stabilire la disciplina specifica atta a regolamentare strumentalmente la materia cui si riferisce, di volta in volta, il principio posto, questo non manca di esplicare una rilevante e specifica funzione, il cui significato sarà quanto prima delucidato.

Se fosse altrimenti, si dovrebbe concludere che si è praticamente rimesso al legislatore ordinario (e spesso senza neppure fissargli dei limiti temporali) il potere di attribuire o meno rilevanza e operatività giuridica a buona parte delle norme della Costituzione, realizzando un singolare capovolgimento della gerarchia delle fonti attraverso il quale si riconoscerebbero al legislatore ordinario (o addirittura all'interprete) poteri superiori a quelli del legislatore costituente.

Si può, perciò, affermare non solo che le norme programmatiche sono da considerare *norme giuridiche* come tutte le altre, ma anche che esse – in un certo qual modo – sono *norme più efficaci e più rilevanti di tutte le altre norme*, in quanto determinano i fini e, quindi, i caratteri essenziali di tutto l'ordinamento giuridico.

b) La funzione delle norme programmatiche

Da questa precisazione può dedursi agevolmente la definizione della funzione giuridica delle norme programmatiche.

Di questa possono infatti ravvisarsi tre aspetti distinti, pur se fra loro necessariamente collegati: 1) *nella determinazione dell'indirizzo politico generale* e del programma generale cui deve uniformarsi l'intero ordinamento; 2) *nella determinazione di limiti all'attività del legislatore ordinario*, nonché all'attività della pubblica

4 Obiezioni decisive contro la questione dei destinatari delle norme furono sollevate dal ROMANO, fin dai primi corsi di diritto costituzionale. L'argomento è ora ripreso dal CRISAFULLI, *La Costituzione e le disposizioni di principio*, cit., pag. 67.

Tuttavia, permane ancora diffuso l'orientamento a ritenere che le norme programmatiche abbiano come destinatario soltanto il legislatore. In tal senso, oltre gli AA. citati nella nota 1, si possono vedere in particolare il BASCHIERI, loc. cit., il MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit., cap. 1°, il CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale*, cit.

amministrazione e degli stessi soggetti, pubblici e privati: 3) *nell'apprestamento di criteri generali di interpretazione* ed applicazione delle norme giuridiche, sia costituzionali che ordinarie⁵.

Al primo aspetto si è venuto via via accennando e non è necessario insistere ulteriormente su esso.

A proposito del secondo, basterà rilevare che, appunto per il fatto che le norme programmatiche costituiscono la base ed il fondamento dell'ordinamento giuridico, esse implicano un obbligo generale di non agire in contrasto con i principi in esse contenuti. Il che costituisce ovviamente un limite all'attività sia dello Stato che degli altri soggetti.

Si deve aggiungere che, mentre dal primo punto di vista appare evidente l'aspetto attivo e positivo delle norme programmatiche, dal secondo si dovrà parlare piuttosto di una funzione negativa, quale è quella che deriva dalla necessità che l'attività dei soggetti non oltrepassi un determinato limite, consistente appunto nella rispondenza di tale attività alle finalità via via delineate dalle norme stesse.

È infine da non dimenticare l'indissolubile legame esistente tra il primo ed il secondo aspetto della funzione delle norme programmatiche: esse infatti pongono precisi limiti all'attività dello Stato e degli altri soggetti, proprio in quanto esplicano quella prima e fondamentale funzione della quale più sopra si è detto.

Quanto al terzo aspetto, esso attiene ad una funzione che, in certo modo, si può dire integratrice rispetto al complesso delle altre norme giuridiche⁶. Ed in vario senso: costituendo, infatti, la base ed il fondamento dell'ordinamento giuridico, le norme programmatiche serviranno, anzitutto, a colmarne eventuali lacune, nel senso indicato dall'art. 12 Disp. prel. C.C.

Là dove manca la norma specifica, la decisione del caso concreto deve avvenire secondo le indicazioni che, con riferimento alla materia cui il caso si riferisce, esse forniscono.

In secondo luogo, e con maggiore intensità, la funzione integratrice delle norme programmatiche si rivela ai fini della interpretazione ed applicazione delle altre norme, costituzionali oppure no, essendo ovvio che tale interpretazione ed applicazione non possa avvenire in contrasto con i fini che sono alla base di tutto l'ordinamento e che sono, appunto, determinati dalle norme programmatiche.

5 Sulla funzione delle norme programmatiche sono particolarmente notevoli i contributi del NATOLI e del CRISAFULLI, nei volumi più volte citati. Alcuni riferimenti si trovano anche nel saggio del BOLOGNA, anch'esso più volte citato.

6 Su questo particolare aspetto della funzione giuridica delle norme programmatiche: NATOLI, *Limiti*, ecc., pag. 34; CRISAFULLI, *Le disposizioni di principio*, *passim*; BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, 1951, pag. 56; NIGRO, *Sull'efficacia delle norme direttive della Costituzione*, in *Giust. pen.*, 1952, 1, 122; FINZI, *Riflessi privatistici della Costituzione*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, I, 34; BOLOGNA, saggio citato.

In terzo luogo – e in diretta connessione con quanto appena accennato – le norme programmatiche, come tutte le altre norme costituzionali, valgono a circoscrivere l'efficacia di tutte le altre norme preesistenti o successive. In particolare, la persistente efficacia delle prime nell'attuale ordinamento, dipende dalla loro compatibilità o meno con i fini stabiliti dalle norme programmatiche. Una loro assoluta incompatibilità con tali fini non potrebbe che dar luogo ad abrogazione ai sensi dell'art. 15 Disp. prel. C.C.; mentre è stato ritenuto che, se quella incompatibilità fosse soltanto relativa, la questione dovrebbe risolversi in via di applicazione della norma preesistente, attribuendo cioè a questa quel significato che è più consono all'avvenuto mutamento della struttura generale dell'ordinamento giuridico⁷. Infine, la funzione integratrice delle norme programmatiche si deve ravvisare anche nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione e degli stessi soggetti privati⁸.

7 I rapporti tra la Costituzione e le leggi preesistenti hanno formato oggetto di attenta disamina e di vivo dibattito in sede giuridica, oltreché in sede politica. Sul problema, in generale: PIERANDREI, *Validità e invalidità di leggi anteriori alla Costituzione*, in *Giur. it.*, 1949, I, 2, 180; LAVAGNA, *Efficacia della Costituzione*, in *Giust. pen.*, 1948, I, 179; VIRGA, *Origine, contenuto e valore delle norme costituzionali*, in *Rass. dir. pubb.*, 1948, I, 278; ESPOSITO, *Efficacia delle regole della nuova Costituzione*, in *Giur. it.*, 1948, III, 145; BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951; AMORTH, *Efficacia abrogativa delle disposizioni costituzionali*, in *Foro Pad.*, 1948, IV, 89; BATTAGLIA, *L'efficacia della Costituzione sulle leggi vigenti*, in *Scuola positiva*, 1948, pag. 300; CERETI, *Norme costituzionali e leggi ordinarie*, in *Foro pad.*, 1948, IV, 77; D'EUPEMIA, *Sull'immediata applicabilità delle norme della Costituzione e loro incompatibilità con norme di diritto penale sostantivo o processuale*, in *Foro pen.*, 1949, 3, 241; BISCARETTI DI RUFFIA, *Sull'efficacia abrogante delle norme della Costituzione*, in *Foro pad.*, 1950, IV, 153.

In genere, contestano l'efficacia abrogativa delle norme costituzionali tutti gli AA. che a quest'ultime negano il carattere di giuridicità.

Circa le ipotesi di incompatibilità relativa, v. in particolare: NATOLI, *Limiti*, ecc., cit, pag. 38.

In effetti, mediante lo strumento dell'interpretazione evolutiva, le norme programmatiche possono consentire non solo la conservazione di una disciplina che tuttora può essere idonea a regolare determinati rapporti, ma anche l'applicazione di essa in modo più conforme al nuovo sistema. Non vediamo come simili casi potrebbero risolversi in modo diverso, senza un grave danno per la certezza del diritto: si avrebbe infatti una malcerta sopravvivenza di alcune disposizioni che se – applicate alla lettera – contrasterebbero in modo evidente con la disciplina giuridica degli altri rapporti regolati direttamente dalla Costituzione, mentre – se considerate non più applicabili nel loro complesso – darebbero luogo a gravi lacune ed a gravi deficienze dell'ordinamento.

Con l'interpretazione evolutiva, sulla scorta delle norme programmatiche, è invece consentito di adattare le norme preesistenti affette da incompatibilità relativa, al nuovo sistema costituzionale e di assicurare una disciplina nuova e rispondente all'indirizzo generale dello Stato, anche a quei rapporti che ancora non siano stati regolati dal legislatore ordinario, dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale.

8 Sull'efficacia delle norme programmatiche nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione, esiste ben poco. Il problema è stato esaminato in particolare dal CRISAFULLI (volume più volte citato, pag. 70, nota 22) e dal NATOLI *Limiti*, ecc.

È soprattutto sotto questo profilo che si rivela l'intimo collegamento tra il secondo aspetto della funzione delle norme programmatiche ed il terzo aspetto di cui ci stiamo occupando.

L'individuazione dei limiti posti all'attività dei soggetti (pubblici e privati) e l'apprezzamento circa il superamento o meno in concreto di tali limiti, non possono essere effettuati se non in virtù di un continuo riferimento al programma ed alle finalità che risultano dalle norme costituzionali che tale programma e tali finalità determinano. È per questo che abbiamo parlato non già di tre distinte funzioni giuridiche delle norme programmatiche, ma di un'unica funzione integratrice dell'ordinamento, identificabile in tre aspetti fra loro indissolubilmente collegati. È singolare che la tesi dell'irrilevanza giuridica delle norme programmatiche sia stata non di rado fondata sulla palese necessità di salvaguardare la certezza del diritto.

Le conclusioni che sono state qui prospettate sembrano tuttavia le sole che rispondano a tale esigenza.

Contestando infatti la validità delle norme programmatiche, si costruisce un ordinamento monco e contraddittorio, praticamente privo di base e nel quale non esiste quella unità e tipicità dei criteri di interpretazione delle norme e di valutazione dell'attività di soggetti, nella quale appunto si esaurisce la certezza del diritto.

c) L'efficacia delle norme programmatiche in relazione all'attività dei soggetti

Merita particolare considerazione il problema dell'efficacia delle norme programmatiche in relazione alla concreta attività dei soggetti (pubblici e privati). È stato esattamente rilevato come le norme programmatiche costituiscano "il definitivo criterio della valutazione di legittimità di tutta l'attività espressa dalla collettività organizzata nello Stato"⁹. Deve però precisarsi che non può farsi così riferimento a qualsiasi comportamento dei soggetti, ma solo all'attività cosiddetta *discrezionale*. Le norme programmatiche valgono, appunto, ad assicurare la rispondenza di tale attività oltre che alle finalità specifiche che il soggetto persegue, a quelle più generali che si riassumono nel programma e nell'indirizzo generale dell'intera organizzazione statale.

La conseguenza è che un atto messo in essere in apparente rispondenza ai fini specifici per i quali il potere discrezionale è stato riconosciuto, può, in realtà, essere considerato come illegittimo in quanto compiuto al di fuori dei limiti fissati dalle norme programmatiche, a cui più volte si è accennato.

Il senso di questa affermazione può cogliersi facilmente per quanto riguarda l'attività dello Stato e, più in generale, dei soggetti di diritto pubblico: infatti, il difetto di costituzionalità accennato è agevolmente inquadrabile nello schema di quel particolare vizio di legittimità dell'atto che è noto come eccesso di potere.

⁹ NATOLI, *Limiti costituzionali*, ecc., pag. 40.

Più ardua è la questione in relazione all'attività dei soggetti privati. La soluzione si presenta, però, abbastanza netta, se si parte da un presupposto che per lo più si trascura e che consiste nella avvenuta discrezionalizzazione di certi poteri, già prospettati come assolutamente liberi¹⁰.

In molti casi, infatti, a quei poteri le norme programmatiche hanno posto vincoli e limiti che in vario senso valgono a condizionarne e determinarne l'esercizio. Ciò non significa certamente che la posizione del soggetto abbia perduto il suo originario carattere di libertà per assumere quel medesimo carattere di necessità che è proprio del potere discrezionale dei soggetti pubblici; ma che esso non è più riconosciuto come un potere arbitrario, capace cioè di provocare un determinato risultato in forza della mera *voluntas* del soggetto titolare, apparendo ora quel risultato in funzione strumentale rispetto ad un fine in vista del quale, appunto, la volontà del soggetto si determina. Si è in altri termini verificata una sorta di strumentalizzazione di quel che era già fine a se stesso in vista del raggiungimento di un nuovo fine oggettivamente determinato. Trasferendo questo discorso sul piano dell'atto del soggetto, si può dire che *quel che poteva prima essere considerato un atto acasale e astratto è ora divenuto un atto sostanzialmente causale*.

d) *Le situazioni attive derivanti dalle norme programmatiche*

Al processo di discrezionalizzazione dei poteri di certi soggetti, si accompagna una particolare attribuzione di rilevanza ad interessi contrapposti di altri soggetti, e cioè ad interessi soggettivi particolari, che sono compresi nella sfera d'azione dei fini più generali posti dalle norme programmatiche.

È stato rilevato che tale attribuzione di rilevanza non dà luogo al riconoscimento di veri e propri diritti soggettivi a favore dei soggetti cui gli interessi accennati si riferiscono, bensì caratterizza la posizione di tali soggetti, già di per sé irrilevante, come quella che suole essere denominata di interesse legittimo; in altri termini, come una posizione di attesa, che non implica la possibilità di un'attività del soggetto titolare diretta ad un risultato per lui utile, dipendendo tale risultato dal modo in cui agisce il soggetto che sta all'altro lato del rapporto e che è, appunto, titolare di quel potere discrezionale al quale si è già accennato.

Tenendo presente quanto via via si è andato esponendo circa la particolare funzione ed efficacia delle norme programmatiche, la conseguenza appena accennata deve apparire del tutto ovvia. Si tratta, infatti, di norme non dirette a regolare situazioni specifiche o a tutelare interessi particolari, ma *ad orientare l'attività dei soggetti verso il raggiungimento di certi fini di ordine generale*. Da esse non derivano, perciò, obblighi e doveri specifici, ai quali si possano contrapporre sul piano dei rapporti giuridici, diritti soggettivi, ma semplici vincoli che limitano

10 Sul concetto di discrezionalità, v. GIANNINI, *Lezioni di diritto amm/vol*, 1950, pag. 93 e segg. Sulla discrezionalizzazione dei poteri dei soggetti, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione: NATOLI, *Limiti costituzionali*, ecc., pag. 43.

certi poteri dei soggetti in funzione del rispetto dei fini accennati e conseguentemente degli interessi soggettivi specifici che da questi siano coperti¹¹.

2. Punti essenziali di incidenza del sistema costituzionale sul diritto del lavoro vigente

L'indagine dedicata alla natura e all'efficacia di quelle norme della Costituzione che sogliono essere denominate programmatiche, consente di confermare che tutto il sistema delle garanzie costituzionali del lavoro è immediatamente ed attualmente operante, esauendosi ogni problema relativo alla cosiddetta programmaticità di parte delle norme, nelle quali quelle garanzie sono contenute, esclusivamente nella identificazione del senso della loro efficacia, dovendosi considerare come un assurdo logico – prima ancora che giuridico – la negazione ad esse di ogni rilevanza sul piano del diritto.

È, perciò, evidente che quel sistema incide immediatamente sulle strutture essenziali e sui singoli istituti del diritto del lavoro attuale, anche a prescindere dalla ulteriore evoluzione normativa che a questo deve esser impressa con l'attesa legislazione diretta a dare completa attuazione al “programma” delineato e già sommariamente descritto.

Salvo ad esaminare più in particolare alcuni aspetti fondamentali della disciplina relativa al rapporto individuale e ai rapporti collettivi, i punti essenziali di incidenza del sistema costituzionale sulle strutture fondamentali e sui principi generali del diritto del lavoro, si possono riassumere come segue:

1) *Il principio generale di tutela del soggetto più debole* che, come si è ricordato, è caratteristico della disciplina dei rapporti di lavoro, ha assunto nuova rilevanza per il semplice fatto di essere costituzionalizzato e di essere, perciò, diventato uno dei pilastri di struttura di tutto l'ordinamento.

Tale rilevanza si riassume non solo in un rafforzamento di strumenti di tutela già esistenti o nel principio fondamentale di ermeneutica che, tra più soluzioni possibili, impone sempre l'adozione di quella più favorevole al lavoratore, ma nella stessa necessità di piegare gli strumenti del diritto comune alla particolare esigenza (che è alla base di tutto l'ordinamento) della ricerca dell'equilibrio sostanziale tra la posizione dei soggetti dei rapporti di lavoro.

2) *La particolare considerazione costituzionale dell'attività di lavoro*, sotto vari aspetti, in funzione della personalità dei lavoratori e delle esigenze della piena esplicazione di essa, attribuisce al rapporto di lavoro caratteristiche del tutto particolari, rendendo immediatamente rilevanti nel rapporto stesso tutti i momenti essenziali della tutela della personalità del lavoratore stesso.

11 Sulle situazioni giuridiche soggettive derivanti dalle norme programmatiche, v. un'attenta analisi in NATOLI, loc. cit., pag. 41 e nota 44, con riferimenti.

3) *Le rispettive posizioni delle "parti" del rapporto di lavoro* ne risultano in concreto profondamente mutate incidendo su di esse, una volta positivamente – cioè per determinare la posizione del lavoratore – e l'altra negativamente – cioè per definire la posizione del datore di lavoro – tutta una serie di elementi che restano già fuori di ogni considerazione o che avevano rilevanza soltanto marginale.

4) Si apre, inoltre, la prospettiva di *un'ulteriore trasformazione del rapporto* che tende a portare le posizioni delle parti, tuttavia contrapposte, se non esattamente sul medesimo piano, quanto meno su piani concorrenti.

5) In modo radicalmente nuovo si è atteggiata tutta *la disciplina dei rapporti collettivi*, dominati dal principio di libertà sindacale e dalla garanzia dell'autotutela a favore delle forze del lavoro.

6) Anche *la disciplina dei rapporti previdenziali* è investita dall'influenza dell'inserzione dell'esigenza di tutela della personalità del lavoratore alla base di tutto l'ordinamento del lavoro, profilandosi così l'evoluzione di tutto il sistema verso forme, non più di pura e semplice assistenza, ma di sostanziale sicurezza¹².

12 Mentre questo studio era in corso di stampa, è stato pubblicato un saggio del D'EUFEMIA su *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Milano, Giuffrè, 1958). Non vi è la possibilità di richiamarsi specificamente agli assunti di questo A. a proposito dei vari problemi trattati nel testo; non possiamo tuttavia fare a meno di rilevare come il saggio costituisca un esempio caratteristico di completa svalutazione di ogni reale portata delle norme costituzionali e di ogni concreta incidenza di esse sull'ordinamento italiano del lavoro.

Secondo il D'Eufemia, infatti, "alle norme regolanti direttamente il rapporto di lavoro, la Costituzione italiana non apporta sostanziali innovazioni" (pag. 17, nota 14): il diritto al lavoro, che non costituisce un diritto soggettivo perfetto, si riduce praticamente a ben poco e tutt'al più ad una indicazione programmatica operante solo nei confronti dello Stato (pag. 21-26-27); il dovere di lavorare va considerato alla stregua di un mero dovere morale (pag. 24); il diritto alla retribuzione minima non può essere considerato come un diritto soggettivo perfetto (pag. 31 e segg.); per l'esercizio individuale del diritto di sciopero mancano addirittura i presupposti (pag. 41); le norme programmatiche spiegano una ben modesta efficacia (pag. 48 e segg.); il datore di lavoro ha tuttora una posizione di "supremazia" (pag. 78); salvo pochi casi, il nostro ordinamento non prevede alcuna limitazione all'esercizio del potere di recesso (pag. 94 e segg.).

Riteniamo che queste rapide citazioni siano sufficienti a dimostrare quanto permanga ancora viva la resistenza di alcuni studiosi di fronte alle radicali trasformazioni assunte dall'ordinamento del lavoro ad opera della nuova Costituzione.

PARTE TERZA

Capitolo V

Il rapporto individuale del lavoro

Sommario: 1. La natura giuridica del rapporto di lavoro: individuazione della fonte del rapporto. – 2. La posizione dei soggetti del rapporto di lavoro: a) l'imprenditore-datore di lavoro; b) il lavoratore. – 3. Il recesso ad *nutum* ed i suoi limiti*.

1. La natura giuridica del rapporto di lavoro: individuazione della fonte del rapporto

Il problema relativo alla natura giuridica del rapporto di lavoro non è certamente nuovo: non vi è dubbio, però, che l'entrata in vigore della Costituzione ha notevolmente acuito i contrasti, riattivando l'attenzione anche di coloro che ormai ritenevano superata ogni questione¹. Torna, anzitutto, a riproporsi la questione relativa alla individuazione della fonte del rapporto che oscilla, tuttora, tra due soluzioni estreme – e precisamente quella contrattualistica e quella

* Coerentemente al carattere ed alle finalità di questo lavoro, prenderemo in esame – a proposito del rapporto individuale di lavoro – i problemi e le questioni che nel momento attuale si presentano con particolare rilievo, sia perché su di essi hanno maggiormente influito la caduta dell'ordinamento corporativo e l'avvento della nuova Costituzione, sia perché intorno ad essi deve essere necessariamente costruito il quadro sistematico del nuovo diritto del lavoro. Sostanzialmente, questi problemi si riferiscono alla natura giuridica del rapporto di lavoro, alla posizione dei soggetti, ed infine al cosiddetto recesso *ad nutum*.

1 Sui problemi attuali della natura del rapporto di lavoro, si veda l'importante saggio del PUGLIATTI, *Proprietà e lavoro nell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, 1, 135, nel quale si pongono in evidenza, in modo assai acuto, le trasformazioni subite dal rapporto di lavoro a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione. Un'attenta analisi di questi problemi si trova anche nel volume del NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1955, pag. 114 e segg.

Sul problema in generale: MARIO LEVI DEVEALI, *Il concetto del contratto di lavoro e la traiettoria della legislazione sociale*, in *Riv. dir. lav.*, 1951, 1, 42; DURAND, *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, tomo II, pag. 199 e segg.; [RIVA] SANSEVERINO, *Libertà contrattuale e rapporto di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1950, 1, 335; DE LUCA TAMAJO, *Dogma dell'autonomia della volontà e contratto individuale di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1950, I, 305; MIGLIORANZI, *Il rapporto di lavoro nella sua evoluzione*, in *Dir. lav.*, 1951, I, 73; RABAGLIETTI, *Introduzione alla teoria del lavoro nell'impresa*, Milano, 1956.

Naturalmente, il problema è trattato in tutti i testi di diritto del lavoro, di cui ci sembra superfluo riportare le specifiche indicazioni. Per la completezza e l'attualità dell'indagine, merita però di essere segnalato il recente volume del CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino, 1956.

V. anche il recente volume del PALERMO, *Manuale di diritto del lavoro e della sicurezza sociale*, vol. 2°, pag. 236 e segg.

istituzionalistica – tra le quali, peraltro, si pongono varie soluzioni intermedie, di cui particolarmente significative sono quelle miranti a conciliare le due tendenze estreme²

Dunque, un vero e proprio labirinto di opinioni e tutte senza dubbio sostenute con notevole dovizia di argomenti. Eppure sembra che nella fase attuale del nostro ordinamento – pur profilandosi chiaramente nuove possibilità di sviluppo – debba ancora preferirsi la tesi per cui *il rapporto di lavoro ha origine e natura spiccatamente contrattuale*.

Indubbiamente, la dottrina istituzionalistica³ presenta aspetti largamente suggestivi e potrà forse recare ulteriori e più validi contributi, quando si svolgerà su un terreno esclusivamente giuridico.

2 Sostiene in particolare la possibilità di conciliare l'idea del contratto con quella dell'istituzione, il GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, UTET, 1939, secondo il quale la fonte del rapporto di lavoro è sempre da ravvisarsi nel contratto, il quale tuttavia ben può rappresentare la causa della nascita o dell'incremento dell'istituzione, intesa come una situazione giuridica costituita da un gruppo sociale unitariamente organizzato secondo fini che trascendono i fini individuali dei singoli suoi componenti (pag. 165).

Una posizione in certo qual modo analoga è quella del PERGOLESI, *Sull'oggetto del diritto del lavoro*, in *Il dir. del lav.*, 1955, I, 27, secondo il quale "il rapporto di lavoro nasce col contratto e vive nella istituzione".

Altre tendenze particolarmente significative sono quelle rappresentate dal PUGLIATTI, *Proprietà e lavoro nell'impresa*, cit., secondo il quale il rapporto di lavoro si evolve ormai verso forme associative: dal LEVI DEVEALI, *Il concetto del contratto di rapporto di lavoro*, ecc., cit., il quale propone di riunire in unico gruppo, cosiddetto dei contratti di attività, tutte le forme di contratti in cui interviene l'attività umana.

Sulla tendenza a condurre il rapporto di lavoro nell'ambito dei diritti personali, v.: RIPERT, *Ébauche d'un droit civil professionnel*, in *Études de droit civil à la mémoire de H. Capitant* [Paris, Dalloz, 1940]; PERROUX, *La personne ouvrière et le droit du travail*, in *Esprit*, 1935; PERGOLESI, *Lineamenti sistematici del diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1954, I, 259.

3 Sul concetto di istituzione, particolarmente notevole è il contributo della dottrina francese, della quale possono fra gli altri ricordarsi: HAURIU, *La théorie de l'institution et de la fondation*, in *La cité moderne et les transformations du droit*, Paris 1942; RENARD, *Théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, 1930; DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1954; GURVITCH, *L'idée du droit social*, Paris, 1932.

Peraltro, la dottrina francese non è mai riuscita a liberarsi del tutto da riflessi e presupposti essenzialmente sociologici. Chi ha veramente trasferito il problema dell'istituzione su un piano rigorosamente giuridico è il nostro SANTI ROMANO, fin dall'ormai classico *L'ordinamento giuridico* (Firenze, 2^a ed. 1945). Ulteriori notevoli contributi sono stati recati dall'abbondante letteratura italiana successiva sull'argomento, tutta richiamata nella nota 94 bis a pag. III del volume del Romano. A nostro avviso, però, questa tendenza non riesce ancora a liberarsi completamente dal suo vizio di origine ed indulge di frequente ad impostazioni meramente teoriche ed astratte, spesso costruite senza un adeguato rapporto con l'ordinamento positivo. E, nonostante la vivace reazione del Romano ad una simile critica, ci sembra che il concetto di istituzione resti tuttora alquanto vago ed impreciso.

Un recente tentativo di applicazione della teoria dell'istituzione è stato effettuato dal CRISAFULLI sui problemi giuridici della scuola (*La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1956, I, 54).

*

Innanzitutto, le solenni, e spesso retoriche, affermazioni che da varie parti e da tempo si vanno ripetendo circa una crisi dello Stato e circa una parallela crisi del contratto, che andrebbe declinando a favore “dell’istituzione,”⁴ non hanno ancora trovato effettiva e concreta conferma.

Il fatto che vengano via via accrescendosi le limitazioni dell’autonomia privata, non porta di per sé a ritenere il declino del contratto, dal momento che tutti gli ordinamenti giuridici moderni continuano ancora a porre tra i propri fondamentali postulati la libertà contrattuale. È possibile che al contratto si affianchino altri istituti e che essi diano origine a rapporti la cui fonte in passato era esclusivamente e spiccatamente contrattuale. Ma ciò non vale a rivoluzionare le strutture tradizionali del diritto, costituendo soltanto un normale momento della evoluzione alla quale tutti gli ordinamenti giuridici sono soggetti e che tende, sia pure con moto ritardato, attraverso l’adozione di altri e nuovi strumenti, ad un loro adeguamento alle esigenze della situazione reale sottostante. Quali siano questi nuovi strumenti e se essi abbiano e sino a che punto rimpiazzato i “precedenti,” non si può tuttavia dire astrattamente o in base a criteri metagiuridici, prescindendo da ogni considerazione dell’ordinamento positivo. Ed è appunto sul piano positivo che è possibile dire che nell’ordinamento italiano non è dato trovare alcun elemento di conferma per una teoria istituzionalista del rapporto di lavoro.

Alla base di una simile teoria, sarebbe invero necessario porre la dimostrazione della ricorrenza di due presupposti che sono ritenuti essenziali, e precisamente: dell’istituzionalità dell’impresa e della esistenza di un fine comune tra le parti del rapporto di lavoro.⁵ Ma nessuno dei due può ritenersi, in realtà, sussistente.

È noto che la concezione dell’impresa come istituzione ha incontrato in Italia un certo favore, specialmente dopo l’entrata in vigore del Codice civile del 1942,

Il CRISAFULLI applica la teoria dell’istituzione anche al rapporto di lavoro, parlando di una “comunità del lavoro”, senza peraltro approfondire la questione (in *Atti del Convegno sulla tutela della libertà nei rapporti di lavoro*, Torino, novembre 1955).

4 Questi aspetti si trovano ampiamente trattati, oltre che nelle opere ormai classiche del RIPERT, del GURVITCH e del RENARD, nei recenti volumi del SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*, Paris, Dalloz, 1952, *passim* e particolarmente da pag. 81 e segg. e del LEVASSEUR, *Evolution, caractères et tendances du droit du travail*, in *Le droit privé français au milieu du XX^{me} siècle*, Études Ripert, tomo II, Parigi 1950, pag. 444 e segg.

Per la dottrina italiana, si veda in particolare: CAPOGRASSI, *L’ambiguità del diritto contemporaneo*, in [AA. VV.], *La crisi del diritto*, Padova, Cedam 1953, pag. 31 e segg.

5 Sulla necessità di questi presupposti, v. in particolare: ASQUINI, *Profili dell’impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, I; ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 1955, pag. 254 e segg.; RABAGLIETTI, *Introduzione alla teoria del lavoro nell’impresa*, 1956, *passim* e particolarmente a pag. 39 e segg., 65, 69 e segg. Altri riferimenti in: LEGA, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, 1956, pag. 61 e segg.

che – con alcune sue formulazioni – sembrava fornire qualche argomento apparente a favore di una concezione unitaria dell'impresa, non solo sul piano economico e sociale, ma anche sul piano giuridico. Ciò non toglie che tale concezione avesse anche decisi e tenaci oppositori, le cui file si sono ulteriormente ingrossate dopo la caduta del sistema corporativo⁶.

In effetti, liberando il codice civile dalle ora più che mai inutili scorie corporative, viene a cadere ogni argomento a favore della istituzionalità dell'impresa. La disciplina positiva dettata dal Codice, più che investire l'impresa nel suo complesso (imprenditore, esercizio, "collaboratori" e mezzi materiali), è rivolta soprattutto a regolare l'attività dell'imprenditore. La disciplina relativa ai "collaboratori" ed ai mezzi materiali resta del tutto distinta da quella relativa all'imprenditore ed alla sua attività. Non esiste una normazione generale, che riguardi l'impresa nel suo complesso, considerata staticamente e dinamicamente.

I rapporti che si creano tra l'imprenditore ed i suoi "collaboratori" conservano sempre la natura di rapporti tra soggetti, senza mai assumere una caratteristica di organicità. La stessa considerazione unitaria dei beni organizzati al fine della produzione non è di per sé significativa, avendo sul piano del diritto rilevanza puramente occasionale.

6 Uno dei più decisi sostenitori della istituzionalità dell'impresa è l'ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, I, il cui assunto però, almeno inizialmente, era largamente improntato alle concezioni corporativistiche all'epoca imperanti. Sono favorevoli a tale concezione anche: GRECO, *Lezioni di dir. comm.*, Torino, 1944, pag. 20 (di questo A. è da ricordarsi anche l'interessante tentativo di conciliare la istituzionalità dell'impresa con la contrattualità del rapporto di lavoro. In tal senso, v. *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, pag. 55 e segg. e pag. 159 e segg.); AULETTA, *Commentario al Codice civile diretto da Scialoja*, *Del lavoro*, Bologna, 1947, 4: ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954, pag. 200 e segg.; GALATERIA, *Teoria giuridica degli organi amministrativi*, Milano, 1950, pag. 84.

Una posizione particolare nell'ambito dei sostenitori dell'impresa-istituzione assume il BIGIAVI, *La piccola impresa*, Milano, 1947, pag. 109; in un certo senso, devono essere richiamate, in questa sede, anche le concezioni del MOSSA, *Il diritto del lavoro, il dir. Comm. e il codice sociale*, in *Jus*, 1943, pag. 144.

Un recente e deciso apporto alla teoria dell'impresa-istituzione è costituito dal volume della RABAGLIETTI, *Introduzione alla teoria del lavoro nell'impresa*, Milano, 1956, nel quale si trovano anche abbondanti riferimenti.

Decisamente contrari all'istituzionalità dell'impresa sono: FERRI, *Manuale di dir. comm.*, Torino, 1952, pag. 65; ASCARELLI, *Lezioni di dir. comm., Introduzione*, Milano, 1955, pag. 254; FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1952, pag. 21, nota 1; CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, pag. 91; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di dir. lav.*; CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino, 1956, pag. 288 e segg.; NATOLI, *Limiti costituzionali*, ecc. (cit.), pag. 124, nota 60, sostanzialmente contrario, anche se con qualche incertezza, il LEGA, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Milano, 1956, pag. 61 e segg., con riferimenti. Acute osservazioni anche in: NAPOLETANO, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1955 pag. 69.

In genere, i sostenitori della istituzionalità dell'impresa, parlano di una spesso non meglio precisata «comunità di lavoro» e di inserzione del lavoratore nella comunità aziendale. Per una posizione caratteristica di tale tendenza, v.: MIGLIORANZI, *Il rapporto di lavoro nella sua evoluzione*, in *Dir. lav.*, 1951, I, 73.

D'altra parte, non si può far leva sull'esistenza di un cosiddetto rapporto gerarchico tra l'imprenditore ed i (lavoratori) suoi dipendenti che non vale certamente a dimostrare il preteso carattere istituzionale dell'impresa.

Nessuno può disconoscere il fatto che l'impresa comporti anche una organizzazione di lavoro, cioè di lavoratori; e organizzazione – anche se qui significa solo coordinamento di attività – significa instaurazione di rapporti gerarchici, nel senso che avremo occasione di precisare in seguito. Ma questo, come non è certamente un elemento essenziale né distintivo dell'impresa, così non è neanche un requisito indispensabile dell'istituzione⁷.

È stato poi esattamente rilevato che l'imprenditore di cui parla l'art. 2086 C.C. non è necessariamente quello di cui parla l'art. 2082 e neppure quello di cui parla l'art. 2087, poiché è evidente che queste disposizioni fanno riferimento a figure diverse e distinte, che possono anche coincidere, senza però che ciò sia necessario ed indispensabile⁸.

*

Abbiamo già rilevato come il sistema corporativo sembrasse, in certo modo, incoraggiare la teoria istituzionalista, proprio per il fatto che l'impresa – quanto meno sul piano economico – veniva apparentemente prospettata come un complesso organizzato al fine della produzione, subordinato alle superiori esigenze dell'economia nazionale⁹. Questo superiore fine economico, che l'impresa doveva realizzare, era considerato come a questa connaturale e in esso si facevano convergere e si fondevano gli scopi individuali dell'imprenditore e dei suoi "collaboratori". Questa concezione si rifletteva anche sulla disciplina giuridica dell'impresa corporativa e ne costituiva il presupposto sostanziale.

In un sistema economico nel quale l'iniziativa privata non ha più la funzione neanche teorica di realizzare, in sé e per sé, il superiore interesse della nazione, e nel quale i fini dell'impresa non sono che quelli personali dell'imprenditore¹⁰

7 In realtà, come esattamente ha rilevato il FERRI, *Manuale di dir. comm.*, 1950, pagg. 25-65, il principio di gerarchia e la possibilità di sanzioni disciplinari sono il riflesso dell'organizzazione economica sul rapporto di lavoro e non il prodotto di un'organizzazione giuridica dell'impresa.

D'altro lato, dimostreremo più avanti come la concezione dell'imprenditore come capo munito di poteri assoluti sia da considerarsi definitivamente tramontata. Oggi i tradizionali poteri riconosciuti all'imprenditore si riducono al potere direttivo, che per di più è limitato esclusivamente all'aspetto tecnico e funzionale.

8 ASCARELLI, *Lezioni di dir. comm. Introduzione*, Milano, 1955, pag. 254 e segg.

9 In effetti, queste finalità finivano per coincidere in pratica con gli interessi dell'imprenditore, dal momento che il loro raggiungimento era pur sempre affidato, come compito specifico, all'iniziativa privata.

10 Sembra evidente che tale sia il significato e la portata dell'art. 41 della Costituzione; e in effetti in tal senso si è andata orientando la dottrina. Vanno particolarmente segnalati a questo riguardo gli scritti del MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, 149 e segg., del

(come abbiamo visto esaminando l'art. 41 della Costituzione), è chiaro che *il presupposto principale per una concezione unitaria dell'impresa sul piano giuridico è venuto a mancare*. Non bisogna, infatti, dimenticare che l'istituzione è stata definita come una "organizzazione di persone fondata su un rapporto di gerarchia e di cooperazione fra i suoi membri, in funzione di uno scopo comune"¹¹. Ed è chiaro che – anche ammessa l'esattezza di questa definizione – non si potrebbe parlare di istituzione, là dove facesse difetto alcuno degli elementi indicati, e in particolare la comunità di scopo.

Si è già avuto occasione di rilevare come la Costituzione italiana più realisticamente consideri l'imprenditore ed il lavoratore non come alleati o cooperatori per il raggiungimento di un fine comune, ma – per usare una terminologia contrattualistica – come *parti nettamente contrapposte*, per le quali possono anche presentarsi punti di contatto o coincidenze occasionali di interessi, ma non identità di fini¹².

Ciò risulta particolarmente evidente quando si consideri che l'art. 41 riconosce la libertà dell'iniziativa economica privata, escludendo una (attuale) funzione sociale dell'impresa e ponendo all'attività degli imprenditori soltanto dei limiti (sociali) puramente negativi¹³; risulta altresì evidente quando si consideri che la Costituzione riconosce a favore dei lavoratori degli strumenti di azione sindacale (come lo sciopero), che presuppongono una contrapposizione tra le parti, tanto netta da essere stata paragonata addirittura ad uno stato di guerra!¹⁴

Quale sarebbe, allora, il fine comune nel quale si fonderebbero gli scopi individuali delle parti? Escluso l'interesse superiore dell'economia nazionale, si dovrebbe identificare un fine (permanente) comune, proprio dell'impresa, consistente nella realizzazione di un risultato economico, sia pure proporzionalmente, utile all'imprenditore e al lavoratore.

Ora, che alla prosperità dell'impresa si possa ricollegare anche un interesse del lavoratore, è evidente, poiché chi dalla propria attività lavorativa trae i mezzi della esistenza propria e della propria famiglia non può non augurarsi che il processo produttivo continui e che vi sia, quindi, bisogno della sua attività di lavoro.

SANTORO PASSARELLI, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, in *Atti del Congresso nazionale di diritto agrario*, Milano 1954, pag. 911 del NATOLI *Limiti costituzionali*, ecc. cit., tutto il cap. III.

11 La definizione è dell'ASQUINI, *Profilo dell'impresa*, cit. pag. 17.

12 Per l'esclusione dell'esistenza di un fine comune fra le parti: NATOLI, *Limiti*, ecc. cit., pag. 122; ASCARELLI, *Lezioni di dir. comm., Introduzione*, cit., pag. 254 e segg.; FERRI, *Manuale dir. comm.*, Torino, 1952, pag. 24 e segg.; FERRARA, *Gli imprenditori e la Società*, 1952, pag. 21 nota I; LEGA, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, 1956, pagg. 79-80.

13 Si tratta del divieto di agire in contrasto con l'utilità sociale e del divieto di agire in contrasto con la sicurezza, la libertà e la dignità umana. In particolare, su questo punto v.: NATOLI, *Sicurezza, libertà e dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Dir. lan.*, 1956, I, 3. Questo A. ravvisa nell'utilità sociale, prima ancora che un limite della privata iniziativa, un carattere interno della stessa.

14 CARNELUTTI, *Sciopero e giudizio*, in *Riv. dir. e proc.*, 1949, 1.

Ma è chiaro che si tratta di un interesse generico ed indiretto, che non solo non entra nel novero delle finalità particolari che persegue il lavoratore al momento della instaurazione del rapporto, ma non viene in considerazione neanche tra i motivi di tale instaurazione; e non rileva neppure successivamente nella fase dinamica del rapporto, nella quale ritorna ad affermarsi sempre ed essenzialmente il medesimo scopo, cioè quello di ottenere una giusta retribuzione. Il fine dell'imprenditore, al contrario, è quello di conseguire il massimo utile dall'attività dell'impresa, anche corrispondendo possibilmente ai suoi dipendenti le retribuzioni più ingiuste.

Al di fuori di queste finalità rispettive, non è possibile rinvenire – almeno fuori da ogni considerazione della ipotesi prevista dall'art. 46 Cost. – un terzo scopo, comune alle parti e quasi estraniato da esse al punto di divenire uno scopo proprio dell'impresa considerata come complesso unitario.

Vero è che da qualche parte si è fatto richiamo all'art. 2 ed all'art. 46 della Costituzione¹⁵; ma in realtà l'art. 2 – parlando genericamente di “formazioni sociali” – non fa riferimento ad una particolare figura giuridica, ma a categorie sociologiche di vario genere¹⁶, che non potrebbero avere alcuna rilevanza a favore della teoria istituzionale dell'impresa, e ciò anche se possa ben dirsi che fin nell'impresa possa aversi una formazione sociale, nella quale, come in ogni altra, il lavoratore, a norma dell'art. 2, entra con tutti i suoi diritti inderogabili di uomo¹⁷.

Quanto all'art. 46, potrebbe essere comodo obiettare che si tratta di una norma meramente programmatica e comunque non applicabile finché non verrà emanata la legge di attuazione.

Ma, a parte il fatto che una simile obiezione non corrisponderebbe alla nostra convinzione relativa al valore delle norme programmatiche, ciò significherebbe eludere il problema e non è questo quel che qui si vuole.

Va piuttosto rilevato come l'art. 46 non contenga nessun elemento atto a convalidare la tesi istituzionalista. In realtà, con tale disposizione, si è riconosciuto il diritto dei lavoratori a “collaborare” alla gestione delle aziende, a partecipare cioè con maggiore intensità alla fase organizzativa dell'attività aziendale, e ciò ad un fine tutto speciale – cioè al fine della loro elevazione economica e sociale – che non è certo comune all'imprenditore-datore di lavoro, ma che questo se mai subisce come un elemento limitativo dei propri interessi e dei propri fini.

15 MIGLIORANZI, *Il rapporto di lavoro nella sua evoluzione*, cit., pag. 75 e segg.

16 Su questo punto, v. in particolare: MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1952, pag. 480-498 e segg.

17 Sulla posizione del lavoratore nell'impresa, v.: MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit.; CRISAFULLI, in *Atti del Convegno Naz. di studio sulle condizioni dei lavoratori nell'impresa*, Milano, 1955, pag. 58 e segg.; NATOLI, *Sicurezza, libertà e dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Dir. lav.*, 1956, I, 3. Si vedano anche gli *Atti del Convegno Nazionale per la tutela dei diritti di libertà*, Milano, 1955, nonché l'inchiesta sul diritto al lavoro e la libertà di opinione pubblicata su *Società* (giugno 1952).

L'art. 46 non può cancellare l'art. 41, e perciò la disposizione in esso contenuta va intesa nel senso che i lavoratori potranno dare il loro fattivo contributo alla gestione dell'azienda, che resterà tuttavia ancora di pertinenza esclusiva dell'imprenditore, il quale continuerà a perseguire interessi esclusivamente propri.

Neanche, quindi, la "collaborazione" alla gestione darebbe luogo di per sé all'impresa-istituzione, o alla cosiddetta comunità di lavoro, se con questo termine ambiguo, piuttosto che la, a questo fine, innocua formazione sociale, alla quale si è appena accennato, si voglia indicare un non meglio precisato surrogato dell'istituzione, destinato in definitiva ad esplicare quella stessa funzione che si vorrebbe fare esplicare a quest'ultima.

Anche in regime di "collaborazione," ex art. 46, infatti, le parti resterebbero sempre distinte e contrapposte. Vi sarebbe soltanto questo di nuovo, che il lavoratore acquisterebbe il diritto ad una maggiore partecipazione alla fase organizzativa e in definitiva ad un maggior controllo sulla gestione esercitata dall'imprenditore. Ma in ciò, più che l'indice preciso di un'eventuale trasformazione della natura del rapporto di lavoro, dovrebbe forse vedersi – quanto meno immediatamente ed in primo luogo – un ampliamento del diritto di autotutela che – attraverso gli artt. 39 e 40 – è riconosciuto ai lavoratori e solo ad essi.

Può anche darsi che l'attuazione dell'art. 46 sarà accompagnata da un ulteriore progresso verso forme nuove, più o meno associative, del rapporto di lavoro. Come e in che misura ciò potrà avvenire non può dirsi per il momento. Certo è, però, che è assurdo pretendere di far riferimento sin da ora all'art. 46 per affermare l'esistenza attuale di quel fine comune tra le parti che dovrebbe essere uno degli elementi fondamentali per la sussistenza dell'istituzione.

Sulla scorta del dato positivo, *sembra dunque attualmente da escludere l'applicabilità delle teorie dell'istituzione al rapporto di lavoro*, che continua a mantenere perciò le sue tipiche caratteristiche contrattuali.

*

Né può dirsi fondata l'asserzione, secondo la quale soltanto la teoria istituzionale potrebbe spiegare alcuni fenomeni caratteristici del rapporto di lavoro¹⁸. I relativi problemi invero – anche se possono presentare qualche difficoltà di soluzione sulla scorta degli schemi tradizionali – si risolvono però agevolmente con l'ausilio dei principi generali del diritto del lavoro, quando la soluzione particolare non è prospettata dalla stessa legge che, nella disciplina del rapporto di lavoro, deroga non di rado alle regole del diritto comune.

18 L'affermazione è caratteristica di tutti i sostenitori della teoria istituzionalista. In particolare, si veda comunque il lavoro della M. F. RABAGLIETTI, *Introduzione alla teoria del lavoro nell'impresa*, cit. Si veda anche l'articolo del NIKISCH, *Le questioni giuridico-sociali dell'ordinamento delle forme d'impresa*, in *Nuova riv. dir. comm. e dell'economia*, 1953, I, 208 e la nota del MIGLIORANZI, *Il rapporto di lavoro nella sua evoluzione*, in *Dir. lav.*, 1951, I, 73.

Non si è, d'altra parte, mancato di rilevare come la teoria dell'istituzione conduca spesso a conclusioni e risultati in netto contrasto con quell'equità sociale che, anche secondo i fondamentali principi della Costituzione, dovrebbe essere alla base del nostro ordinamento di lavoro¹⁹.

Non si può, ad es., dimenticare come le prime applicazioni di tale teoria alla cosiddetta "comunità di lavoro" abbiano presentato aspetti largamente sconcertanti; infatti, il ricorso ad essa è servito, per lo più, ad aggravare i vincoli e ad aumentare le obbligazioni a carico dei prestatori di lavoro, senza che la pretesa esistenza di fini comuni a questi e agli imprenditori abbia spinto comunque a tentare una seria delimitazione dei poteri riconosciuti ai secondi. Se ne è, al contrario, dedotto un rafforzamento del potere gerarchico dell'imprenditore e un aggravamento del cosiddetto dovere di collaborazione del prestatore di lavoro; e ciò in nome dell'impresa o della comunità di lavoro. Ma a tali nozioni non risulta che si sia fatto mai ricorso quando si è trattato, ad es., di precisare i limiti della facoltà di recesso del datore di lavoro che rappresenta il banco di prova di qualsiasi concezione "sociale" del rapporto di lavoro e, in particolare, di una concezione istituzionale di esso²⁰.

Sotto ogni profilo, pertanto, sembra che si debba tuttora individuare nella contrattualità il carattere essenziale del rapporto di lavoro.

Tale carattere non è in contrasto con le basi costituzionali di tutto il sistema che si possono riassumere nella garanzia della (non solo formalmente, ma sostanzialmente) libera esplicazione della personalità umana. Non può infatti essere dubbio che il contratto – quando non lo si consideri avulso da concrete delimitazioni causali – rappresenti tuttora uno strumento fondamentale di libertà, tale essendo certamente da considerare ogni (non arbitraria) manifestazione di autonomia.

Il problema – se mai – non si ricollega alla necessità di un superamento del contratto, quanto a quella di garantire in esso una posizione di effettiva uguaglianza e libertà per ciascuna delle parti. In questo senso sta appunto la chiara indicazione della Costituzione del 1948 che ha delineato un complesso

19 Una completa dimostrazione dell'incapacità della teoria dell'istituzione a risolvere alcuni problemi fondamentali del rapporto di lavoro, si può vedere nel saggio dell'HUECK, *Teoria del contratto e teoria dell'incorporazione*, in *Nuova Riv. dir. comm. e dell'ec.*, 1955, I, 250.

20 Per valutare adeguatamente le conseguenze dell'applicazione della teoria dell'istituzione alla posizione del lavoratore nell'azienda, è opportuno vedere gli scritti del MIGLIORANZI, *Il rapporto di lavoro nella sua evoluzione*, in *Il dir. lav.*, 1951, I, 73; del PALERMO, *Disciplina, gerarchia e collaborazione nell'impresa*, in *Dir. lav.* 1955, I, 375; del COMBA, *Ancora sul licenziamento ad nutum ed i suoi limiti*, in *Dir. dell'economia*, 1956, 263; della RABAGLIETTI *Il recesso dell'imprenditore del rapporto di lavoro*, Milano, 1957.

A quanto ci risulta, soltanto il BALZARINI, *Limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso ad nutum dell'imprenditore*, in *Atti del Convegno sulla tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, Milano, 1955, pag. 4 e segg., ha tentato di conciliare il rigore della teoria istituzionalista con i precetti costituzionali, agli effetti della introduzione di limiti alla facoltà di recesso *ad nutum* dell'imprenditore.

di garanzie specifiche dirette, appunto, a consentire al lavoratore una effettiva e sostanziale esplicazione della sua libertà contrattuale.

Si tratta allora di vedere quale sia *la natura del contratto che sta alla base del rapporto di lavoro e in quale delle note categorie dei contratti esso vada perciò catalogato*.

Si potrebbe in realtà contestare l'opportunità e la necessità di una simile classificazione, soprattutto quando si ritenga che il rapporto di lavoro costituisce materia di una disciplina speciale, dotata di principi propri ed esclusivi²¹. Questa specialità, tuttavia, non potrebbe significare l'assoluta ed aprioristica esclusione del valore di certi schemi tradizionali di più generale applicazione, e in particolare dello schema del contratto, nel campo del diritto del lavoro.

Passando ad un esame dei vari tentativi di classificazione del contratto di lavoro, occorre subito avvertire che non sembra accettabile la proposta di riunire sotto la denominazione di "contratti di attività"²² tutti i contratti che abbiano in comune l'essere il loro contenuto costituito da una attività, riportando in tale gruppo anche il contratto di lavoro.

A prescindere dal fatto che non è chiaro né il fondamento né lo scopo di questa nuova categoria, sembra che il contratto di lavoro abbia caratteristiche così peculiari da non poter essere in alcun modo riportato sullo stesso piano, ad es., del mandato o della prestazione d'opera professionale. È anzi da ritenere che simili accostamenti risulterebbero assai pericolosi, perché potrebbero lasciare nell'ombra proprio quelle caratteristiche particolari che del rapporto di lavoro valgono a svelare la vera sostanza.

Più interessanti sono la tesi tendente ad attrarre il contratto di lavoro nell'ambito del diritto delle persone e quella tendente invece ad includerlo nell'ambito dei rapporti associativi. In realtà, nessuna di queste due tesi può essere accolta allo stato del nostro diritto; tuttavia, esse devono essere attentamente considerate, perché esprimono tendenze caratteristiche del momento attuale del diritto del lavoro ed indicano soluzioni ricche di prospettive per il suo sviluppo futuro.

21 Affermano l'esistenza di principi propri del diritto del lavoro e quindi della specialità della materia, il MAZZONI, *Contiene il diritto del lavoro principi generali propri?* Comunicazione al I° Congresso intern. di dir. del lav., *Atti del Congresso*; la RIVA SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, Roma, 1956, pag. 106; il PERGOLESI, *Lineamenti sistematici del diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1954, pag. 259.

Contra: BARASSI, *Trattato di diritto del lavoro*, ed. 1949, vol. I. Una concezione particolare è quella del LAVASSEUR, *Evolution, caractères et tendances du droit du travail*, in *Le droit privé au milieu du XX siècle*, Etudes Ripert, Paris, 1950, tomo 2°, pag. 444, secondo il quale il diritto del lavoro si avvierebbe a perdere la sua autonomia a favore di una nuova branca del diritto, che egli denomina "diritto pubblico economico". Tale concezione suscita peraltro non poche perplessità.

22 La proposta è del LEVI DEVEALI, *Il concetto del contratto di lavoro e la traiettoria della legislazione sociale*, in *Riv. dir. lav.*, 1951, I, 42.

La tesi tendente a considerare il rapporto di lavoro sotto il profilo del diritto delle persone non ha in Italia molti sostenitori, mentre ha avuto notevole successo soprattutto nella dottrina germanica²³.

Partendo dal presupposto della particolare implicazione della persona umana che si verifica nel rapporto di lavoro, si è prospettata l'opportunità di trasferire la disciplina di tale rapporto dall'ambito del diritto delle obbligazioni a quello *del diritto delle persone*.

Una delle conseguenze che dovrebbero scaturire da tale trasferimento, sarebbe l'affermazione di un principio di fedeltà bilaterale che dovrebbe "naturalmente" presiedere all'attuazione del rapporto, in quanto immediata derivazione dal carattere essenzialmente personale delle obbligazioni assunte dalle parti.

Tale principio dovrebbe, in realtà, produrre una sostanziale modificazione nelle posizioni reciproche delle parti, avendo una funzione assai diversa da quella esplicita dal più generale principio che impone, nell'esecuzione di tutti i contratti, il rispetto della buona fede (art. 1375 C.C.).

Esso infatti sarebbe fonte di autonome obbligazioni, che si affiancherebbero o addirittura farebbero passare in second'ordine, quelle tipiche di carattere patrimoniale. Ma è singolare che, in tal modo, anziché ad un rafforzamento – quale dovrebbe far immaginare la premessa – la dottrina tedesca è in definitiva giunta ad un aggravamento della posizione del lavoratore, in quanto dal principio di fedeltà, combinato con quello di gerarchia – che dovrebbe non essere minimamente intaccato – si fanno scaturire – a carico del solo prestatore di lavoro o in modo soltanto per questo rilevante – nuove obbligazioni, di contenuto positivo e negativo, compendiantesi nel generico dovere di rispetto della pace aziendale, che praticamente finiscono con l'annullare tutta la sfera dei diritti di libertà del lavoratore.

23 Per un'interessante esposizione del contenuto di questa tendenza, v. MOLITOR, *Il diritto del lavoro in Germania*, in *Dir. lav.*, 1951, 1, 109. Si veda anche: PEREZ BOTIJA, *I doveri eticogiuridici del datore di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, 1, 349 e segg.; NIKISCH, *Le questioni giuridico-sociali dell'ordinamento delle forme d'impresa*, in *Nuova riv. dir. comm. e dell'ec.*, 1953, 1, 208; VON GIERCKE, *Das deutsche genossenschaftsrecht*, Berlino 1868, vol. 1°; SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrecht*, Iena, 1927, pag. 171; NIKISCH, *Arbeitsrecht*, 1954, vol. 1°, pag. 146.

Una rassegna della dottrina tedesca in materia si trova nel Trattato del DURAND e JAUSSAUD, più volte citato (tomo 2 pag. 199 e segg.); gli Aa. peraltro ritengono che il fondamento delle obbligazioni dell'imprenditore e del salariato sia sempre di natura patrimoniale, anche se vi si uniscono elementi di carattere personale. Anche il CORRADO, *Nozione unitaria del contratto di lavoro*, cit., ritiene preminente tuttora l'aspetto patrimoniale. Esattamente, il NATOLI, *Limiti*, ecc., cit., pag. 129 nota 66, rileva il carattere di indeterminatezza della tendenza a trasferire il rapporto di lavoro nell'ambito del diritto delle persone. In senso contrario a questa tendenza, v. anche: PERGOLESI, *Lineamenti sistematici del dir. lav.*, in *Riv. dir. lav.* 1954, pag. 259. Alcuni accenni al problema, con ampi riferimenti sulla vigente legislazione del lavoro nella Repubblica Federale Tedesca, in: [RIVA] SANSEVERINO, *L'ordinamento costituzionale dell'azienda secondo la legislazione federale germanica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1953, 1, 281.

Un simile assunto, se può trovare in Germania appoggio in una tradizione giuridica imperniata sul riconoscimento di poteri estremamente autoritari a favore dell'imprenditore nonché nel riaffiorare di formulazioni legislative, che possono apparire più confacenti con lo spirito del vecchio ordinamento nazionalsocialista, anziché con i principi proclamati dalla vigente Costituzione della Repubblica Federale, non ha invece alcuna base né nella tradizione né nell'ordinamento positivo del nostro Paese.

In realtà, in Italia, dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1948, il problema si è posto sotto un diverso profilo e cioè sotto quello della inserzione della garanzia della personalità e della libertà del lavoratore nell'economia del rapporto di lavoro, nel qual senso, mentre da una parte si è andata affermando la riconduzione di certi diritti soggettivi patrimoniali del lavoratore immediatamente nel quadro dei diritti della personalità²⁴, dall'altro si è – sia pure con alterne vicende – sempre più delineata la necessità della considerazione della personalità del lavoratore a metro finale della valutazione delle posizioni complessive e rispettive delle parti²⁵.

Così, dal primo punto di vista si è, ad esempio, sostenuto che il diritto alla retribuzione sufficiente previsto dall'art. 36 della Costituzione non può essere considerato come un puro e semplice ed occasionale diritto di credito, apparendo esso piuttosto come un diritto della personalità e presentando quei medesimi caratteri di absolutezza e di (piena) indisponibilità che sono caratteristici di questo tipo di diritti. La qual conclusione – indubbiamente da condividere – può certamente essere ritenuta valida anche in ordine ad altri diritti del lavoratore più o meno collegati con quello appena accennato (diritto alla qualifica, alle ferie, al riposo settimanale, ecc.), ma non vale, in definitiva, a cancellare la tradizionale natura obbligatoria del rapporto, pur potendo mettere in evidenza una speciale caratteristica di esso nei confronti degli altri rapporti giuridici obbligatori; e perciò la necessità di una più cauta applicazione ad esso dei principi generali comuni a tutti questi.

Né a diversa conclusione può giungersi dal secondo dei punti di vista accennati che (e lo stesso discorso vale, del resto, anche per quanto si è rilevato a proposito della riconduzione di certi diritti del lavoratore nel quadro dei diritti della personalità) denuncia la presenza nella disciplina del rapporto di lavoro di particolari limiti che riducono sostanzialmente l'autonomia negoziale dei soggetti vincolando in vario modo l'attività degli stessi, ma non giustificano il trasferimento del rapporto dal campo dei rapporti obbligatori a una non meglio precisata sfera di rapporti regolati dal diritto delle persone.

24 In particolare, a proposito dell'art. 36, si veda: NICOLÒ, *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 1951, 2, 5; PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, ivi 1950, I, 189; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, 1, 149 e segg.

25 A questo proposito, è da ricordare l'interessante dibattito promosso dalla Rivista "Diritto del lavoro" sul tema Libertà, uguaglianza e sicurezza (annate 1954 e 1955).

Forse a questo potrebbe arriversi, sostenendo (ed è, del resto, la via imboccata dalla dottrina tedesca) la necessità di riportare il contratto di lavoro nella categoria dei *contratti associativi*. Anche questa tesi non è nuova, ed anche essa sembra aver ricevuto nuova linfa a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione del 1948²⁶.

In effetti, i principi introdotti dagli art. 36 e 46 di questa, hanno dato l'impressione di un netto superamento dello schema tradizionale del rapporto di scambio. Non si è infatti mancato di rilevare che il diritto ad una retribuzione sufficiente a consentire un'esistenza libera e dignitosa non solo al lavoratore ma anche alla sua famiglia, non può più essere considerato come la contropartita della prestazione di lavoro²⁷, e che la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende viene anch'essa a modificare la struttura tradizionale della causa di scambio²⁸.

Né ci si è dimenticati di rispolverare la cosiddetta "collaborazione," di cui all'art. 2094 del Codice Civile, che è sembrata assurgere a nuovi fastigi (tuttavia, in pratica, quanto negativi!) addirittura sulla base della enunciazione contenuta nell'art. 3 della Costituzione!²⁹

In questi ed altri analoghi rilievi sono indubbiamente contenuti elementi di verità, che non possono essere trascurati. Particolarmente evidente in realtà sembra il fatto che il rapporto di lavoro si adatta sempre più difficilmente allo schema tradizionale dello scambio. E tuttavia, non siamo ancora nell'ambito dei rapporti associativi, che presuppongono l'unione e la cooperazione di più soggetti per il raggiungimento di una finalità comune. In realtà, è ancora questa finalità comune che manca – e lo si è già visto a proposito del tentativo di riportare il rapporto di lavoro nel quadro della cosiddetta impresa-istituzione –; e

26 Per acute osservazioni sull'argomento: PUGLIATTI, *Proprietà e lavoro nell'impresa*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 1954, 1, 135.

La RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nella nuova Costituzione it.*, in *Dir. lav.*, 1948, I, 105, afferma che una volta attuata la partecipazione prevista dall'art. 46, si potrà arrivare ad un trapasso del contratto di lavoro negli schemi associativi.

Contro la natura associativa del rapporto di lavoro, anche a seguito delle norme costituzionali: JEMOLO, *All'indomani di un congresso di diritto del lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, pag. 433; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di dir. del lav Napoli*, 1957; COLLOTTI, *L'art. 46 della Costituzione e la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 1951, I, 183; NAPOLETANO, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1955.

27 In particolare: PUGLIATTI, *Proprietà e lavoro*, cit.

28 In particolare: PUGLIATTI, *Proprietà e lavoro*, cit.

29 Questa concezione della «collaborazione» è sostenuta con particolare vigore dal BARASSI, *Il dovere della collaborazione*, in *Riv. dir. lav.*, 1949, I, I, ma è seguita anche da altri AA. Una concezione particolare è quella della RABAGLIETTI, *Introduzione alla teoria dell'impresa*, cit., e *Il recesso dell'imprenditore dal rapporto di lavoro*, 1957, pag. 43 e segg., la quale fonda la nozione di collaborazione sul presupposto dell'esistenza di un fine comune per i soggetti del rapporto. Per una critica decisa di tali concezioni, v.: NATOLI, *Limiti costituzionali*, ecc., cit., pag. 121-125.

Sulla collaborazione come diritto del lavoratore, v.: MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, 182; COLLOTTI, *L'art. 46 della Costituzione*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 1951, I, 183; NATOLI, *Adempimento e non collaborazione*, ivi, 1949, I, 35.

d'altra parte prima che l'art. 46 abbia ricevuto un qualsiasi principio di concreta attuazione, necessariamente difetta quello che dovrebbe essere l'indice precipuo della associazione e, cioè, la cosiddetta "collaborazione."

Resta infatti decisivo l'elemento della subordinazione che appare assolutamente incompatibile con il rapporto a struttura associativa, e sta se mai a mostrare come le parti perseguano tuttora finalità particolari, se non addirittura fra loro contrapposte, certamente non coincidenti.

La pretesa "collaborazione" delle parti non ha – allo stato attuale del nostro ordinamento positivo – alcun significato sostanziale, tanto è vero che, all'atto pratico, essa si rivela... a senso unico, cioè come il contenuto di un preteso dovere, posto naturalmente a carico del lavoratore. Essa in definitiva costituisce soltanto una formula, più o meno retorica, che sta ad indicare genericamente la partecipazione del lavoratore all'attività aziendale a mezzo della sua prestazione lavorativa.

Se, giunti a questo punto, si volesse trarre una conclusione, essa apparirebbe tutt'altro che facile. Si dovrebbe, infatti, prendere atto della indubbia persistenza del carattere contrattuale e delle basi strutturali tradizionali del rapporto di lavoro, ma anche dell'inserimento su di essa di sovrastrutture che preludono alla trasformazione dell'intero fenomeno secondo linee nuove e del tutto particolari.

Ciò stesso fa sì che – sin da ora – esso presenti caratteristiche così singolari che ne rendono difficile il preciso inquadramento. Lo schema più vicino resta sempre quello *del rapporto obbligatorio con causa di scambio (facio ut des)*. Tuttavia la coincidenza con gli elementi strutturali di questo è limitata soltanto a certi aspetti del rapporto di lavoro, mentre altri non hanno in esso nessuna rispondenza.

L'impossibilità di inserire il rapporto di lavoro, con piena aderenza, in uno dei noti schemi tipici della tradizione, convince, dunque, della necessità di riservare ad esso un *posto tutto speciale nella complessa fenomenologia degli strumenti del diritto giuridico*, e di procedere alla sua analisi, più che sulla base degli schemi e comune, anzitutto e precipuamente sulla scorta dei principi propri del diritto del lavoro.

2. La posizione dei soggetti del rapporto di lavoro

Non è certamente facile definire con precisione la posizione attuale dei soggetti del rapporto di lavoro, perché è proprio in questo campo che si verifica la maggior incidenza delle norme costituzionali ed il maggior contrasto tra queste e le disposizioni del Codice Civile. Se poi si considera che la definizione delle rispettive posizioni dei soggetti, costituisce il problema centrale del diritto del lavoro, si comprenderà la ragione per la quale gli argomenti attinenti a questo problema sono stati in questi anni i più dibattuti e contrastati.

Per meglio affrontare l'argomento, bisogna partire da un richiamo alle concezioni cui si ispirava, nel suo complesso e nelle sue disposizioni specifiche, il Codice Civile del 1942.

L'affermazione di una subordinazione dell'impresa alle superiori esigenze della produzione e dell'economia nazionale e di una responsabilità dell'imprenditore per l'indirizzo dell'impresa stessa nei confronti dello Stato, finiva logicamente per attribuire allo stesso imprenditore una posizione di assoluta preminenza e di autorità nell'ambito e per i fini dell'impresa. In sostanza, la posizione dell'imprenditore quale privato perseguente un proprio fine economico, passava in secondo piano, facendosi invece risaltare la sua sovrastante posizione di gerarca agente per il bene e nell'interesse della Nazione.

Era logico, perciò, che l'impresa, nel suo interno, dovesse essere organizzata gerarchicamente e che tra l'imprenditore ed i suoi dipendenti si costituissero dei rapporti essenzialmente d'autorità, non esistendo praticamente alcun limite ai poteri del "capo dell'impresa," come l'art. 2086 C.C. definiva, appunto, l'imprenditore.

Vero è che in un articolo dello stesso Codice Civile (2087) si sanciva anche l'obbligo dell'imprenditore di provvedere alla tutela della integrità fisica e della personalità morale del prestatore di lavoro; ma in effetti tale formulazione aveva certi e limitati requisiti di concretezza solo per quanto riguarda il primo aspetto (la tutela dell'integrità fisica), mentre restava estremamente generica e vaga sul secondo aspetto e cioè sulla tutela della personalità morale del prestatore.

Abbiamo già visto come la nuova Costituzione abbia prospettato una figura di impresa completamente diversa da quella corporativa e come, in particolare, sia venuto a cadere qualunque aspetto di pretesa funzionalità e qualunque richiamo a fini diversi da quelli dell'imprenditore. L'iniziativa privata è libera ed è soggetta soltanto a due limiti negativi, consistenti nel divieto di svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e nel divieto di svolgersi in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana; col che, ovviamente, si fa riferimento al complesso delle garanzie che la Costituzione assicura al lavoratore come uomo e come cittadino in qualunque momento e in qualunque luogo egli svolga la sua attività.

È perciò che deve ritenersi ormai caducato tutto ciò che di tipicamente pertinente all'ordinamento corporativo può rinvenirsi nel Codice Civile e deve darsi un'interpretazione nuova anche delle disposizioni che possono ritenersi sopravvissute a quell'ordinamento. Ne deriva, necessariamente, un quadro completamente nuovo dei diritti e degli obblighi, della potestà e dei doveri, attribuiti rispettivamente ai due soggetti del rapporto di lavoro.

a) *L'imprenditore*

Cominciando dalla posizione dell'imprenditore, rileveremo subito come i suoi "poteri" abbiano perso quel carattere di autorità e di arbitrarietà che ne costituiva un appariscente e tipico attributo nel periodo corporativo.

E, in realtà, mentre alcuni di tali poteri risultano senz'altro soppressi, altri appaiono fortemente delimitati o condizionati nelle modalità del loro esercizio.

Da qualche parte si è invero sostenuto che all'attività dell'imprenditore possono essere posti esclusivamente limiti convenzionali e si è contestato che possano considerarsi come immediatamente operanti i limiti introdotti dalla Costituzione a garanzia dei diritti dei lavoratori³⁰.

In verità, non sembra che sia necessaria la confutazione di questa tesi basata su presupposti (pratica irrilevanza delle norme, o meglio di "certe" norme – ed è curioso che si tratti sempre di quelle che introducono limiti ai "poteri" degli imprenditori! –) che si sono già dimostrati inaccettabili. Quel che importa rilevare è che l'art. 41 condiziona la possibilità di svolgimento dell'iniziativa privata all'utilità sociale ed al rispetto della sicurezza, libertà e dignità dei lavoratori e che, nonostante tutto, influssi pratici di questa delimitazione hanno cominciato a farsi notare anche sul piano giurisprudenziale.

In realtà, a chiunque guardi alla norma senza preconcetti, non può non essere chiaro che essa introduce un limite di carattere generale, che opera non solo di fronte all'attività imprenditoriale al di fuori dell'azienda, ma anche e soprattutto per ciò che attiene alla posizione dell'imprenditore all'interno dell'azienda stessa. In questo, del resto, non si ha che una particolare applicazione di quel principio dell'art. 2, in cui si concreta uno degli aspetti più importanti del nostro ordinamento costituzionale che, come si è visto, attribuisce determinate garanzie ai cittadini non solo nei confronti dello Stato, ma anche nei confronti di tutti gli altri soggetti pubblici e privati.

Si dovrà, dunque, ritenere che *l'attività dell'imprenditore, cessa di essere lecita, allorché essa contrasti con la libertà, la sicurezza e la dignità dei prestatori di lavoro*.

È stato esattamente rilevato, a questo proposito, come la formula adottata dalla Costituzione risulti molto più specifica e concreta di quella contenuta nell'art. 2087 C.C.³¹; infatti, se la tutela della personalità morale del lavoratore esprimeva un concetto molto generico e vago, tanto che la concreta determinazione del suo contenuto veniva ad essere rimessa all'arbitrio del datore di lavoro, i concetti di libertà, sicurezza e dignità hanno, invece, un significato inequivocabile e costituzionalmente determinato. Non è, dunque, l'imprenditore che può

30 Questa tesi è stata sostenuta particolarmente dal CORRADO, nel recente volume su *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino, 1956, pag. 292, nota 5. È singolare il fatto che lo stesso A. riconosca poi l'esistenza della tendenza a superare la concezione dell'imprenditore come colpevole, limitandola però agli aspetti della contrattazione collettiva.

Si esprimono in senso nettamente contrario a tale assunto: NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, passim; NAPOLETANO, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1955; D'ORESTE, *Sorveglianti di fabbrica e libertà dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1955, 2, 524; CRISAFULLI, *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, in *Riv. giur. lav.*, 1955, I, 67. Si vedano anche gli *Atti del Congresso sulla tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, Milano, 1955. Si veda altresì il recente volume del LEGA, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Milano, 1956, partic. pag. 13 e segg., pag. 27 e segg. ed ivi altri riferimenti e richiami.

31 Per un acuto raffronto tra il contenuto dell'art. 41 della Costituzione e quello dell'art. 2087 C.C., v.: NATOLI, *Sicurezza, libertà e dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Dir. lav.*, 1956, I, 3.

stabilire in che cosa debba consistere la tutela del dipendente; è la Costituzione che ha fissato alcuni riferimenti estremamente precisi, che si risolvono in limiti invalicabili per l'attività dell'imprenditore, non solo per quanto attiene alla tutela dell'integrità fisica del lavoratore, ma anche per quanto riguarda il rispetto di altri attributi fondamentali della persona umana, quali sono la libertà e la dignità.

Bisogna precisare a questo riguardo che lo stesso concetto di sicurezza è molto più ampio di quello di integrità fisica, perché esso comprende tutti gli aspetti dell'esistenza del lavoratore e, quindi, si riferisce sia alla garanzia della incolumità fisica, sia alla garanzia della cosiddetta libertà dal bisogno (principio del salario sufficiente, diritto al lavoro ed alla conservazione del posto di lavoro). Quanto poi al concetto di dignità, esso non è affatto generico, come potrebbe sembrare a prima vista; e il suo significato risulta ancora più evidente, quando si rilevi che la Costituzione usa questo termine anche nell'art. 3 e nell'art. 36, sempre facendo riferimento a un attributo fondamentale della personalità del cittadino lavoratore.

Questi limiti, così precisati, investono tutta la posizione dell'imprenditore e servono a definirne con esattezza i poteri ed i diritti. In realtà, nessuno potrebbe contestare il diritto dell'imprenditore ad organizzare l'attività della sua impresa; né seriamente dubitare della necessità di un *potere direttivo* nella persona che svolge un'attività organizzata e ne assume i rischi e le responsabilità. Ma questo potere è certamente limitato al solo aspetto tecnico e si riduce alla facoltà di organizzare l'attività dell'azienda e di distribuire i compiti all'interno di essa³². Questo potere – condizionato e limitato nel suo esercizio, secondo quanto più sopra precisato – è ad ogni modo l'unico che possa essere riconosciuto oggi all'imprenditore.

In dottrina si parla spesso di altri poteri dell'imprenditore, che taluni considerano come distinti ed autonomi, altri invece come multiformi aspetti di un'unica potestà autoritativa; si parla così di un potere gerarchico, di un potere disciplinare, di un potere regolamentare e così via³³.

Tali affermazioni e distinzioni non hanno però fondamento. Innanzitutto, per quanto riguarda il cosiddetto *potere gerarchico*³⁴ si deve rilevare come esso sia

32 In questo senso è ormai orientata la dottrina predominante. In particolare, sostengono la limitazione del potere direttivo agli aspetti tecnici e funzionali: NAPOLETANO, *Verso il tramonto dell'autorità gerarchica dell'imprenditore*, in *Dir. lav.*, 1955, 1, 81; VENTURA, *Natura e limiti dei regolamenti aziendali*, in *Riv. giur. lav.*, 1955, I, 174; NATOLI, *Sicurezza, libertà, ecc.* (cit.) ed anche *Limiti costituzionali, ecc.* (cit.), pag. 118 e 127; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni dir. lav.*, Napoli, 1957; LEGA, *Il potere disciplinare* (cit.), pag. 27 e segg.

Il MIGLIORANZI, invece, continua a considerare il datore di lavoro come "capo" della comunità di lavoro (*Il rapporto di lavoro nella sua evoluzione*, in *Dir. lav.*, 1951, I, 73 e segg.).

33 Una completa elencazione dei vari poteri attribuiti al datore di lavoro, si trova nel saggio del LEGA, *Sulla pretesa autonomia del cosiddetto dovere di obbedienza del lavoratore subordinato*, in *Dir. lav.*, 1948, 1, 277; il LEGA, peraltro, è contrario all'eccessivo frazionamento dei poteri del datore di lavoro.

34 Il potere gerarchico del datore di lavoro, logicamente sostenuto nel periodo corporativo da molti AA. (in particolare si veda: GRECO, *Il contratto di lavoro*, pag. 319, che peraltro ne ravvisava

ormai privo di senso a seguito della caduta dell'ordinamento corporativo. L'art. 2086 C.C. che, appunto, faceva riferimento ad un potere gerarchico dell'imprenditore, deve considerarsi abrogato per assoluta incompatibilità con l'ordinamento vigente³⁵. Infatti, il presupposto della norma risiedeva in una concezione dell'impresa che, come si è già detto, non ha più alcuna rispondenza nel sistema attuale: nell'impresa che in questo si muove non è più possibile vedere un ordinamento rigidamente gerarchico. E ciò appare tanto più evidente quando si pensi che difficilmente un potere gerarchico dell'imprenditore potrebbe svolgersi in concreto senza venire in contrasto con la libertà, la sicurezza e la dignità che devono essere garantite al lavoratore.

Di ciò sembra che si siano accorti anche coloro che pure hanno fondato sulla concezione criticata la loro costruzione del rapporto di lavoro, se, per superare l'ostacolo, hanno fatto ricorso al concetto di collaborazione, tentando di fonderlo con quello di gerarchia e così costruendo le figure ibride e contraddittorie della collaborazione gerarchicizzata (Pergolesi) e della subordinazione collaborativa (Barassi).

In verità, a parte le considerazioni che svolgeremo più oltre in ordine alla cosiddetta collaborazione, si può fin d'ora osservare che, nella sostanza, queste formulazioni si sono risolte in un estremo tentativo di salvare il vincolo gerarchico, che dovrebbe legare il lavoratore all'imprenditore. Infatti, si è sempre finito per servirsi di queste figure per mantenere fermo il preteso potere assoluto di questo e per incrementare d'altra parte la subordinazione del lavoratore, senza che, in definitiva, l'elemento collaborazione sia mai apparso capace di attribuire una diversa colorazione alla sostanza sia del potere che del vincolo. Anzi, la collaborazione è stata, per lo più, intesa come un dovere (gerarchico e per ciò stesso capace di essere specificato ad libitum!) del lavoratore, dal quale, quindi, ha tratto nuovo vigore e nuova consistenza il cosiddetto potere gerarchico dell'imprenditore.

Che il risultato dovesse essere necessariamente questo è d'altra parte comprensibile se si pensa che il concetto di gerarchia – mutuato dal diritto pubblico

il fondamento nel fenomeno dell'organizzazione d'impresa e nell'inserzione del lavoratore nell'azienda), continua a raccogliere molte simpatie anche oggi. Non sorprende che lo sostengano gli istituzionalisti (in particolare, v.: RABAGLIETTI, *Il recesso dell'imprenditore dal rapporto di lavoro*, Milano, 1957, pag. 41; PALERMO, *Disciplina, gerarchia e collaborazione nell'impresa*, in *Dir. lav.*, 1955, 1, 375); ma è piuttosto sconcertante che un contrattualista come il BARASSI parli ancor oggi di un potere unilaterale di signoria (*Diritto del lavoro*, vol. 2°, pag. 286).

Alla particolare concezione del MIGLIORANZI abbiamo già accennato più sopra (nota 32).

Contestano decisamente la sussistenza di un potere gerarchico: CORRADO, *La nozione unitaria* (cit.), pag. 321; NAPOLETANO, *Verso il tramonto*, ecc., cit.; NATOLI, *Limiti*, ecc., cit.

35 Esprimono un analogo avviso: LEGA, *Il potere disciplinare*, cit., pag. 48-49; NAPOLETANO, *Verso il tramonto*, ecc., cit.; NATOLI, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore*, ecc., cit., pag. 105 e segg.

– è molto preciso e non si presta ad equivoci³⁶: esso comporta, infatti, da un lato il potere incondizionato del superiore di imporre all'inferiore un certo comportamento; dall'altro uno specifico obbligo di obbedienza a carico dell'inferiore che, tutt'al più, trova i suoi limiti in una possibilità di sindacato della sola legittimità dell'ordine del superiore. Non vi è possibilità alcuna di mitigare l'asprezza ed il rigore del principio gerarchico, introducendo accanto ad esso degli attributi che non possono modificarlo nella sostanza e che, anzi, si riferiscono a figure e concetti decisamente con esso contrastanti.

Quanto al *potere disciplinare*³⁷, non c'è alcuna ragione per considerarlo come un potere autonomo e, tanto meno, assoluto. Si tratta infatti di un semplice aspetto del già riconosciuto potere direttivo: organizzare vuol dire anche imporre il rispetto di una certa disciplina, senza la quale, in definitiva, non può aversi neppure una parvenza di organizzazione. Ma il datore di lavoro non può imporre questa disciplina a suo libito e non può, soprattutto, esimersi dal rispetto della personalità del lavoratore, anche nell'esercizio del suo potere organizzativo. Il limite alla possibilità di applicazione di eventuali sanzioni disciplinari è, quindi, costituito non solo dal principio di proporzionalità previsto dall'art. 2106, ma anche e soprattutto dalla esistenza del complesso di garanzie a favore del lavoratore di cui abbiamo più volte parlato.

Quanto, infine, al cosiddetto *potere regolamentare*³⁸, non può dubitarsi che si tratti anche questa volta di una semplice specificazione del potere direttivo ed organizzativo, e che nulla a ciò aggiunga il riferimento del II comma dell'art. 2104 C.C.; e che anche su questo aspetto incidano gli stessi limiti costituzionali, ai quali si aggiungono oggi anche varie limitazioni di natura convenzionale. Basta ricordare, ad es., che in virtù dell'art. 2, n. 3, dell'accordo interconfederale

36 Sul concetto di gerarchia, in generale, si veda: LEGA, *Il potere disciplinare*, cit., pag. 39 e segg. Sulla gerarchia nel diritto pubblico: AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936; DE VALLES, *Il concetto giuridico di gerarchia*, Como, 1926. Per un trasferimento di tale concetto nel diritto del lavoro: GRECO, *Il contratto di lavoro*, pag. 5 e 319.

37 Sul potere disciplinare, in generale: LEGA, *Il potere disciplinare*, cit., *passim*, e particolarmente a pag. 114 e segg., ed ivi altri richiami. Questo A. afferma che il fondamento del potere disciplinare consiste nello schema legale del contratto di lavoro e che il suo esercizio può essere regolato, entro certi limiti, dall'autonomia privata.

Secondo il PALERMO (saggio citato) il potere disciplinare non è che un aspetto del potere gerarchico. Il CORRADO, *La nozione unitaria*, cit., pag. 345, ne esclude l'autonomia ed afferma che il fondamento di questo aspetto del potere dell'imprenditore può ravvisarsi nell'art. 1382 C.C. Il SANTORO PASSARELLI afferma invece che le sanzioni disciplinari non sono altro che pene private non riconducibili alla clausola penale.

38 Sul potere regolamentare in generale: DURAND, *Traité de droit du travail*, cit., vol. 1°, pag. 140 e segg.; MAZZONI, *Il contratto di lavoro*, cit., pag. 174; ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, Milano, 1947, pag. 52; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, 1947, pag. 139 e segg.

Il CORRADO, *La nozione unitaria*, cit., pag. 334, contesta l'autonomia di questo potere, pur riconoscendo la possibilità per l'imprenditore di dare una disciplina unitaria all'impresa.

Sul regolamento aziendale e sui problemi ad esso connessi, si può vedere l'interessante studio del VENTURA, *Natura e limiti dei regolamenti aziendali*, in *Riv. giur. lav.*, 1955, I, 178.

8.5.1953, il cosiddetto regolamento d'azienda deve essere preventivamente sottoposto all'esame della Commissione interna.

In conclusione, si può rilevare che la posizione dell'imprenditore deve essere oggi qualificata sulla scorta delle disposizioni inderogabili della Costituzione, come quella di un organizzatore di beni e di persone, per l'esercizio di un'attività che è libera e lecita, a condizione che si svolga entro i limiti segnati dall'utilità sociale e dal rispetto della personalità dei lavoratori. All'imprenditore non possono, quindi, riconoscersi né poteri assoluti né poteri autonomi rispetto alle obbligazioni discendenti dai singoli rapporti di lavoro, nei quali in definitiva si concreta "l'organizzazione di persone," e tanto meno i poteri che sarebbero caratteristici di un ordinamento gerarchico.

Il "potere" dell'imprenditore scaturisce direttamente dalla natura obbligatoria del rapporto e, per altro verso, ha come sua fonte la legge³⁹. Il suo contenuto deve ravvisarsi nella possibilità di determinare in concreto quel tanto di genericità – o meglio di indeterminatezza – che è proprio del contenuto della prestazione del lavoratore; l'aspetto sotto il quale può svolgersi detto potere è soltanto quello tecnico connesso strettamente alle necessità organizzative ed alla finalità di conseguimento del risultato economico dell'impresa.

Ne deriva che ogni direttiva di natura ad es. politica o sindacale, ogni interferenza nella vita privata del lavoratore ed ogni ordine che incida su quelle che, in genere, si possono dire le pause di lavoro – e cioè il tempo in cui il lavoratore non esplica la sua attività di lavoro – devono considerarsi come illegittimi, in quanto esorbitanti dal potere direttivo ed organizzativo riconosciuto all'imprenditore⁴⁰.

Al tempo stesso, all'obbligazione fondamentale dell'imprenditore, che è quella di corrispondere la retribuzione, si aggiungono altri obblighi, costituzionalmente sanciti, tra cui particolarmente evidenti sono quelli di consentire ai dirigenti sindacali di svolgere la loro funzione, di non introdurre nell'azienda criteri di discriminazione politica, di rispettare in qualsiasi occasione la dignità ed i fondamentali diritti dei lavoratori⁴¹.

b) Il lavoratore

La posizione del lavoratore risulta già abbastanza chiaramente definita sia da quanto abbiamo osservato in sede di disamina generale del sistema

39 In questo senso: NAPOLETANO, *Il lavoro subordinato*, cit., pag. 76; LEGA, *Il potere disciplinare*, ecc., cit., pag. 144 e segg.; NATOLI, *Sicurezza, libertà e dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Dir. lan.*, 1956, I, 3.

40 Per un'ampia disamina dei vari aspetti del problema trattato nel testo, v.: NATOLI, *Sicurezza, libertà*, ecc., cit.

41 Il NATOLI, *Sicurezza*, ecc., cit., rileva acutamente che un caso di illegittimo uso del potere direttivo del datore di lavoro deve ravvisarsi anche nella imposizione di ritmi lavorativi tali da provocare il logorio delle energie fisiche del lavoratore o diminuite le sue capacità di controllo.

costituzionale, sia – in contrario – dai rilievi più sopra effettuati circa i poteri e gli obblighi dell'imprenditore.

È tuttavia necessaria ancora qualche precisazione in ordine alla cosiddetta subordinazione e ai “doveri di fedeltà, di obbedienza e di collaborazione.”

Quanto alla “*subordinazione*”⁴² che è, in certo senso, l'aspetto della posizione del lavoratore corrispondente al potere direttivo dell'imprenditore, vi è solo da precisare che essa deve essere contenuta nei limiti delle (oggettive) necessità organizzative dell'impresa e deve essere compatibile con quella figura del lavoratore che è delineata dalla Costituzione. Deve essere, quindi, respinta ogni tendenza a risolvere la subordinazione in una soggezione di carattere personale.

Con la stipulazione del contratto di lavoro, il lavoratore assume l'obbligazione di prestare la sua attività lavorativa; da ciò necessariamente scaturisce anche l'obbligo di prestare tale attività – entro i limiti specifici segnati dalla qualifica – secondo le direttive dell'imprenditore, in virtù del potere organizzativo che a quest'ultimo compete, ma sempre nel quadro e con i limiti generali più sopra delineati.

Il fatto che l'attività di lavoro coinvolga immediatamente la persona del lavoratore, non solo non costituisce un motivo di maggior soggezione ma opera – e necessariamente – come un ulteriore limite ai poteri dell'imprenditore.

Quanto poi all'assunto dei sostenitori dell'impresa-istituzione, secondo i quali la soggezione personale sarebbe determinata dalle esigenze obiettive dell'impresa-istituzione, anziché dalle esigenze personali dell'imprenditore⁴³, vi è solo da rilevare che sembra trattarsi di un espediente puramente verbale che non muta

42 Sulla subordinazione in generale, v.: LEGA, *Il potere disciplinare*, cit., pag. 86 e segg., il quale la giustifica sotto il profilo organizzativo e contrattuale e non manca di rilevarne l'evoluzione anche alla luce dei precetti costituzionali.

Altre osservazioni interessanti nel volume del NAPOLETANO, *Il lavoro subordinato*, cit. e nel saggio di questo A. Verso il tramonto, ecc., cit. Il SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., considera la subordinazione sotto il profilo tecnico e funzionale; nello stesso senso: PROSPERETTI, *La posizione professionale*, cit., pag. 67.

Una concezione particolarmente estensiva del concetto di subordinazione è quella della M. RABAGLIETTI, *Il potere di recesso*, ecc., cit., pag. 61, la quale in sostanza considera quella del lavoratore come una posizione di minoranza.

Molto ottimisticamente, il LEVI DEVEALI, *Il concetto del contratto di lavoro e la traiettoria della legislazione sociale*, in *Riv. dir. lav.*, 1951, I, 42, afferma che l'organizzazione sindacale ha ridotto, fino ad eliminarla a volte del tutto, le situazioni di inferiorità del lavoratore di fronte al principale. Merita di essere qui richiamata una chiara sentenza della Corte d'Appello di Ancona, 27-3-1957, in *Riv. Glur. Lav.*, 1958, 2, 26, secondo la quale “Nel rapporto di lavoro, il concetto di subordinazione non ha carattere personale, nel senso che la soggezione del prestatore all'imprenditore è strettamente limitata all'esatto adempimento dell'obbligazione assunta”.

43 Oltre che nel citato volume della M. F. RABAGLIETTI, questa concezione si trova chiaramente esposta nello studio più volte citato del PALERMO (*Discipline*, ecc) nonché nel saggio del MIGLIORANZI, anch'esso più volte citato (*Il rapporto di lavoro nella sua evoluzione*); quest'ultimo A. testualmente afferma che “le esigenze delle leggi dell'impresa sono quelle che obiettivamente vengono a determinare le situazioni interne dei lavoratori”.

la sostanza delle cose perché, in definitiva, vale a riaffermare una posizione del prestatore che non è compatibile né con l'ordinamento vigente dell'impresa, né con le garanzie di rispetto della persona umana stabilite dalla Costituzione.

*

Circa la pretesa sussistenza di doveri *autonomi di fedeltà e di obbedienza*⁴⁴, vale la pena di rilevare ancora una volta che l'obbligazione fondamentale del lavoratore è esclusivamente quella relativa alla prestazione di una attività lavorativa e che non vi è motivo per affiancare ad essa altre obbligazioni accessorie, che spesso poi vengono ad essere considerate come preminenti rispetto a quella principale.

È poi natura *rerum* che il lavoratore debba prestare la sua attività con la diligenza media e con la buona fede che si richiedono nell'esecuzione di ogni contratto: si tratta di un *quid* che è connaturale a tutti i rapporti obbligatori a prestazioni corrispettive. Ma è assolutamente arbitrario parlare di autonomi doveri di fedeltà e di obbedienza, che si dovrebbero risolvere in una assoluta dedizione del lavoratore all'imprenditore o – per gli istituzionalisti – all'impresa.

Il cosiddetto dovere di obbedienza non è, a ben guardare, che un momento della necessità di adempimento che si specifica in relazione a quel *quantum*, per il quale sussiste il potere dell'imprenditore di determinare il contenuto della prestazione del lavoratore.

L'obbligo di fedeltà, d'altra parte, non può essere inteso se non nel senso specificamente indicato dall'art. 2105 C.C. e sarebbe del tutto arbitrario il generalizzarlo, estendendolo al di là delle due ipotesi in tale norma tassativamente previste⁴⁵.

*

44 Parlano di un dovere autonomo di fedeltà e di obbedienza: BASSANELLI, *Le obbligazioni negative del prestatore di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, pag. 358; Greco, *Contratto di lavoro*, cit., pag. 260; ARDAU, *I poteri discrezionali dell'imprenditore*, Milano, 1940, pag. 103; BARASSI, MAZZONI, PERGOLESÌ (testi di diritto del lavoro, più volte citati)

Contra: LEGA, *Sulla pretesa autonomia del cosiddetto dovere di obbedienza del lavoratore subordinato*, in *Dir. lav.*, 1948, I, 277; CASANOVA, *Studi di dir. del lav.*, Pisa, 1935, pag. 146; CASSÌ, *La subordinazione del lavoratore*, pag. 183; SAVINO, *La subordinazione nel rapporto di lavoro*, pag. 111; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni*, ecc., cit., pag. 148; CORRADO, *La nozione unitaria*, ecc., cit., pag. 298; [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, pag. 140 segg.

45 In questo senso: NATOLI, *Adempimento e non collaborazione*, in *Riv. giur. lav.*, 1949, I, 35; CORRADO, *La concezione unitaria*, cit., pag. 298. Il DURAND, invece (*Trattato*, cit., vol. 2°, pag. 586) parla di un obbligo particolare di fedeltà; nello stesso senso: BARASSI *Il dovere della collaborazione*, *Riv. dir. lav.*, 1949, 1, 1; CARROZZA, *Aspetti giuridici della non collaborazione*, *Dir. lav.*, 1949, 1, 380.

Resta da vedere in che cosa possa consistere la *collaborazione*, di cui tanto si parla⁴⁶. In realtà, un certo elemento di collaborazione sussiste in tutti i rapporti obbligatori, in quanto il risultato pratico perseguito dalle parti si raggiunge attraverso l'attività concorrente di esse; peraltro, secondo una parte della dottrina, la collaborazione del lavoratore dovrebbe essere intesa in senso più ampio e risolversi in una partecipazione singolarmente intensa al perseguimento del risultato economico dell'impresa. Si è così potuto parlare della collaborazione addirittura come di un dovere, la cui fonte prima sarebbe da ravvisare nell'art. 2094 del Codice Civile⁴⁷; il contenuto di essa non si esaurirebbe nella subordinazione alle direttive dell'imprenditore, cioè nell'obbedienza ad esse, nel senso appena precisato, né nell'obbligo di fedeltà, ma comprenderebbe anche la necessità di tutta una serie di prestazioni accessorie, spesso addirittura discrezionali.

Ma in realtà, la collaborazione di cui parla l'art. 2094 non è più di una mera formula, che ha sempre avuto il significato di una semplice e vuota affermazione retorica. E se come tale poteva giustificarsi nel sistema corporativo, quando cioè si voleva considerare l'impresa come una comunità, nella quale si svolgeva un'attività economica in funzione del superiore interesse dell'economia nazionale, al cui raggiungimento avrebbero appunto collaborato sia il lavoratore che il datore di lavoro, (anche se poi ciò significava che praticamente la "collaborazione" del primo andava a vantaggio del secondo, senza alcuna contropartita), non può non apparire veramente singolare che, oggi che non esiste più il sistema corporativo, si cerchi non solo di rispolverare la vuota formula dell'art. 2094, ma addirittura di attribuire ad essa un contenuto che, in realtà, essa non aveva neppure nell'ambito dell'ordinamento abrogato.

Né più convincente appare la tesi, secondo la quale si tenta di giungere allo stesso risultato affermando che anche la diligenza alla quale è tenuto il prestatore

46 Sulla collaborazione, in generale, v.: LEGA, *Il potere disciplinare*, cit., pag. 85. Il PALERMO (studio cit.) la vede soprattutto su un piano etico di solidarietà sociale. Interessanti osservazioni sulla collaborazione possono vedersi nello studio del PUGLIATTI su *Proprietà e lavoro nell'impresa*, in *Riv. givr. lav.*, 1954, 1, 135. Una concezione particolare è quella esposta dalla M. F. RABAGLIETTI, *Introduzione alla teoria del lavoro nell'impresa*, Milano, 1956 e *Il recesso dell'imprenditore dal rapporto di lavoro*, Milano, 1957, pag. 43 e segg., la quale fonda decisamente la nozione di collaborazione sul presupposto dell'esistenza di un fine comune per i soggetti del rapporto. Contro tale concezione: NATOLI, *Limiti costituzionali*, ecc., cit., pag. 121.

47 Sostiene in particolare il dovere della collaborazione, il BARASSI, nello studio più volte citato (*Il dovere della collaborazione*). Anche il NAPOLITANO, *Il lavoro subordinato*, parla di un obbligo di collaborazione, a seguito dell'inserzione del lavoratore nell'azienda. Contro l'esistenza di un tale dovere: NATOLI, *Limiti costituzionali*, ecc., cit., pag. 125.

Una posizione intermedia è quella del CORRADO, *La nozione unitaria*, ecc., cit., pag. 302, il quale critica la tesi dell'esistenza di un obbligo autonomo di collaborazione, ma in contrasto con l'assunto del NATOLI asserisce che la collaborazione non contrasta con gli ordinamenti democratici. In sostanza, per questo A., la collaborazione consiste in un coordinamento di attività per il conseguimento di un particolare risultato. Non appare chiaro, peraltro, se il risultato debba essere considerato come oggetto di un fine comune.

di lavoro dovrebbe essere armonizzata con quella utilità sociale di cui parla l'art. 46 della Costituzione. In tal modo, quello che è un limite negativo all'attività dell'imprenditore, dovrebbe risolversi nell'imposizione di un comportamento attivo – peraltro essenzialmente indeterminato – a carico del lavoratore, che darebbe nuova vita al cosiddetto dovere di collaborazione.

In realtà se, fuori da più o meno interessate fantasie, si resta aderenti al piano dell'ordinamento positivo, di un dovere autonomo di collaborazione non è possibile parlare; ché anzi, non sembra possibile neppure parlare di collaborazione, posto che nel sistema generale le parti del rapporto di lavoro sono concepite realisticamente come contrapposte e la loro attività è considerata come ispirata a finalità ed interessi che non hanno nulla di effettivamente comune fra loro.

Di collaborazione può parlarsi nel nostro ordinamento soltanto se la si consideri come oggetto di un diritto dei lavoratori, quale è specificamente previsto dall'art. 46 della Costituzione, di cui, in genere, troppo facilmente ci si dimentica o ci si ricorda soltanto per svalutarne la portata⁴⁸.

Riesce, ad es., difficile comprendere come si possa trovare – e non si è mancato di pretendere di aver trovato – nell'articolo 2094 C.C. un presupposto della norma dell'art. 46 della Costituzione⁴⁹; quale collegamento possa, infatti, sussistere tra una formula retorica, priva di giuridica consistenza e comunque ispirata alla concezione-base del sistema corporativo, e il solenne riconoscimento di un diritto dei lavoratori, considerato quale mezzo e strumento di loro elevazione sociale, e per ciò stesso limitativo dei diritti del datore di lavoro, è del tutto impossibile vedere.

Sta di fatto che, mentre la collaborazione, contenuto di un obbligo del lavoratore quale quello indicato dall'art. 2094 C.C. non ha significato alcuno, la collaborazione alla gestione delle aziende, intesa come oggetto di un diritto del lavoratore, ha un'effettiva rilevanza modificando le rispettive posizioni dei soggetti, fino al punto di aprire nuove prospettive – come abbiamo già rilevato – per la stessa struttura del rapporto di lavoro. Si può, anzi, dire di più: l'inserzione del lavoratore nell'azienda (per usare un termine da qualche tempo di moda) acquista un significato ed un valore concreto solo se la si consideri come espressione di una partecipazione attiva e qualificata non solo al processo produttivo dell'azienda, ma anche alla fase organizzativa ed alla stessa gestione amministrativa dell'impresa.

48 Sulla collaborazione come diritto: NATOLI, *Adempimento e non collaborazione*, cit., pag. 35; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, *Dir. lav.*, 1954, I, 182; COLLOTTI, *L'art. 46 della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, 188.

Una concezione particolare è quella del CORRADO, *La nozione unitaria*, ecc., pag. 293., che perviene addirittura ad escludere la partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa, riconoscendo loro soltanto un generico potere di controllo.

49 In tal senso: PALERMO, *Recesso ad nutum ed accordi risolutivi nel rapporto di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1955, I, 15.

Fino a quando il lavoratore resta un mero subordinato, impegnato cioè soltanto in un'attività meramente esecutiva, è chiaro che non può concepirsi nessuna forma di collaborazione, mancando tutti i presupposti essenziali perché di questa possa parlarsi. Quando verrà concretamente attuata la norma dell'articolo 46 (e nel senso pieno indicato dalla Costituzione, non nelle forme parziali e limitate che già oggi si adombrano da molte parti)⁵⁰, allora il problema dovrà essere riveduto e la posizione dei soggetti dovrà essere sottoposta ad un nuovo esame, anche se fin d'ora riteniamo improbabile la trasformazione della causa tradizionale del rapporto nello schema tipico proprio dell'associazione.

Oggi, l'art. 46 resta l'espressione di un indirizzo costituzionale – pur in generale espresso dall'art. 3, II comma – secondo il quale tutti gli strumenti di elevazione del lavoratore devono essere valorizzati, e fra questi anche quello dell'attiva sua inserzione in tutte le fasi della vita dell'impresa.

In questo senso, anche il diritto alla collaborazione alla gestione appare come un ulteriore attributo della personalità del lavoratore e vale a qualificare ulteriormente la posizione complessiva di questo sia nell'ambito dell'azienda, sia nell'ambito più vasto della intera *societas*.

*

Possiamo, dunque, concludere, anche su questo punto, nel senso che la posizione del lavoratore all'interno dell'azienda deve oggi considerarsi come completamente nuova e diversa da quella che ad esso era riconosciuta nel periodo corporativo ed anche nel periodo precedente all'avvento del fascismo. Alla figura del prestatore di lavoro che vende le proprie energie in cambio della mercede, si è sostituita *la figura del cittadino che raggiunge il massimo della sua dignità sociale e della sua personalità proprio nel momento in cui svolge la sua attività lavorativa*. I cancelli della fabbrica, aprendosi davanti al lavoratore, non lo introducono in un mondo chiuso nel quale opera la volontà arbitraria di un capo, ma gli danno ingresso ad una di quelle formazioni sociali nelle quali la sua personalità deve potersi svolgere nella sua pienezza con i soli limiti derivanti dalla necessità del rispetto della personalità e dei diritti degli altri soci⁵¹.

Non vi è più posto – nel sistema giuridico attuale – per l'azienda intesa come ordinamento a sé stante, impenetrabile ad ogni ingerenza esterna ed escludente

50 Esempi caratteristici di tali concezioni limitative: CORRADO, cit. in nota 34; PALERMO, *Disciplina, gerarchia*, ecc. cit., per il quale ai lavoratori dovrebbe essere riconosciuta soltanto una funzione consultiva.

51 Sulla nuova concezione del cittadino-lavoratore e delle garanzie ad esso attribuite: NATOLI, *Sicurezza*, ecc., cit. ed anche, *Limiti costituzionali*, ecc., cit., pag. 76 e nota 34; CRISAFULLI, in *Atti del Convegno nazionale di studi sulle condizioni dei lavoratori nell'impresa industriale*, Milano, 1955, pag. 58 e segg.

Si vedano anche gli *Atti del Convegno Nazionale per la tutela dei diritti di libertà*, Milano, 1955, nonché l'inchiesta sul diritto al lavoro e la libertà di opinione pubblicata su *Società* (giugno 1952).

l'applicazione delle garanzie fondamentali riconosciute ai soggetti; ché anzi, è proprio del sistema che quelle garanzie siano operanti in modo particolarmente intenso nei confronti dell'imprenditore e nel momento dello svolgimento dell'attività lavorativa.

È proprio in questo quadro che la posizione del lavoratore riceve una nuova e definitiva qualificazione dall'ultimo tipo di garanzia riconosciutagli dall'ordinamento, cioè da quel potere di autotutela, la cui portata e le cui caratteristiche avremo più oltre occasione di precisare⁵².

52 Dalla definizione delle posizioni reciproche dei soggetti risulta anche sufficientemente chiarito il quadro dei rapporti intercorrenti fra i medesimi. Tuttavia sembra opportuno spendere qualche parola circa il tentativo di dare sistemazione giuridica a quel complesso di rapporti che va sotto il nome di "relazioni umane".

In realtà, sembra che il problema sia tutt'altro che maturo per una costruzione giuridica. Tanto è vero che gli stessi AA. che se ne sono occupati sotto questo particolare profilo, hanno finito per esprimere sostanziali riserve e difficilmente hanno potuto concretamente superare le naturali diffidenze che vengono suscitate dalla stessa impostazione del problema.

In realtà, le affermazioni di principio del sistema delle "relazioni umane" non contrastano con i principi generali del diritto del lavoro attuale. Ma i metodi e gli strumenti delle "relazioni umane" appaiono così contrastanti col vigente ordinamento costituzionale, da rendere impossibile ogni tentativo di sistemazione giuridica.

Innanzitutto, essi trovano il loro fondamentale presupposto nella concezione dell'impresa come "comunità di lavoro", concezione che abbiamo visto essere ben poco in armonia col sistema costituzionale. Altro presupposto è quello della collaborazione come dovere del lavoratore; del quale concetto ci siamo già occupati per dimostrarne l'inconsistenza.

In secondo luogo, l'inserzione del lavoratore nella fase produttiva dell'azienda dovrebbe realizzarsi attraverso l'istituzione di commissioni paritetiche di studio e di orientamento, con compiti meramente consultivi.

Non occorre sottolineare quanto tale sistema sia diverso e contrastante rispetto al chiaro principio affermato dall'art. 46 della Costituzione.

In terzo luogo, i sistemi delle relazioni umane si articolano principalmente nella costituzione di commissioni miste (dette "gruppi umani integrati"), per lo studio e la soluzione dei più svariati problemi che vanno dalla prevenzione degli infortuni fino all'assistenza sociale ed alle attività ricreative.

Non vi è dubbio che i comitati paritetici, come le commissioni miste, spezzino l'omogeneità di interessi, che è alla base del necessario collegamento orizzontale dell'unionismo operaio, per ricostituire il consueto rapporto verticale di dipendenza, pur sotto l'apparente profilo di una conciliazione fra gli opposti interessi.

Infine, le "relazioni umane" assumono un atteggiamento veramente singolare nei confronti di quello strumento di tutela sindacale che è costituito dalle commissioni interne; se infatti da un lato si vogliono affidare alle medesime poteri che esse non hanno (ad es., la stipulazione di contratti collettivi), dall'altro si tende a sottrarre alle stesse una parte dei loro compiti più importanti per affidarli ai citati comitati paritetici.

In conclusione, riteniamo di poter affermare l'inattualità di un problema di costruzione giuridica delle relazioni umane.

Il sistema costituzionale ha già in sé tutti gli elementi necessari per addivenire alle soluzioni proposte in linea di principio dalla suddetta tendenza. Più che di costruire sul piano giuridico nuovi sistemi, si tratta di dare attuazione ai principi già proclamati dal nostro ordinamento; e ciò a maggior ragione per il fatto che i nuovi istituti cui si vorrebbe dare sistemazione sul

3. Il recesso ad nutum ed i suoi limiti

Il quadro delle posizioni delle parti nel rapporto di lavoro non potrebbe essere completo se non si esaminasse uno dei momenti della vita del rapporto stesso, che è di fondamentale importanza perché rappresenta, praticamente, il banco di prova della bontà delle varie dottrine proposte a giustificazione di tutto il fenomeno. Tale è, in definitiva, quel particolare strumento che consente al datore di lavoro di porre fine al rapporto e che è volgarmente noto come licenziamento. Più tecnicamente si parla – a tale proposito – di atto di recesso ed è tuttora prevalente nella nostra dottrina e nella nostra giurisprudenza l'opinione che esso – nei rapporti a tempo indeterminato, che costituiscono la regola e che qui soprattutto interessano – possa aver luogo ad arbitrio del datore di lavoro, cioè, come suol dirsi, *ad nutum*, salvo il rispetto del termine di preavviso e il pagamento dell'indennità di anzianità indicati negli articoli 2118 e 2120 C.C.

Dobbiamo subito precisare che abbiamo riservato – nella nostra trattazione – un posto particolare ai problemi relativi al recesso *ad nutum*, in vista della loro eccezionale importanza, oltre che per comodità di esposizione; in effetti, il tema avrebbe dovuto essere trattato in sede di disamina dei poteri dell'imprenditore, fra i quali il potere di recesso è senza dubbio compreso, costituendone, anzi, la più intensa manifestazione.

Se infatti è vero che il cosiddetto potere di recesso unilaterale è formalmente riconosciuto ad ambedue i contraenti, non si può tuttavia fare a meno di rilevare come esso si qualifichi nella sostanza come un vero e proprio potere di supremazia dell'imprenditore. Il recesso del lavoratore non solo costituisce un fatto del tutto eccezionale, ma costituisce anche un fenomeno di assai scarsa incidenza sia sulla posizione della controparte, sia sul funzionamento dell'impresa.

L'esercizio del potere di recesso da parte dell'imprenditore è invece, un atto di conseguenze gravissime, non solo perché esso equivale assai spesso per il lavoratore alla perdita dei mezzi di sussistenza per sé e per la propria famiglia, ma anche perché la sua incombente minaccia – date le conseguenze accennate

piano giuridico, appaiono nettamente contrastanti con le indicazioni e gli orientamenti del nostro sistema costituzionale.

Sui sistemi delle "relazioni umane", v. in generale: MAYO, *The human problems of an industrial civilisation*, Boston, 1933; *The social problems of an industrial civilisation*, Boston, 1945; *The political problems of an industrial civilisation*, Boston, 1947; MORO VISCONTI, *Relazioni umane nelle aziende industriali*, Ed. Ateneo, Roma; Atti del Convegno nazionale sulle relazioni umane nell'industria, Milano, 1955; FOURESTIER, *L'effort pour l'accroissement de la productivité dans les nations de l'Europe de l'Ovest*, *Révue int. du travail*, 1953, n. 4.

Sui problemi giuridici sollevati dalle "relazioni umane", v.: RIVA SANSEVERINO, *Per una formulazione giuridica delle relazioni umane*, in *Dir. economia*, 1955, pag. 503; Ferrucci, *Le relazioni umane e il diritto del lavoro*, *Riv. giur. lav.*, 1956, I, 85 e 137; *Id.*, *Prosegue il dibattito in tema di relazioni umane*, *Riv. giur. lav.*, 1957, I, 253 (con ampi riferimenti); LEGA, *Le relazioni umane nell'impresa dal punto di vista del diritto del lavoro*, in *Atti della 1° riunione dell'Istituto di studi di protezione sociale*, Roma, 1955.

– costituisce uno strumento formidabile di pratica negazione di tutti i fondamentali diritti del lavoratore.

Non deve, perciò, meravigliare che si veda nel recesso ad nutum piuttosto l'espressione più intensa di quel potere di supremazia che nel passato veniva riconosciuto all'imprenditore, anziché il semplice atto conclusivo del rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Di questa affermazione si vedranno più oltre le conseguenze.

*

È intanto opportuno ricordare che la facoltà di recesso – espressamente prevista dall'art. 2118 C.C. – è stata classificata come un *diritto potestativo*⁵³, il cui esercizio non sarebbe – secondo l'opinione tradizionale – sostanzialmente soggetto ad alcun limite; sicché l'atto (negoziale) di recesso avrebbe tipicamente natura acausale ed astratta, onde l'irrilevanza di ogni indagine che possa eventualmente riguardare in concreto un irrilevante momento causale, ivi compreso quel particolare momento che si suole denominare motivo e che dovrebbe, perciò, risultare insindacabile anche sotto il riflesso dell'art. 1345 (in rel. art. 1324) C.C.⁵⁴

Queste persistenti posizioni della dottrina e della giurisprudenza italiana – da un punto di vista comparativo – appaiono del tutto singolari ed in contrasto con l'esperienza di tutta una serie di altri ordinamenti a regime generale più o meno analogo. Pressoché dovunque, infatti, – con maggiore o minore intensità e specialmente dopo la seconda guerra mondiale – si è andata affermando la tendenza ad assoggettare l'indiscriminato potere di recesso dell'imprenditore a concrete limitazioni: al quale risultato si è giunti sia attraverso l'emanazione di opportune norme di legge (di notevole importanza, in questo senso, l'esperienza della Repubblica Federale Tedesca⁵⁵) sia in via d'interpretazione delle norme già esistenti (dal punto di vista va segnalata, oltre l'esperienza della stessa Repubblica Federale Tedesca anteriore alla emanazione delle leggi di tutela dal

53 NATOLI, *La situazione attuale*, ecc., pag. 128, con ampi riferimenti; v. anche: PALERMO, *Recesso ad nutum ed accordi risolutivi nel rapporto di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1955, I, 15 ed ivi altri richiami.

54 Sulla natura acausale del recesso, v.: PALERMO, ult. cit.; BARASSI, *Diritto del lavoro*, ed. 1949, vol. 3°, pag. 212; CALLEGARI, *Il recesso unilaterale dal contratto*, 1939, pag. 230.

La giurisprudenza ha costantemente affermato la natura acausale del recesso e l'irrilevanza dei motivi. Basti per ora richiamare alcune sentenze particolarmente significative: Cass, civ. 23-2-1954, n. 511, in *Riv. giur. lav.*, 1954, 2, 329; *Id.* 6-6-1951, *ivi* 1951, 2, 323; *Id.* 29-11-1951, n. 2715, *ivi* 1952, 2, I.

55 Sulle caratteristiche della legge 14-8-1951 in Germania: HERSCHEL, *La legge sul licenziamento nella Repubblica Federale tedesca*, in *Nuova Riv. dir. comm. e dell'ec.*, 1952, I, 46; NATOLI, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, 105.

Per la più recente legislazione francese, v.: *Traité de droit du travail*, di DURAND e JAUSSAUD, cit.; v. anche: LYON-CAEN, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, Paris, Pichou, 1955, pag. 202 e segg.

licenziamento, anche quella di un Paese sostanzialmente assai più vicino al nostro per le caratteristiche generali del suo ordinamento, quale è la Francia).

In Italia, questa generale tendenza non ha trovato finora alcuna attuazione legislativa, se si eccettuano alcune disposizioni di carattere particolare (per i dipendenti da imprese concessionarie di servizi ferro-tranviari, per i dipendenti di alcuni enti pubblici economici, per i salariati dell'agricoltura)⁵⁶; uno sforzo più notevole è stato invece compiuto dalle organizzazioni sindacali che, in sede di contrattazione collettiva, hanno introdotto concreti limiti alla facoltà di recesso.

Neppure l'entrata in vigore della Costituzione – pur modificando di per sé tutto il sistema del nostro ordinamento giuridico e conseguentemente prospettando la necessità di un generale mutamento d'interpretazione di norme ed istituti sopravvissuti alla caduta del regime corporativo – è valsa, nell'assenza di una specifica nuova regolamentazione legislativa che esplicitamente affermasse il nuovo indirizzo predominante in altri Paesi, ad arginare le gravi conseguenze della prassi ormai generalizzata del recesso *ad nutum*.

Infatti, la giurisprudenza è rimasta per lo più arroccata sulle posizioni tradizionali, e soltanto una parte della dottrina ha sentito la necessità di dibattere il problema, affrontando le molteplici resistenze di coloro che al tramonto del recesso *ad nutum* sembrano ricollegare la fine della civiltà. Tuttavia l'idea che il potere di recesso *ad nutum* dell'imprenditore sta effettivamente volgendo verso il tramonto e che la spinta verso la stabilità dell'impiego non può essere ulteriormente contenuta, non solo per le ragioni sociali, economiche e morali che militano a suo favore, ma anche per ragioni strettamente e rigorosamente giuridiche, si va sempre più diffondendo⁵⁷.

56 Una manifestazione temporanea ed occasionale di questa tendenza fu costituita dai decreti sul blocco dei licenziamenti nell'industria (in particolare, v. D.L.Lt. 21-8-1945, per l'Alta Italia). In certo qual modo, può essere annoverata tra le norme limitative del potere di recesso, la legge 15-8-1943, n. 533, sulla durata dei contratti individuali di lavoro in agricoltura. Per i ferrotranviari, v. R.D.L. 19-10-1923. n. 2311. Per altri riferimenti, v. NATOLI, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, in *Riv. dir. lav.*, 1951, 1, 105.

57 BUCCISANO, *Ancora sui limiti di validità del licenziamento, con riferimento alla causa ed ai motivi*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I, 166 e segg.; PAROLI, *Nuovi orientamenti del potere di recesso dell'imprenditore*, in *Dir. lav.*, 1947, 1, 274; GIUGNI, *Verso il tramonto del recesso ad nutum dell'imprenditore*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, 201; MIGLIORANZI, *Il rapporto di lavoro nella sua evoluzione*, in *Dir. lav.*, 1951, 1, 78; RABAGLIETTI, *Il recesso dell'imprenditore*, ecc. (cit.); BALZARINI, CESARINI-SFORZA, DI ORESTE, CRISAFULLI, MORTATI, NATOLI, tutti in *Atti del Convegno sulla tutela della libertà nei rapporti di lavoro*, Milano, 1955; CORRADO, *Limiti al licenziamento ed al potere di esercitarlo*, in *Dir. economia*, 1955, pag. 523.

Per la tendenza contraria, v.: COMBA, *Ancora sul licenziamento ad nutum e sui suoi limiti*, in *Dir. economia*, 1956, pag. 263 (il quale praticamente ammette che il datore di lavoro possa licenziare un dipendente solo perché di idee contrarie alle sue): in certo modo, v. anche: PROSPERETTI, *Sul diritto al lavoro, Annali della facoltà di scienze politiche dell'Università di Perugia*, anno 1952-1953, pag. 323.

Merita di essere ricordata la recente decisione della Corte Costituzionale (24 gennaio 1958, n. 7, in *Riv. giur. lav.*, 1958, 2, 123), la quale ha chiaramente affermato che "l'art. 2118, che

Ed in realtà, proprio sull'istituto del recesso può e deve effettuarsi la concreta applicazione di alcuni di quei principi giuridici nuovi, di cui si è parlato in precedenza e che rappresentano l'aspetto più rilevante del nuovo sistema delineato dalla Costituzione del 1948.

*

Si può cominciare col rilevare che, in linea di stretto diritto *la tesi della astrattezza del negozio di recesso è stata ormai battuta in breccia dalle critiche più serrate*⁵⁸.

Si è infatti messo in evidenza come lo stesso fatto che si tratti di un negozio specificamente previsto dal Codice Civile, dimostri l'inevitabile esistenza di una sua causa tipica, che consiste nella funzione giuridica che esso è destinato ad esplicare nel sistema generale dell'ordinamento giuridico e che è, d'altra parte, rivelata dalla costanza delle caratteristiche che presenta il contenuto dell'atto in quanto diretto a provocare l'estinzione del rapporto di lavoro.

Ciò significa che al recesso debbono essere applicate le norme che il Codice Civile detta per tutti gli altri negozi giuridici e, particolarmente, quelle previste dagli artt. 1343, 1344, 1345, relative ai vizi della causa e sicuramente applicabili anche agli atti unilaterali, come il recesso, in virtù del richiamo generale contenuto nell'art. 1324.

D'altro lato, la stessa giurisprudenza ha talvolta aperto qualche maglia nella rigidità della sua concezione; ad esempio quando si è occupata dell'ipotesi di licenziamento seguito da immediata riassunzione, del quale più volte ha riconosciuto ed affermato la nullità, sotto il riflesso dell'art. 1344 cit., riconoscendo in esso il tipico meccanismo della frode alla legge, e più precisamente alla disposizione imperativa dell'art. 2120 C.C.⁵⁹.

regola il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, non consacra, con la libertà di recesso, un principio fondamentale ed assoluto di ordine pubblico, cui non si possa derogare, mentre è noto che possono farlo – e lo fanno largamente – i contratti collettivi anche dopo che è venuto meno l'ordinamento corporativo”.

58 Si sono espressi contro l'acausalità del recesso, in modo particolare: CORRADO, *Limiti al licenziamento*, ecc., cit., pag. 523 e segg.; SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, 1949, pag. 29 e segg.; PAROLI, in *Dir. lav.*, 1951, I, 405; MIGLIORANZI, *Temi in discussione nel 25° anniversario di questa Rivista, Dir. lav.*, 1952, I, 3; NATOLI, *Situazione attuale*, ecc., cit., pag. 128 e segg.; BRUNETTI, *Natura giuridica del licenziamento ad nutum*, in *Mass. giur. lav.*, 1957, pag. 33; PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, 1958, pag. 115.

Per riferimenti circa la sindacabilità dei motivi del recesso: NATOLI, *La situazione*, ecc., cit., pag. 129; CORRADO, *Studi sul licenziamento*, Torino, 1950, pag. 98 e segg.

II SERMONTI, *Sul licenziamento ad nutum e i suoi limiti*, in *Dir. lav.*, 1955, I, 3, mentre ritiene preclusa ogni indagine sulla liceità della causa, afferma la nullità del licenziamento operato per motivi illeciti, purché i motivi risultino dall'atto.

59 In questo senso, v.: Cass. civ. 19-1-1944, in *Dir. lav.*, 1946, 2, 93; Cass. civ. 4-7-1951, n. 2234, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 2, 269; Cass. civ. 25-10-1956, n. 3952, in *Mass. giur. lav.*, 1956, pag. 308; App. Genova 6-4-1954, in *Riv. giur. lav.*, 1954, 2, 271.

Fatta, però, questa giusta ammissione, appare assolutamente incomprensibile perché mai non dovrebbero venire in considerazione anche gli altri vizi della causa; infatti, se si ammette la nullità del licenziamento effettuato in frode alla legge, cade ogni valida ragione per escludere la nullità quando esso sia effettuato in contrasto con norme imperative o quando sia determinato da motivo illecito, palesandosi destituite di ogni fondamento le ragioni che, tra l'altro, dovrebbero giustificare la condannata insindacabilità dei motivi del recesso, ai fini dell'applicazione dell'art. 1345 cit.

Le conseguenze di questa riconduzione del negozio di recesso sotto l'impero dei principi generali validi per tutti gli altri negozi giuridici sono intuitive. Su esse si avrà ancora occasione di tornare, in particolare per sottolineare il significato e la rilevanza pratica di un'eventuale pronuncia di nullità del licenziamento.

Ad ulteriori e, forse, più proficui risultati si può certamente pervenire per altra via, e cioè prendendo le mosse da quella concezione del licenziamento *ad nutum* come potere dell'imprenditore, a cui abbiamo fatto cenno all'inizio.

Se infatti il potere di recesso è un diritto potestativo – come sembra essere ammesso pacificamente – è chiaro che anche esso deve avere *i suoi limiti ed i suoi presupposti*, gli uni e gli altri concretamente determinabili in relazione al fine per il quale esso è riconosciuto⁶⁰.

La sostanziale difformità tra i motivi che in concreto determinano l'atto di recesso ed il fine per il quale il corrispondente potere è stato conferito, non può infatti essere considerato irrilevante. Esso concreterà, invece, una ipotesi di *sviamento di potere*⁶¹, di un fenomeno, cioè che la dottrina va identificando con sempre maggior frequenza anche nel campo del diritto privato, quale aspetto

Per la dottrina sulla nullità dei licenziamenti fittizi, v.: SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, cit., pag. 28, 29, 30; CORRADO, *Studi sul licenziamento*, cit., pag. 93 e segg.

Un altro strappo nella rigida concezione predominante, è stato recato da quelle sentenze che hanno riconosciuto che il licenziamento perde la sua natura non causale, allorché rechi una motivazione (per tutti, v.: App. Roma 18-9-1956, in *Mass. giur. lav.*, 1957, pag. 33).

60 In questo senso, v. BALZARINI, *Limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso ad nutum dell'imprenditore*, in *Atti del Convegno sulla tutela della libertà*, cit., pag. 4 e segg.; NATOLI, *Situazione attuale*, ecc., pag. 131 e *Relazione al convegno succitato*; DI ORESTE CRISAFULLI, in *Atti del Convegno*, ecc., cit.; alcune precisazioni sul concetto in generale, si trovano in: RABAGLIETTI, *Il recesso dell'imprenditore*, ecc., cit., pag. 133, nota 5.

61 Parlano di sviamento del potere, il BALZARINI, *relaz. cit.*, e il MORTATI, *Intervento al Convegno sulla tutela della libertà*, cit. Sembra orientato nello stesso senso il GRASSETTI (postilla in calce ad articolo di OTTOLENGHI, in *Rin. giur. lav.*, 1951, I, I e segg.) il quale parla di abuso del potere. Il CORRADO, *Limiti al licenziamento*, ecc. cit., non nega la concepibilità astratta dello sviamento del potere in diritto privato, ma ne contesta la ricorrenza nella fattispecie, mancando la dimostrazione che il potere di recesso è conferito perché l'imprenditore realizzi un interesse dell'impresa.

specifico di quella più ampia fattispecie che dà luogo alla figura dell'abuso di diritto⁶².

62 Il problema dell'abuso del diritto va acquistando nuova attualità, soprattutto ai fini della valutazione della rilevanza concreta dell'attività dei soggetti privati, anche in relazione al nuovo ordinamento costituzionale.

È noto che di abuso del diritto si parla in diversi significati: o per indicare un esercizio del diritto particolarmente anormale o per intendere l'esercizio del diritto in forme inconsuete e particolarmente svantaggiose per i terzi, o per caratterizzare l'esercizio di un diritto avvenuto senza utilità del titolare ma solo per nuocere ad altri o anche con un'utilità del titolare sproporzionata rispetto al nocumento cagionato ad altri.

Si è osservato peraltro che di abuso del diritto nei primi due casi non ha senso parlare, perché il comportamento del soggetto non può essere al tempo stesso conforme e contrario al diritto; di abuso potrebbe quindi parlarsi soltanto nell'ultima ipotesi, cioè con riferimento agli atti cosiddetti emulativi (ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, 1937, pag. 107).

In realtà, questa concezione restrittiva non ci sembra convincente. Se si ammette la possibilità di vincoli di ordine finalistico all'esercizio di un diritto o di un potere, si deve riconoscere la possibilità che l'atto di esercizio in concreto venga deviato rispetto ai fini consentiti ed indirizzato a fini ulteriori o diversi.

Il soggetto è titolare del diritto e può perciò esplicare l'attività corrispondente: solo che nella scelta delle modalità (*lato sensu*) di esercizio, egli è vincolato alla necessità del rispetto di determinate finalità oggettive.

Questo è appunto ciò che avviene a proposito del potere di recesso dell'imprenditore: questo diritto potestativo – previsto dall'art. 2118 C.C. come svincolato da qualsiasi limite di ordine teleologico – ha subito una forte modificazione ad opera degli artt. 4 e 41 della Costituzione, nel senso che l'introduzione di determinati limiti oggettivi e generali gli ha fatto perdere il carattere di arbitrarietà, inserendolo per contro nel novero dei poteri soltanto discrezionali.

Così l'atto di recesso che non risponda alle finalità per cui il relativo potere è riconosciuto all'imprenditore-datore di lavoro (libera esplicazione dell'iniziativa privata, nel rispetto della personalità e dei diritti altrui), sebbene si presenti come esplicazione di tale potere, è tuttavia viziato nella sua causa: in altre parole, il suo autore ha sostanzialmente "abusato" del potere conferitogli.

Non è del resto vano ricordare che in definitiva anche i più tenaci negatori della consistenza della figura dell'abuso del diritto, hanno finito per aprire la strada all'applicazione di tale figura, quanto meno in relazione a particolari situazioni di evoluzione degli ordinamenti. Si è infatti ammesso che in conseguenza dei profondi mutamenti della vita economica e sociale, certi atti – già riconosciuti ineccepibili in precedenza – possono essere considerati come abusivi, iniqui ed intollerabili dalla coscienza giuridica collettiva, pur continuando ad apparire come valide espressioni dell'esercizio di un diritto, sul piano del diritto costituito.

Da queste sintomatiche considerazioni alle conclusioni qui prospettate il passo è, in realtà, assai breve. In effetti, la cosiddetta coscienza giuridica collettiva, più che di un semplice stato d'animo, è espressione di un modo di essere dell'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso, che in quanto tale non può essere ritenuto irrilevante rappresentandone, invece, l'indice di validità sostanziale. Proprio per questo, la non rispondenza tra il contenuto formale dell'atto e le finalità per le quali il diritto è riconosciuto e che vengono precisate e determinate dal continuo evolversi della coscienza giuridica collettiva, non si esaurisce sul piano di una valutazione economica, sociale o morale, ma si riflette sostanzialmente sul piano della rilevanza giuridica del comportamento del soggetto. Ora, se ciò deve ritenersi quando il mutamento della coscienza giuridica sia soltanto il riflesso di un corrispondente mutamento storicamente concretatosi solo sul piano della vita economica, sociale e morale, a maggior ragione si deve in tal modo concludere quando il mutamento si sia realizzato immediatamente sul piano del

È, d'altra parte, facile rilevare che il fine, per il quale il potere di recesso viene riconosciuto all'imprenditore, non può che essere coincidente con le necessità economiche ed organizzative dell'impresa. Ciò deriva necessariamente dal fatto che il potere organizzativo dell'imprenditore – cui ovviamente il potere di recesso è strettamente connesso – trova i suoi limiti naturali nelle esigenze (oggettive) dell'impresa.

Come manifestazione di questo potere, il recesso è necessariamente vincolato allo stesso fine ed allo stesso rapporto di correlazione, perché altrimenti esso verrebbe ad eccedere i limiti che ne condizionano l'esercizio.

*

Sotto altro profilo, si può rilevare – sempre tenendo presente quanto si è già esposto circa i poteri dell'imprenditore – che anche il recesso, come tutte le altre manifestazioni potestative dell'imprenditore, ha perso il suo carattere di arbitrarietà ed è divenuto un atto essenzialmente *discrezionale*⁶³.

Questo comporta necessariamente la sindacabilità dei motivi determinanti del recesso, confermando quanto già si è affermato esaminando la questione sotto il profilo della *causa* dell'atto. Né vale opporre una pretesa impossibilità per il giudice ordinario di controllare il merito dell'atto di esercizio di un potere discrezionale. Come è stato esattamente rilevato⁶⁴, tale impossibilità riguarda esclusivamente l'esercizio dei poteri discrezionali della pubblica amministrazione, ma non può in alcun modo riferirsi all'esercizio dei poteri discrezionali privati, che è sempre soggetto alla cognizione del giudice ordinario.

diritto, con l'avvento di una nuova Costituzione, che introduca nell'ordinamento generale una serie di principi nuovi, che toccano direttamente la posizione – anche giuridica – di tutti i soggetti.

(Sull'abuso del diritto, in generale, v.: SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1956, pag. 60-61; MESSINEO, *Manuale di diritto civile*, 1945, I, 138; ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, 1937, pag. 106-107; BONASI BENUCCI, *La responsabilità civile*, 1955, pag. 227 e segg.; BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni*, 1956, pag. 189 e segg. Da ultimo, v.: NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, I, con ampi riferimenti).

63 Riconoscono la discrezionalizzazione del potere di recesso, il BALZARINI e il NATOLI (tutti in *Atti del Convegno sulla tutela delle libertà*, più volte citato); v. anche: CRISAFULLI, *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, in *Riv. dir. lan.*, 1954, 1, 76. In certo qual modo, si avvicina a tale concezione anche il SANTORO PASSARELLI, *Lineamenti attuali del diritto del lavoro in Italia*, in *Riv. dir. lan.*, 1953, 1, 3, il quale afferma che il licenziamento si avvia a diventare un atto "funzionale", legato cioè alla funzionalità del rapporto.

Una concezione particolare è quella della M. F. RABAGLIETTI, *Il recesso*, ecc., cit., pag. 133, che giustifica al solito la funzionalizzazione del potere di recesso con i principi della istituzione.

Sulla discrezionalizzazione dei poteri dell'imprenditore in generale, v. anche: LEGA, *Il potere disciplinare*, ecc., cit., pag. 22, 26, 27.

64 CRISAFULLI, *Intervento nel Convegno sulla tutela*, ecc., cit.

*

Queste considerazioni di carattere generale, che trovano rispondenza in sicuri principi di diritto comune, devono essere completate dall'indagine relativa alla sorte dell'art. 2118 a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione.

In effetti, può ritenersi pacifico che l'art. 2118 non è stato abrogato, né espressamente né implicitamente. Tuttavia, è ugualmente certo che si tratta di una di quelle norme per le quali si è verificato un caso di incompatibilità relativa con i nuovi principi generali affermati dalla Costituzione, un caso cioè in cui il contrasto della norma preesistente con tali principi può essere superato mediante lo strumento della interpretazione evolutiva.

È vero che da una parte della dottrina si è contestata la sussistenza di qualsiasi, anche parziale, contrasto tra la norma dell'art. 2118 e le disposizioni della Costituzione⁶⁵. Ma questa opinione non può certamente essere accolta, se non obliterando tutte quelle norme che rappresentano il contenuto sociale della Costituzione e principalmente quelle dell'art. 4 e dell'art. 41.

In realtà, è facilmente ravvisabile anche un contrasto tra tale disposizione e quella generale contenuta nell'art. 3, II comma, non potendo essere dubbio che il potere di recesso *ad nutum* costituisca proprio uno dei più seri ostacoli per lo sviluppo della personalità dei lavoratori e quindi per il raggiungimento di una effettiva libertà ed uguaglianza per tutti i cittadini. La rilevata diversità delle conseguenze del recesso, a seconda che esso sia posto in essere dall'imprenditore o dal lavoratore, l'influenza della semplice incombente minaccia del licenziamento sull'esplicazione da parte del lavoratore dei suoi diritti, rendono particolarmente evidente la riconduzione del potere de quo tra gli ostacoli che si oppongono al raggiungimento di una democrazia sostanziale.

Ma il contrasto risulta ancor più stridente dal confronto tra l'art. 2118 e gli artt. 4 e 41. Se l'atto di recesso è la manifestazione di esercizio di un potere dell'imprenditore che ha la sua base – come si afferma – in quel più generale potere di iniziativa economica che è garantito dall'art. 41, è chiaro che esso deve essere soggetto ai medesimi limiti che sono stati posti a quest'ultimo potere. In particolare, sarebbe assurdo pensare che un indiscriminato ed arbitrario potere di recesso possa essere esercitato senza entrare in netto contrasto con “la sicurezza, la libertà e la dignità” del lavoratore interessato. È stato già chiarito il senso in cui devono intendersi tali espressioni; e basta ricordare che il termine “sicurezza” (del

65 In particolare, v.: MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, cit., pag. 70; SERMONTI, *Sul licenziamento ad nutum e sui suoi limiti*, in *Dir. lav.*, 1955, I, 3.

Sostengono invece che l'art. 2118 è stato in qualche modo modificato (sia pure solo agli effetti interpretativi) dall'art. 4 della Costituzione: NATOLI, *Atti del Convegno*, ecc., cit.; CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, 161 e segg.

Per il PALERMO, *Recesso ad nutum*, ecc., cit., l'art. 2118 si trova in contrasto con l'art. 4, ma occorre una legge che lo modifichi.

lavoratore) comprende in sé anche quel significato di garanzia dell'esistenza, il cui primo presupposto è la certezza della stabilità del posto di lavoro⁶⁶. Quella certezza, cioè, che il potere di recesso *ad nutum* del datore di lavoro esclude irrimediabilmente.

L'immediato collegamento con l'art. 4 appare di tutta evidenza, se si pensa che – come si è visto – il diritto di lavoro cui questo si riferisce si concreta non solo nell'interesse a ottenere l'assegnazione di un posto di lavoro, ma anche nell'interesse alla sua conservazione.

Da ciò deriva la necessità di ravvisare proprio nell'art. 4 il *criterio fondamentale per determinare in concreto le possibilità di esplicazione del potere di recesso*.

Se in questo senso si può dire che la tutela dell'interesse del lavoratore non è assoluta, perché esso in concreto può essere sacrificato all'interesse del datore di lavoro, e che perciò non si può – almeno nella situazione attuale – parlare di un vero e proprio diritto soggettivo del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, è, però, indubbio che si tratti di un interesse, la cui tutela non è occasionale ma immediata.

Di fronte all'esercizio del potere di recesso, si può in realtà constatare l'esistenza di un conflitto di interessi; da un lato, si pone infatti il lavoratore col suo interesse alla conservazione del posto di lavoro, dall'altro l'imprenditore col suo interesse alla risoluzione del rapporto. Si tratta di due interessi riconosciuti in astratto entrambi dall'ordinamento giuridico, ma variamente graduati a seconda del colorito che essi assumono in concreto. E sta proprio qui la portata innovativa degli artt. 4 e 41 della Costituzione. Per l'art. 2118 C.C. veniva, infatti, in considerazione soltanto l'interesse della parte recedente, e cioè – per quanto qui importa – quello del datore di lavoro. L'interesse del lavoratore assumeva una posizione marginale, risolvendosi la tutela di esso attraverso il preavviso e l'indennità di anzianità.

Oggi è necessario invece tener conto, immediatamente e sullo stesso piano, anche dell'*interesse del lavoratore*, che proprio in quanto costituzionalmente rilevante, condiziona in modo decisivo la legittimità dell'atto di esercizio del potere dell'imprenditore⁶⁷.

Il conflitto infatti non può che risolversi a favore dell'interesse che in concreto assume quel colorito, in base al quale può dirsi che secondo i principi generali dell'ordinamento costituzionale, esso debba ricevere una preminente tutela.

Né è esatto obiettare, come si è fatto⁶⁸, che tale assunto condurrebbe ad escludere completamente la facoltà di recesso; per addivenire a tale risultato,

66 In questo senso: NATOLI, *Relazione al Convegno sulla tutela*, ecc., cit.

67 In particolare, ravvisano il conflitto di interessi, il MORTATI ed il CRISAFULLI (ambidue in *Atti del Convegno*, ecc., più volte citato).

68 V. in particolare: CORRADO, *Limiti al licenziamento ed al potere di esercitarlo*, in *Dir. cc.*, 1955, pag. 523. *Contra*: NATOLI, *Atti del Convegno*, ecc.; *Diritto al lavoro*, inserzione, ecc., più volte citati; BUCCISANO, *La rinuncia del datore di lavoro al diritto di recesso ad nutum*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, I, 168.

bisognerebbe infatti o ritenere abrogato l'art. 2118 oppure ritenere sussistente un diritto soggettivo dei lavoratori alla conservazione del posto di lavoro. Ma l'una e l'altra ipotesi devono essere respinte, per le ragioni più sopra accennate; il conflitto di interessi, d'altro lato, comporta sempre una valutazione degli stessi, sulla scorta dei principi generali dell'ordinamento.

Ed è proprio in base a tali principi, che comprendono fra l'altro l'art. 41 della Costituzione, che il potere di recesso deve considerarsi tuttora sussistente (e l'interesse dell'imprenditore predominante), ogni volta che sussistono obiettive e valide ragioni per il licenziamento, strettamente attinenti alle necessità organizzative dell'impresa. In tutti gli altri casi, è chiaro che deve prevalere l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto. Ciò porta ovviamente ad escludere la possibilità di un recesso dell'imprenditore per motivi politici, per motivi sindacali, per rappresaglia e anche per semplice capriccio. Ciò comporta altresì la possibilità per l'Autorità Giudiziaria di sindacare i motivi, allo scopo di compiere una concreta valutazione del rapporto in cui vengono a trovarsi gli interessi contrastanti.

*

Si pone così il problema delle *conseguenze* di tale sindacato dell'Autorità Giudiziaria, in particolare per ciò che attiene ai casi di riconosciuta infondatezza del licenziamento.

La dottrina predominante è orientata, come è noto, nel senso della esclusione della cosiddetta stabilità reale del rapporto, il che significa che, in ogni caso, il recesso viene considerato come validamente effettuato, salvo, per il lavoratore, il diritto al risarcimento del danno. Questa concezione, in realtà, non ci sembra coerente con le premesse alle quali si ispira la stessa dottrina che riconosce ed afferma che il recesso *ad nutum* è ormai tramontato come atto arbitrario.

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.

Si è però obiettato che la stabilità reale comporterebbe come conseguenza l'impossibilità di eseguire la sentenza, per il principio "*nemo ad factum cogi potest.*" L'obiezione, però, non appare convincente: il magistrato non emette infatti una sentenza con la quale l'imprenditore venga condannato a riassumere il dipendente licenziato, ma si limita semplicemente a dichiarare la nullità e quindi la improduttività dell'atto di recesso.

L'obbligazione dell'imprenditore si risolverà quindi in obbligazione pecuniaria, qualora egli non voglia ottemperare all'invito implicito contenuto nella sentenza; e tale obbligazione sarà senza dubbio coercibile.

Caduto infatti l'atto di recesso, è chiaro che il lavoratore ha diritto alle retribuzioni arretrate, nonché a quelle che verranno a maturarsi fino al momento in cui egli potrà riprendere il suo posto di lavoro o il rapporto trovi una legittima causa di risoluzione⁶⁹.

69 Nel concludere la nostra indagine sulla posizione attuale, nel nostro ordinamento, del potere di recesso *ad nutum*, non possiamo fare a meno di rilevare come sia da ritenere altamente auspicabile un provvedimento legislativo che regoli *ex novo* la materia, in conformità del precetto costituzionale.

Anche le soluzioni cui siamo pervenuti nel testo, non appaiono infatti del tutto soddisfacenti, se non altro perché comportano l'attribuzione al lavoratore dell'onere di fornire la prova della ingiustificatezza del licenziamento. Qualche risultato di indubbio rilievo è stato raggiunto in sede di contrattazione collettiva, particolarmente mediante la stipulazione degli accordi interconfederali 5-8-1947, 21-4-1950-1810-1950, sui licenziamenti nell'industria. Tali accordi hanno costituito una disciplina nuova del licenziamento, che se non è tale da risolvere completamente il problema ha assunto tuttavia un'importanza notevole soprattutto per il fatto che sono state introdotte concrete limitazioni, anche se di varia intensità, al potere di recesso dell'imprenditore.

Non è qui il caso di descrivere in modo particolareggiato il contenuto di questi accordi, che del resto è universalmente noto anche perché relativamente alla loro applicazione vivacissimi sono stati, e sono ancora, i contrasti e le discussioni in sede dottrinarie ed in sede giurisprudenziale. Quello che importa rilevare è che la disciplina concordataria dei licenziamenti ha costituito in favore dei lavoratori un vero e proprio diritto soggettivo all'osservanza delle limitazioni introdotte al potere di recesso.

Nonostante le numerose difficoltà di concreta applicazione di tale disciplina, non vi è dubbio che essa abbia assunto un'importanza veramente eccezionale per una serie di ragioni e particolarmente: 1) perché essa dimostra che la tendenza all'abolizione o comunque all'introduzione di limiti al potere di recesso *ad nutum* ha già fatto tanta strada da imporsi anche nelle relazioni intersindacali; 2) perché ne risulta chiaramente evidenziata la funzione che può assumere la cosiddetta autonomia collettiva, precedendo addirittura l'opera spesso tardiva del legislatore e completando con nuovi istituti l'ordinamento del lavoro; 3) perché si è offerta la possibilità, per la giurisprudenza, di affermare alcuni principi di basilare importanza, quali quelli relativi alla possibilità per l'autonomia privata di porre limiti ai poteri previsti dalla legge. (Sugli accordi interconfederali esiste una vastissima letteratura che non è possibile qui richiamare; parimenti copiosa è la giurisprudenza sulle varie questioni sollevate dall'applicazione di detti accordi. Ci permettiamo perciò di rinviare ai nostri scritti sull'argomento, tutti pubblicati in *Riv. giur. lav.*, rispettivamente 1954, 2, 369; 1956, 1, 61; 1957, 2, 135; ed ai riferimenti ivi contenuti.

Per altre informazioni, v.: LEGA, *In tema di limitazioni del diritto di recesso ad nutum dell'imprenditore in base a recenti accordi interconfederali*, in *Dir. lav.*, 1951, 1, 360; NATOLI, *La situazione*, ecc., cit., pag. 55 e 159; FLAMMIA, *Considerazioni intorno ad un'ipotesi di inefficacia successiva all'accordo interconfederale sui licenziamenti individuali nell'industria*, in *Foro it.*, 1955, IV, 248; GIUGNI, *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, 1954.

Per la giurisprudenza, tralasciando le numerose decisioni delle Magistrature di merito, ricordiamo le fondamentali sentenze della Corte di Cassazione, rispettivamente del 18-6-1955, in *Riv. giur. lav.*, 1955, 2, 345; del 5-2-1957, ivi, 1957, 2, 131; e del 9-2-1957, ivi, 2, 129).

Capitolo VI

I rapporti collettivi:

a) l'organizzazione sindacale

Sommario: 1. La libertà sindacale – 2. Le organizzazioni sindacali – 3. La rappresentanza unitaria – 4. La «rappresentatività» delle associazioni sindacali – 5. I contratti collettivi – 6. La tutela sindacale all'interno dell'azienda.

1. La libertà sindacale

Abbiamo già avuto modo di precisare come la Costituzione italiana, tra i sistemi possibili di regolamentazione dell'attività sindacale, e cioè lotta dello Stato contro il Sindacato, asservimento del Sindacato allo Stato e riconoscimento della libertà sindacale, abbia scelto il terzo.

Vi è ora da aggiungere qualche breve precisazione in merito alla libertà sindacale riconosciuta dall'art. 39 della Costituzione. È stato affermato da alcuni che l'art. 39, nella sua prima parte, conterrebbe una disposizione superflua, in quanto l'affermazione della libertà di organizzazione sindacale era già compresa nell'ampio riconoscimento del diritto di associazione, contenuto nell'art. 18¹. Tale affermazione non appare convincente; non è difficile immaginare quali e quante controversie si sarebbero sollevate – in difetto dell'art. 39 – circa la reale possibilità di includere nell'ambito della libertà di associazione anche quella di organizzazione sindacale. Infatti, per i complessi problemi connessi all'attività sindacale, per le stesse finalità che essa persegue, sarebbe stato agevole sostenere che il riconoscimento generale del diritto di associazione non poteva riferirsi anche ad essa.

Né si deve dimenticare che la Costituzione italiana succedeva al sistema corporativo, che certamente – anche se abrogato – aveva lasciato tracce non indifferenti in molte coscienze ed in molte mentalità. La ragione fondamentale dell'art. 39 sta dunque soprattutto nell'*aver voluto affermare solennemente il principio della libertà sindacale*, in modo da sopprimere qualsiasi dubbio, chiarendo definitivamente

1 In tal senso: SICA, *Le associazioni nella Costituzione italiana*, Napoli, 1957, pag. 68; MAZZONI, *Elementi di diritto sindacale secondo la Costituzione*, Cagliari, 1952. Attribuisce all'art. 39 un mero significato confermativo dei principi contenuti nell'art. 18, il MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, 1956, cap. VII.

Il DEGLI UBERTI trova invece la norma dell'art. 39 quanto meno poco chiara (*Che cos'è la libertà sindacale*, in *Riv. giur. lav.*, 1957, I, 1).

la posizione dello Stato nei confronti del problema sindacale e costituendo un altro cardine del nuovo complesso sistema destinato a regolare non solo i rapporti politici, ma anche i rapporti economici e sociali della Nazione².

La norma dell'art. 39 va intesa quindi come la costituzione di una garanzia particolare dell'ordinamento rispetto ad un particolare e fondamentale tipo di attività dei cittadini e dei gruppi sociali da essi costituiti; garanzia che è destinata ad essere operante non solo nei confronti dello Stato, ma anche nei confronti di tutti i soggetti privati, in ogni momento della vita sociale ed in ogni luogo in cui si eserciti la loro attività³.

La garanzia opera nei confronti dello Stato nel senso di escludere qualunque possibilità di intervento da parte del medesimo sulla costituzione, sull'ordinamento interno e sulla attività delle organizzazioni sindacali. Ciò non comporta peraltro che sia fondata la preoccupazione di coloro che temono che da tale ampia posizione di indipendenza delle organizzazioni sindacali rispetto allo Stato, possano scaturire chissà quali conseguenze.

In un ordinamento giuridico, non esistono libertà illimitate; così, anche per la libertà sindacale, esistono dei limiti connaturati al sistema, consistenti fondamentalmente nel rispetto di tutti gli altri diritti riconosciuti dall'ordinamento.

La garanzia costituzionale opera quindi nel senso di escludere la possibilità di sussistenza di altri limiti, oltre quelli connaturati a qualsiasi diritto.

Non occorre poi spendere molte parole per confutare l'opinione di chi ha sostenuto che la libertà di organizzazione sindacale troverebbe un suo limite specifico nell'art. 41 della Costituzione⁴, essendo assolutamente evidente che

2 Sul principio enunciato dall'art. 39, in generale, v.: NATOLI, *La Costituzione e il progetto di legge sindacale*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, 1, 13 e 189 e 1954, 1, 83; ESPOSITO, *Lo Stato e i Sindacati nella Costituzione italiana*, in *La Cost. it.*, Saggi, Padova, 1954, 151 e segg.

Per una concezione nettamente pubblicistica, v.: DE SIMONE, *Natura giuridica del diritto di associazione sindacale*, in *Riv. dir. lav.*, 1950, 1, 417.

Secondo il GIULLIANO, *Associazioni sindacali e contratti collettivi*, Roma, 1950, vol. 1°, pag. 61, il sistema costituzionale avrebbe il "triste privilegio" di un'originalità consistente nell'accostamento di principi contrastanti quali la libertà sindacale e la personalità di diritto privato e l'obbligatorietà generale dei contratti collettivi. Tale affermazione, però, non può essere davvero condivisa, non esistendo alcun contrasto tra i cennati principi, come meglio si dimostrerà in seguito.

Sulla libertà sindacale in generale, si può utilmente vedere il volume di SPYROPULOS, *La libertà sindacale*, Paris, 1956.

3 In tal senso, v.: NATOLI, *Limiti costituzionali*, cit., pag. 77. Riconosce invece come operante la garanzia solo nei confronti del legislatore e della pubblica amministrazione, il PROSPERETTI, *Contratti collettivi di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, 46.

4 In particolare, sostengono tale assunto, il MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, cit., pag. 248, e l'ESPOSITO, *Saggi*, cit., pag. 172.

Si tratta di una tesi molto pericolosa poiché conduce inevitabilmente – come è dimostrato chiaramente dal saggio dell'Esposito – ad auspicare il controllo ed il coordinamento dell'attività sindacale; il che è assai poco conciliabile col principio della libertà sindacale.

l'attività sindacale – per il suo contenuto, per la sua natura e per le sue finalità – non ha nulla a che fare con l'iniziativa economica privata.

Ma la garanzia costituzionale, come dicevamo, opera anche nell'ambito dei rapporti intersubiettivi ed incide in particolare sui rapporti individuali di lavoro, escludendo nel modo più assoluto la possibilità per l'imprenditore di frapporre ostacoli all'esercizio dell'attività sindacale.

*

Occorre poi dare una risposta, per meglio definire la natura della libertà sindacale, al quesito se essa costituisca una manifestazione della libertà individuale, oppure un'esplicazione di altro tipo di libertà, cosiddetta collettiva. A nostro avviso il significato della libertà sindacale garantita dall'art. 39 è duplice: da un lato, infatti, si riconosce al cittadino il diritto ad associarsi liberamente con altri cittadini per fini di tutela sindacale degli interessi comuni, e in questo senso può parlarsi di una esplicazione ulteriore della libertà individuale; dall'altro lato, si riconosce il diritto delle organizzazioni sindacali (e questa è la ragione per la quale l'art. 39 parla di libertà della "organizzazione sindacale") a svolgere liberamente e senza controlli la propria attività, ed in questo deve vedersi ovviamente una manifestazione di libertà o – come meglio si è detto – di autonomia collettiva⁵.

L'affermazione del principio della libertà di organizzazione sindacale ha consentito di elaborare ed approfondire ulteriormente un concetto che nel passato era stato appena adombrato: quello di *autonomia collettiva*, in relazione al cosiddetto interesse collettivo (inteso come interesse di un gruppo omogeneo, con finalità comuni).

L'organizzazione sindacale è stata appunto definita come la manifestazione più caratteristica dell'interesse collettivo; i suoi atti – e in particolare la contrattazione collettiva – sono stati visti esattamente come espressione tipica dell'autonomia collettiva.

Queste nozioni devono essere richiamate a proposito della libertà sindacale, perché esse valgono a definirne la sfera ed a precisarne la natura. In sostanza, lo

5 Sull'autonomia collettiva, si è già formata una ricca dottrina, che ha efficacemente approfondito il concetto. In particolare, v.: SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 1949, 138 ed anche in *Nozioni di diritto del lavoro*; MAZZONI, *Contiene il diritto del lavoro principi generali propri?* in *Riv. giur. lav.*, 1951, 1, pag. 221; RABIE, *Dal diritto del lavoro all'autonomia normativa dell'associazione professionale*, in *Dir. lav.*, 1954, 1, 320; SICA, *Le associazioni nella Costituzione italiana*, Napoli, 1957, pag. 93; PROSPERETTI, *Preliminari all'autonomia sindacale*, in *Riv. dir. lav.*, 1955, 1, 158; SIMI, *L'art. 39 della Costituzione ed il riconoscimento dell'autonomia sindacale*, in *Dir. lav.*, 1954, 1, 335.

Per ulteriori precisazioni, possono vedersi gli Atti del Convegno degli Amici del Diritto dell'Economia sul tema *Certezza del diritto ed autonomia*, in *Dir. dell'ec.*, 1956, pag. 1213 e segg. ed ivi particolarmente la relazione del SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*.

Stato non considera come propri i fini perseguiti dall'organizzazione sindacale; ma non li considera neppure sotto un profilo limitato ed individualistico. Così, se la ragione fondamentale del riconoscimento della libertà sindacale consiste nella necessità di garantire al singolo la possibilità di autotutelarsi nell'ambito dei rapporti economici, una seconda ragione di tale riconoscimento deve ravvisarsi nell'apprezzamento che lo Stato compie della funzione sindacale per l'assolvimento di interessi di carattere collettivo e quindi rilevanti nell'ordinamento anche se non assumibili nella categoria degli interessi generali.

Per questo, non è esatto affermare che lo Stato si disinteressa dell'attività sindacale; ché anzi nell'affermazione della libertà di organizzazione sindacale e nella successiva attribuzione di una particolare funzione ai sindacati nella contrattazione collettiva, vi è il riconoscimento della importanza – anche sul piano generale – della funzione sindacale. Ed è proprio in funzione di questa rilevanza generale, che lo Stato ritiene necessario di attribuire all'organizzazione sindacale la più ampia libertà di esercizio della propria attività, così come ritiene necessario di attribuire al cittadino la più ampia libertà di associarsi sindacalmente. È un settore intero della vita nazionale che viene lasciato disponibile per la piena esplicazione dell'autonomia individuale e dell'autonomia collettiva, nell'evidente convinzione che il libero gioco delle parti contrapposte varrà a risolvere determinati problemi economici e sociali assai meglio di quanto non potrebbe fare lo Stato con un intervento diretto. D'altro canto, queste affermazioni vanno precisate ulteriormente nel senso che non è lo Stato che crea l'organizzazione sindacale, le attribuisce una funzione e delega ad essa una parte dei propri compiti⁶; in realtà, lo Stato non fa che riconoscere un fenomeno sociale d'immensa portata, sorto fuori e talvolta anche contro lo Stato e maturatosi nell'azione e nella lotta al punto da meritarsi un posto preciso nell'ordinamento.

Il che ci dà occasione di precisare – anche se non ve ne sarebbe bisogno – che non è l'art. 39 che ha operato l'introduzione dell'organizzazione sindacale nell'ordinamento giuridico, poiché di fatto tale inserimento era già avvenuto da tempo per lo sviluppo spontaneo di questo moderno fenomeno di associazionismo e per il riconoscimento che l'ordinamento attribuisce anche alle associazioni di mero fatto, con gli art. 36 e segg. del Codice Civile⁷. *L'art. 39 ha definito la posizione dell'organizzazione sindacale nell'ordinamento*, assicurandole la più ampia libertà, garantendole l'assenza di controlli e riconoscendole la funzione di portatrice di interessi collettivi, di fronte ai quali l'ordinamento non può restare indifferente.

Si spiega quindi la ragione per cui l'organizzazione sindacale – e approfondiremo l'argomento più oltre – si trovi ad operare in un ambito essenzialmente privatistico, posto che la sua funzione e le sue manifestazioni restano

6 In questo senso, v.: SANTORO PASSARELLI, *Lineamenti attuali del diritto del lavoro in Italia*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, 3 e segg.; PROSPERETTI, *Preliminari sull'autonomia negoziale*, cit.

7 Su questo punto, v.: GIULIANO, *Associaz. sindacali*, ecc., cit., [vol.] I, 55 e segg.

nell'ambito dell'autonomia privata, di cui un'ulteriore specificazione è costituita dall'autonomia collettiva⁸.

*

Da quanto si è detto, risulta con evidenza che la libertà sindacale non potrebbe svolgersi se non sul presupposto della possibile pluralità delle organizzazioni sindacali, così come in effetti essa viene riconosciuta dall'art. 39 della Costituzione⁹.

Quando lo Stato riconosce che gli interessi perseguiti dall'organizzazione sindacale sono propri di gruppi determinati, ma non dell'intero complesso dei cittadini e quando al perseguimento di tali interessi assicura e garantisce la più ampia libertà, è chiaro che il primo limite che deve cadere è quello della unicità del sindacato per ogni categoria.

Così, un'esplicazione fondamentale della libertà sindacale consiste proprio nella *possibilità di costituire quanti sindacati si voglia*, anche nell'ambito della stessa categoria. Spetterà poi ai soggetti ed alle organizzazioni da essi costituite, di valutare sul piano economico, sociale e politico, l'opportunità di frazionare l'azione sindacale oppure l'utilità di coordinarla; ma lo Stato deve rimanere estraneo, di fronte a tale problema, poiché sul piano giuridico non può esservi una libertà di organizzazione sindacale che non si fondi sul principio della pluralità delle associazioni.

*

-
- 8 La maggioranza della dottrina ritiene che l'autonomia collettiva rientri nell'ambito dell'autonomia privata. Sostiene invece che l'interesse collettivo non può che essere pubblico, L'ABBAMONTE, *Ancora sulla distinzione di diritto pubblico e privato*, in *Rass. dir. pubb.*, 1948, pag. 28 e segg., per il quale pertanto l'organizzazione sindacale ha natura pubblicistica e funzionale. Sull'autonomia privata, in generale, v.: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, pag. 39 e segg. (con ampi riferimenti nelle note dell'intero capitolo 1); CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 1952, pag. 60 e segg.; ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Studi sulla Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1958, vol. II, pag. 193; SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pag. 14 e segg.; ROMANO SALVATORE, *Autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1956, pag. 801 e segg.; GIANNINI, *Autonomia*, in *Studi di dir. costituzionale in onore di L. Rossi*, Milano 1952, pag. 197; ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, in *Scritti vari di dir. pubb.*, Milano, 1955, pag. 391; PERGOLESI, *Sistema delle fonti normative*, Bologna, 1947, pag. 87 e segg.; D'EUFEMIA, *L'autonomia privata e i suoi limiti nel diritto corporativo*, Milano, 1942.
- 9 Esatti rilievi sulla necessaria correlazione tra libertà sindacale e pluralità sindacale, in: SICA, *Le associazioni*, ecc., cit., pag. 70 e segg.; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, 1, 149 e segg.; CANCOGNI, *Il contratto collettivo di lavoro e la nuova legge sindacale*, in *Dir. lav.*, 1950, I, I. Del resto, in tal senso si esprime tutta la dottrina. Per quanto ci risulta, soltanto il DE SIMONE, *Disposizioni costituzionali e riforma sindacale*, in *Riv. dir. lav.*, 1950, 319, sostiene che la Costituzione è indifferente al problema dell'unità o pluralità sindacale e che anche il sindacato unico non è affatto antidemocratico.

Un'altra esplicitazione della libertà sindacale – e qui ci ricollegiamo al problema dei limiti di cui abbiamo fatto cenno più avanti – consiste nella *impossibilità di concepire limiti di natura soggettiva all'esercizio di questo diritto*. L'ampia formulazione costituzionale non consente di ritenere possibile un divieto di associazione per gli appartenenti a determinate categorie¹⁰.

Quando un diritto viene riconosciuto in forma generale, né il legislatore né l'interprete hanno la possibilità di limitarne o condizionarne l'estensione, senza che ciò si risolva in una aperta violazione del precetto costituzionale.

In base a tali considerazioni riteniamo di dover confutare la tesi di una pretesa inestensibilità della libertà sindacale ai funzionari dello Stato.

Nel precetto costituzionale, non vi è nulla che autorizzi una simile esclusione; anzi, la formulazione dell'art. 39 è tale da includere qualsiasi categoria¹¹, né vale obiettare che non sarebbe concepibile un sindacato di pubblici funzionari, in quanto esso sarebbe privo della più importante funzione sindacale e cioè di quella afferente alla contrattazione collettiva.

Innanzitutto, il sindacato ha funzioni complesse e molteplici, che hanno la base fondamentale nella tutela degli interessi di categoria; ora, che tale tutela si possa estrinsecare soltanto in alcune forme e non con altre, è un fatto che non incide minimamente sulla possibilità di costituire un sindacato di categoria e tanto meno può escludere quindi il diritto di associarsi sindacalmente.

In secondo luogo, vi è da notare che anche nel settore del pubblico impiego si va affermando sempre di più la tendenza a regolare i rapporti tra i dipendenti e gli enti, a mezzo di contrattazione collettiva¹².

Quanto poi all'argomento secondo il quale non sarebbe concepibile un sindacato di pubblici funzionari, in quanto esso non avrebbe la possibilità di svolgere un'altra attività fondamentale e cioè lo sciopero, c'è solo da osservare che intanto anche lo sciopero è uno dei mezzi e degli strumenti dell'attività sindacale, e non l'unico; inoltre, è tutt'altro che pacifico, e di ciò riparleremo più oltre, che ai pubblici impiegati non competa il diritto di sciopero.

Possiamo dunque concludere su questo primo punto col rilievo che *la libertà sindacale è una manifestazione al tempo stesso di libertà individuale e di libertà collettiva*; che essa non è e non può essere soggetta ad altri limiti che non siano quelli del *rispetto degli altri diritti garantiti dall'ordinamento*; che essa comporta necessariamente il

10 Fra gli AA. che contestano la possibilità di porre limiti di carattere generale al diritto di associazione sindacale: NATOLI, *La Costituzione e il progetto*, ecc., cit., pag. 184; GASPARRI, *Elementi di diritto sindacale*, ecc., cit. (secondo il quale vi è da dubitare anche sul vigore e sulla compatibilità con la Costituzione del D.L. 24 aprile 1945, n. 205 che vietava agli appartenenti alla P.S. di appartenere ad organizzazioni sindacali); GIULIANO, *Associazione*, ecc., [vol.] 3°, pag. 15 e segg.

11 In questo senso, v. gli AA. citati nella nota precedente.

12 Per una confutazione della tesi tendente ad escludere i pubblici funzionari dal diritto di associazione sindacale: GIULIANO, *Associazione*, ecc., cit., vol. 3°, pag. 15.

Sulla tendenza a regolare in via contrattuale il rapporto di pubblico impiego: NATOLI, *La Costituzione*, ecc., cit., pag. 189 e segg.

principio della *pluralità sindacale*; che infine essa rende *inammissibile qualunque tipo di controllo* sulla costituzione e sull'attività concreta delle organizzazioni sindacali.

*

A proposito di libertà sindacale si è affacciato di recente un problema di notevole interesse, circa il cosiddetto (il termine è piuttosto brutto, ma ormai è entrato nella pratica) “*sganciamento*” delle aziende a prevalente partecipazione statale dalle organizzazioni degli altri datori di lavoro e particolarmente dalla Confindustria.

Come è noto, la legge 22.12.1956 n. 1589 sulla Istituzione del Ministero delle partecipazioni statali, all'art. 3, comma III, dispone testualmente: “Entro lo stesso termine (7 febbraio 1958) cesseranno i rapporti associativi delle aziende a prevalente partecipazione statale con le organizzazioni sindacali degli altri datori di lavoro.” Alla legge in questione si era pervenuti dopo ampia discussione in sede parlamentare e dopo un vivo dibattito anche sulla stampa nazionale¹³. In particolare, la Camera dei deputati – nelle sedute del 2 e 3 agosto 1954 – aveva approvato un ordine del giorno favorevole al distacco delle aziende a prevalente partecipazione statale dalla Confindustria¹⁴. Due anni dopo, con un ulteriore e ampio dibattito in sede parlamentare, si era arrivati all'approvazione della legge sopraricordata¹⁵.

Peraltro, appena entrata in vigore la legge n. 1589, furono sollevate da più parte una serie di questioni circa l'interpretazione e l'attuazione di alcune disposizioni in essa contenute; in modo particolare fu sollevata esplicitamente l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 3, in quanto esso comporterebbe una violazione del principio della libertà sindacale previsto dall'articolo 39 della Carta Costituzionale¹⁶.

13 Per ampi e completi riferimenti del dibattito svoltosi sulla stampa prima e dopo la pubblicazione della legge n. 1589, v. la pubblicazione della Confederazione generale dell'Industria italiana su *Il distacco delle aziende a prevalente partecipazione statale dalle organizzazioni degli altri datori di lavoro*, Roma, 1958, vol. 2°, pag. 195 e segg.

14 *Atti parlamentari della Camera dei deputati*, 2° legislatura, anno 1954, vol. XII, P. 11870 e segg.

15 *Atti parlamentari della Camera dei deputati*, anno 1956, pag. 25341 e segg.

16 Per una raccolta di pareri richiesti dalla Confederazione generale dell'Industria, v. la pubblicazione di cui in nota 1, vol. 3°, pag. 25 e segg. (pareri dei Proff. ALLORIO, ASQUINI, CHIARELLI, DEDIN, ESPOSITO, FRÈ, GIORGIANNI, GRASSETTI, GUERRA, PERGOLESI e TUMEDEI).

V. anche: DE SEMO, *Principi fondamentali e incostituzionalità della legge 22 dicembre 1956, art. 3*, in *Dir. lav.*, 1958, n. 2; SERMONTI, *Aspetti giuridici dello “sganciamento” sindacale per mezzo di legge*, ivi; CESARINI SFORZA, *Libertà ed economia di Stato*, ivi.

A favore della legittimità costituzionale dell'art. 3, si sono invece espressi: il Collegio di giuristi incaricato dall'IRI di esprimere un parere sulle questioni concernenti l'art. 3, composto dai Proff. REDENTI, GUIDOTTI, MENGONI, MINOLI e PIERANDREI, il cui giudizio conclusivo si trova nel vol. 3° (pag. 9 e segg.) della citata pubblicazione della Confindustria; il MINOLI, *Ministero delle partecipazioni e “sganciamento” sindacale*, in *Diritto dell'economia*, 1957, pag. 345 e segg.; il BACHELET, *Aspetti costituzionali dell'art. 3, comma 3°, della legge istitutiva del Ministero delle*

È su questo aspetto che riteniamo necessario soffermarci brevemente, in quanto esso si riferisce ad una delle più controverse applicazioni dei principi che siamo andati esponendo più sopra.

Naturalmente, non possiamo pretendere di esaurire l'argomento e neppure di trattarlo a fondo, come esso forse meriterebbe, data anche l'ampiezza e l'autorità degli interventi della dottrina nel dibattito che si sta svolgendo ormai da circa due anni. Tuttavia, esporremo alcune considerazioni in proposito, non prima peraltro di aver espresso tutta la nostra soddisfazione per il fatto che il principio della libertà sindacale ha in questa occasione trovato finalmente numerosi ed agguerriti sostenitori, anche tra coloro che in altri casi non hanno esitato a circoscrivere e limitare il più possibile l'ambito di applicazione delle norme costituzionali in materia di rapporti economici e sociali.

Sembra necessario, preliminarmente, richiamarsi allo scopo che ha indotto il Parlamento ad approvare il controverso e dibattuto art. 3 della legge n. 1589¹⁷. In sostanza, considerato che le organizzazioni sindacali dei datori di lavoro hanno una rilevanza indiscutibile non solo nell'ambito dei rapporti sociali, ma anche nel campo dei rapporti economici, si è necessariamente dovuta constatare l'incompatibilità fra le finalità cui è improntata l'attività dei privati imprenditori e quelle cui devono rispondere le cosiddette società di economia mista.

I privati imprenditori hanno piena libertà di iniziativa economica (art. 41 della Costituzione), con i soli limiti di cui più volte ci siamo già occupati. Al contrario, le società di economia mista devono attenersi – nell'esplicazione della loro attività – al principio contenuto nel terzo comma dell'art. 41, secondo il quale “la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.”

È abbastanza evidente la possibilità di un contrasto tra le due distinte finalità alle quali si impronta l'attività meramente privata e quella cosiddetta mista. Il privato imprenditore persegue soltanto un suo interesse particolare; la società con prevalente partecipazione statale deve invece perseguire finalità che, pur rispettando il principio della economicità, tengano tuttavia conto anche dell'interesse generale della collettività secondo i criteri di gestione indicati dallo Stato.

La soggezione sistematica delle società ad economia mista alle direttive impartite dalle associazioni sindacali dei privati imprenditori diviene pertanto inconcepibile per l'evidente incompatibilità con le direttive di carattere generale

partecipazioni, in *Giur. costituz.* 1957 n. 3-4), ma con varie riserve. Il GASPARRI, *Riflessi costituzionali della legge sulle aziende a prevalente partecipazione statale* in *Dir. lav.* 1958, 2, ha una posizione del tutto particolare.

Gli studi del MINOLI, del BACHELET e del GASPARRI sono riportati anche nel vol. III della pubblicazione della Confindustria, rispettivamente a pag. 45, 55 e 91; è a quest'ultima pubblicazione che faremo riferimento nelle successive citazioni.

17 Sulle finalità della legge, oltre al dibattito parlamentare, si veda il parere dei giuristi incaricati dall'IRI, cit.

impartite dallo Stato. Da ciò la necessità del distacco delle aziende a prevalente partecipazione statale dalle organizzazioni degli altri datori di lavoro. Peraltro, si è obiettato da più parti che inibendo alle società con partecipazione statale di appartenere ad un determinato tipo di associazioni sindacali, si viola in sostanza il principio della libertà sindacale sancito dall'art. 39 della Costituzione. Se veramente si trattasse di una proibizione di questo genere e se l'art. 3 della legge n. 1589 operasse il distacco immediato, *ope legis*, delle aziende a partecipazione statale dalle organizzazioni degli altri datori di lavoro, la questione potrebbe presentare larghi margini di discutibilità e forse noi stessi propenderemmo per la conclusione di illegittimità costituzionale della norma.

A nostro avviso, però, l'art. 3 della legge in questione non contiene una disposizione di applicazione immediata e cogente, del tipo di quella più sopra ipotizzata.

In effetti, di tale norma non ci sarebbe stato alcun reale bisogno perché – per raggiungere lo scopo – sarebbe bastata una semplice direttiva gerarchica degli organi governativi ai propri rappresentanti in seno alle predette società di economia mista¹⁸.

Si è addivenuti all'approvazione della legge solo perché il Parlamento ha voluto impegnare il Governo a svolgere una determinata attività e ad impartire in concreto proprio quelle direttive esecutive di cui si è fatto cenno più sopra. La ragione dell'art. 3 è dunque essenzialmente politica e non giuridica, in quanto sotto un profilo strettamente di diritto, la norma deve ritenersi come del tutto pleonastica.

Ma se veramente si deve arrivare a questa conclusione, la questione di legittimità costituzionale della norma ha ancora una reale portata ed una reale consistenza? È possibile che un atto che poteva esaurirsi nell'ambito dell'esercizio del potere esecutivo, divenga illegittimo ed incostituzionale solo perché assunto in sede di esplicazione del potere legislativo?

I dubbi che insorgono a questo riguardo sono fortemente corroborati e convalidati dal fatto che una parte della dottrina – anche quella più decisamente contraria alla legittimità costituzionale dell'art. 3 – riconosce che nulla vi sarebbe stato da eccepire se il Governo avesse impartito una direttiva analoga ai propri rappresentanti nelle più volte ricordate società¹⁹.

Ma l'ulteriore conferma della piena legittimità dell'art. 3 può trovarsi nell'esame esegetico della disposizione controversa e nell'indagine sulla sua reale portata.

Vari Autori hanno ammesso che la norma di cui ci occupiamo non potrebbe considerarsi come incostituzionale se non nell'ipotesi in cui essa determinasse

18 In questo senso, v.: *Parere dei giuristi incaricati dall'IRI*; vedi anche: A. B., *Una tensione giuridica*, in *Rassegna sindacale*, Febbraio-Marzo 1958.

19 In tal senso: CESARINI SFORZA, *Libertà sindacale ed economia di stato*, cit., pag. 81 e segg.

l'immediato distacco delle aziende a prevalente partecipazione statale dalle organizzazioni degli altri datori di lavoro.

Seguendo tali considerazioni, ci sembra abbastanza agevole dimostrare che l'art. 3 deve essere considerato come pienamente legittimo. Infatti, la stessa dizione letterale della norma rivela che si tratta di una direttiva futura, per l'attuazione della quale occorrono atti esecutivi da parte di persone e di organi.

In sostanza, la norma legislativa esaurisce la sua efficacia nell'ambito dei rapporti tra il potere legislativo e quello esecutivo, mentre per aversi un'efficacia anche sui rapporti esterni occorre un atto di volontà dell'amministrazione, avente carattere negoziale.

In altre parole, l'art. 3 non solo non comporta il distacco automatico delle aziende a prevalente partecipazione statale dalle organizzazioni degli altri datori di lavoro, ma contiene soltanto una direttiva per gli amministratori di nomina governativa²⁰. Se tale direttiva sia giuridicamente vincolante e obbligatoria o costituisca soltanto – in capo al funzionario – un mero dovere di ufficio, è problema che qui interessa scarsamente²¹. Quello che conta è il fatto che la legge non introduce un vincolo a carico dell'ente, ma solo un vincolo a carico di alcune persone fisiche, che peraltro non sono soggetti del rapporto di associazione sindacale²².

Non si spiegherebbe altrimenti il motivo per il quale l'art. 3 prevede un distacco in epoca futura e non impartisce specifiche disposizioni circa le modalità di esso.

Evidentemente, si è voluto soltanto impegnare l'attività del potere esecutivo, determinando un certo comportamento dei funzionari di nomina governativa: spetta poi a questi soggetti di valutare discrezionalmente l'epoca, le condizioni e le modalità del recesso, nonché di adottare discrezionalmente i provvedimenti che in concreto si riterranno necessari.

Non possiamo quindi non concordare con quegli Autori²³ i quali hanno ritenuto che l'efficacia principale dell'art. 3 debba ravvisarsi nella liberazione dai vincoli di tempo relativi al recesso dalle associazioni sindacali. In tal modo, la norma incide non già sulla volontà di adesione o di recesso dalle associazioni sindacali, ma solo sulle modalità di tale adesione o recesso.

Ma vi è ancora una considerazione da fare, per dimostrare la legittimità costituzionale della norma in esame: se al soggetto privato è riconosciuto il diritto di autodeterminazione sindacale, non vi è dubbio che analogo diritto debba

20 In tal senso, v.: *Parere dei giuristi incaricati dall'IRI*, cit.; MINOLI, *Ministero delle partecipazioni e sgancio sindacale*, loc. cit., pag. 47; BACHELET, *Aspetti costituzionali dell'art. 3*, loc. cit., pag. 6 e segg.

21 Si è occupato del problema particolarmente il BACHELET, loc. cit., pag. 68.

22 Su ciò, in particolare, v.: MINOLI, loc. cit., pag. 48.

23 MINOLI, loc. cit., pag. 48-49; BACHELET, loc. cit., pag. 68.

riconoscersi anche al soggetto pubblico (nella specie, allo Stato), il quale può esercitarlo in modo diretto o in modo indiretto²⁴.

Come si è detto, nel caso specifico, sarebbe stato sufficiente l'esercizio in forma indiretta del diritto di autodeterminazione sindacale. Ma non ci sembra che il problema si sposti sostanzialmente per il fatto che si sia preferito ricorrere al potere legislativo, costituendo in tal modo un vincolo per gli organi esecutivi a tradurre in atto le direttive come sopra impartite. Il diritto di libertà sindacale è stato così esercitato da un soggetto pubblico in modo non difforme da quello che avrebbe potuto essere adottato da un privato imprenditore.

A questo riguardo, non ci sembrano pertinenti le obiezioni sollevate da alcuni Autori, secondo le quali lo Stato non si identificherebbe con le predette società di economia mista e pertanto tutta la suesposta argomentazione dovrebbe venire a cadere²⁵.

In effetti, le società a prevalente partecipazione statale sono quelle in cui lo Stato, attraverso i suoi organi ed i suoi funzionari, possiede o controlla la maggioranza del pacchetto azionario. Per conseguenza, se pure manca una identificazione giuridica del soggetto pubblico con le società in questione – che conservano la loro natura privatistica – si ha tuttavia in concreto una manifestazione ed espressione di volontà che resta pur sempre di pertinenza dello Stato, ancorché espressa attraverso i rappresentanti da esso designati nei Consigli di Amministrazione delle predette società.

Resta il problema relativo al comportamento dei più volte ricordati organismi, dopo il distacco dalle organizzazioni degli altri datori di lavoro. Nulla dice la legge a questo riguardo, ma appare evidente l'inconcepibilità di un ritorno nel seno delle associazioni da cui si è receduto²⁶; in tal modo, gli amministratori verrebbero infatti ad eludere la direttiva più volte accennata. Ma è naturale che gli organismi in questione debbano usufruire della più ampia libertà di autodeterminazione sindacale²⁷.

Liberatesi da ogni influenza privata, le società di economia mista potranno collegarsi ad altri organismi con i quali abbiano interessi comuni e potranno usufruire in pieno della loro autonomia, anche per quanto riguarda l'adesione ad associazioni sindacali, con l'unica condizione della rispondenza di esse alle finalità tipiche delle società a prevalente partecipazione statale.

In sostanza, il nuovo assetto sindacale di queste aziende dovrà improntarsi ai principi sanciti nell'art. 39 della Costituzione, nulla ostando alla possibilità di un collegamento sindacale anche con imprese private, purché quest'ultime non

24 Di questo aspetto si occupa ampiamente il GASPARRI, *Riflessi costituzionali*, ecc., cit., pag. 100 e segg.

25 V. in particolare: BACHELET, loc. cit., pag. 60.

26 Su questo punto, v.: *Parere del Collegio dei giuristi incaricati dall'IRI*, loc. cit., pag. 22-23; MINOLI, loc. cit., pag. 49.

27 V. AA. citati in nota 26.

abbiano la materiale possibilità di riprendere la posizione di preminenza di cui godevano nel precedente assetto sindacale.

2. Le organizzazioni sindacali

Da quanto abbiamo esposto più avanti, risulta già chiaramente la posizione del sindacato nei confronti dello Stato. Occorre ora precisare la natura giuridica delle organizzazioni sindacali e le loro funzioni.

Vi è da osservare preliminarmente che è assolutamente pacifico che le organizzazioni sindacali esistono già, nel nostro ordinamento, indipendentemente dalla norma dell'art. 39 della Costituzione, la cui seconda parte non potrà avere pratica attuazione finché non verrà emanata la legge sindacale. La caduta dell'ordinamento corporativo ha determinato per conseguenza la ricostituzione delle associazioni sindacali su basi esclusivamente privatistiche; sì che è pacifico che i sindacati che oggi operano nel nostro Paese, devono considerarsi come associazioni di fatto, come tali assoggettate alla disciplina prevista dall'art. 36 e seguenti del Codice Civile²⁸. Questi sindacati esercitano la loro attività in piena libertà e con l'esplicazione di tutte le funzioni loro proprie; naturalmente, però, i contratti collettivi da essi stipulati sono obbligatori esclusivamente per gli iscritti alle associazioni stipulanti.

*

I problemi più gravi si pongono invece per quanto riguarda i sindacati previsti dall'art. 39 della Costituzione; problemi che assumono particolare rilievo per il fatto che si tratta di una disposizione e di un sistema completamente nuovi non solo per il nostro ordinamento ma anche per gli ordinamenti di tutti gli altri Paesi. D'altro lato, il fatto che necessariamente debba essere emanata una legge sindacale affinché l'art. 39 possa essere attuato, rende particolarmente acuti i problemi in questione, per la rilevanza che le soluzioni dottrinarie potranno avere sulla stessa attività legislativa.

Riassumiamo brevemente il contenuto del sistema delineato dalla Costituzione: i sindacati possono continuare ad esistere come associazioni di fatto (si tratta della prima conseguenza del principio della libertà sindacale); essi possono però assumere la personalità giuridica, sottoponendosi alla registrazione; a mezzo di rappresentanze unitarie, i sindacati registrati possono infine stipulare contratti collettivi obbligatori per tutti gli appartenenti alla categoria cui il contratto si riferisce.

*

²⁸ In tal senso, fra gli altri: GIULIANO, vol. cit., 3, pag. 55.

I primi problemi che si pongono sono quelli relativi alla *registrazione*. Nonostante l'imprecisa dizione dell'art. 39, la dottrina predominante è oggi orientata nel senso che la registrazione sia puramente facoltativa e non possa essere trasformata in obbligo neppure da una apposita legge, che contrasterebbe con i principi costituzionali. Si è ritenuto, esattamente, che la registrazione costituisca semplicemente un *onere*, al quale i sindacati devono sottoporsi se intendono stipulare contratti obbligatori *erga omnes*²⁹. Diversamente, i sindacati possono restare come associazioni di fatto e stipulare contratti collettivi valevoli per i soli iscritti.

A coloro che insistono ancora nel considerare come un vero e proprio obbligo quello della registrazione³⁰, si può replicare che una simile imposizione non sarebbe conciliabile col principio della libertà sindacale, affermato dallo stesso art. 39. La registrazione – intesa come onere – non costituisce un limite all'attività sindacale, che deve essere libera, ma opera soltanto come una condizione per la generale obbligatorietà dei contratti collettivi stipulati dai sindacati. Se essa fosse intesa invece come un obbligo, bisognerebbe escludere la possibilità di esistenza di associazioni sindacali di fatto e la possibilità di stipulazione di contratti collettivi validi per i soli iscritti alle associazioni stipulanti. Il che costituirebbe una tale limitazione della libertà sindacale, da apparire del tutto contrastante con i principi affermati in questa materia.

Dunque, la registrazione va intesa come onere per l'acquisto della personalità giuridica e per la stipulazione di contratti ad obbligatorietà generale (sempre però nell'ambito della categoria).

Quanto ai requisiti della registrazione, riteniamo che essa debba consistere semplicemente in un atto formale e che il controllo non possa essere rimesso ad altri che all'Autorità Giudiziaria ordinaria, l'unica che possa garantire un effettivo rispetto della libertà sindacale, senza che il controllo abbia a divenire un mezzo di coazione o di indagine politica o amministrativa³¹.

Del resto, nel nostro ordinamento si trovano già vari esempi di iscrizione in pubblici registri, previo controllo di sola legittimità da parte dell'Autorità

29 In questo senso: SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di dir. del lav.*, cit.; NATOLI, *La Costituzione*, ecc., cit. ed anche in *La situazione attuale del dir. del lav.*, cit., pag. 73; ESPOSITO, *Saggi*, cit., pag. 162 (da notare però che per questo A. il legislatore ordinario potrebbe istituire l'obbligo della registrazione); PROSPERETTI, *Sulla posizione dei sindacati nello Stato*, in *Riv. dir. lav.* 1950, I, 14; BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione it.*, Padova, 1953, pag. 27; RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nella nuova Costituzione it.*, in *Dir. lav.*, 1948, 1, 105; MAZZIOTTI, *Diritto al lav.*, cap. VII.

30 Ad es.: SIMI, *L'azione del sindacato e le associazioni registrate*, in *Dir. lav.* 1953, I, 235. Più diffusa è la tendenza ad ammettere che il legislatore ordinario possa imporre l'obbligo della registrazione.

31 Ritengono che il controllo sui requisiti necessari per ottenere la registrazione debba essere attribuito all'Autorità Giudiziaria: GIULIANO, *Associazione*, ecc., vol. 3°, pag. 41; NATOLI, *La Costituzione e il progetto*, cit.; PERETTI GRIVA, in *Atti del Convegno di studi sindacali*, a cura del Centro studi giuridici del Foro padano (Stresa, 30 Settembre - 1 Ottobre 1950).

Significativo è il fatto che in tal senso abbiano risposto la maggior parte delle organizzazioni sindacali al Questionario sul progetto di legge sindacale inviato dal Ministero del Lavoro.

Giudiziaria; basti ricordare l'iscrizione delle società commerciali nel registro delle imprese e la registrazione delle pubblicazioni periodiche, prevista dalla vigente legge sulla stampa. Ci sembra che proprio a questi esempi si debba far riferimento anche a riguardo della registrazione prevista dall'art. 39 della Costituzione³².

Quanto alle condizioni per ottenere la registrazione, esse sono indicate specificamente dalla Costituzione e si risolvono in una sola e precisamente nell'obbligo di previsione negli statuti delle associazioni di un ordinamento interno a base democratica.

La formula usata dal costituente non ha bisogno di particolari chiarimenti, dovendosi intendere l'espressione "ordinamento interno a base democratica" nella accezione corrente a proposito delle associazioni e delle società previste dal nostro ordinamento³³. Si tratta, di regola, della presenza di un minimo di requisiti atti a garantire lo svolgimento democratico della vita interna dell'associazione, quali la elettività delle cariche, la tutela dei diritti delle minoranze, la possibilità di controllo da parte dell'assemblea sull'operato degli amministratori, la possibilità effettiva di partecipazione di tutti i soci alla formazione della volontà dell'associazione.

Va da sé che – nella sussistenza del requisito richiesto dall'art. 39 – la registrazione non può mai essere rifiutata³⁴. Un contrario avviso riconoscerebbe, in sostanza, all'Autorità Giudiziaria o amministrativa, dei poteri che dalla Costituzione sono stati negati, appunto con la predeterminazione dell'unico requisito necessario per ottenere la registrazione.

Si è posto il problema se la registrazione possa essere concessa anche alle associazioni complesse cosiddette orizzontali³⁵; la risposta, a nostro avviso, non può che essere affermativa, posto che l'art. 39 si riferisce genericamente alle associazioni sindacali, senza stabilire alcun limite. D'altro lato, proprio le Confederazioni sono quelle che spesso stipulano i contratti collettivi ad efficacia normativa più estesa; sarebbe quindi un controsenso impedire a tali organizzazioni di svolgere un compito veramente essenziale ed utilissimo ai fini di una regolamentazione generale per interi settori.

32 Per un controllo di mera legittimità: GIULIANO, vol. cit., 3, 41; NATOLI, *La Costituzione e il progetto*, ecc., cit.; SANTORO PASSARELLI, *La legge sindacale*, 1952, pag. 25; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit. Ritiene invece che il controllo debba estendersi anche al merito, il PERETTI GRIVA, in *Atti del Convegno di studi sindacali*, cit.

33 Sul requisito dell'ordinamento democratico: GASPARRI, *Elementi di dir. sindacale*, cit. (il quale ritiene che il requisito minimo sia costituito dalla elettività delle cariche sociali); GIULIANO, *Associazione*, ecc., cit., vol. 3°, pag. 35; SICA, *Le Associazioni*, ecc., cit. pag. 80; NATOLI, *La Costituzione e il progetto*, ecc. cit., il quale osserva che deve essere prevista la possibilità di una reazione che tenda alla autonormalizzazione dell'ente, non alla sua eliminazione.

34 In questo senso: NATOLI, *La situazione*, ecc., cit., pag. 74.

35 Risponde affermativamente il GIULIANO, *op. cit.*, vol. 3°, pag. 42. Si esprime invece in forma assai dubitativa il SANTORO PASSARELLI.

*

Altra questione che deve essere precisata, è quella relativa alla *funzione* che ai sindacati viene riconosciuta dall'ordinamento. Si è detto che tale funzione consisterebbe nella eliminazione della concorrenza fra i lavoratori³⁶; non ci sentiamo peraltro di condividere tale opinione. La funzione dei sindacati è senza dubbio complessa, ma la base fondamentale di essa è costituita dalla difesa sindacale degli interessi di categoria. In sostanza, il sindacato viene considerato come il mezzo più efficace di autotutela dei gruppi contrapposti, presentando la peculiare caratteristica di esprimere interessi essenziali alla personalità degli associati, pur perseguendo finalità che corrispondono agli interessi della intera categoria.

Ciò spiega per quale ragione si debba rispondere negativamente al quesito relativo alla *ammissibilità dei cosiddetti sindacati misti*³⁷: una associazione sindacale non può perseguire altre finalità che non siano quelle corrispondenti agli interessi di un gruppo determinato; quindi, ammettere la possibilità dei sindacati misti equivarrebbe ad introdurre nuovamente nel nostro ordinamento dei gruppi sociali non omogenei, sul tipo delle corporazioni.

È chiaro invece che il sistema costituzionale, nel superamento dei principi corporativistici, ha proprio considerato la funzione sindacale nella sua vera essenza, che è quella di tutela di interessi omogenei di gruppo, in contrapposizione ad interessi di altri gruppi, rappresentati da altre associazioni. Lo stesso fatto che l'art. 39 si occupi della contrattazione collettiva, dimostra ulteriormente come le associazioni sindacali siano state considerate come contrapposte le une e le altre e come un loro punto d'incontro sia stato concepito soltanto nella fase relativa alla contrattazione collettiva, nella quale – come è pacifico – ogni associazione persegue esclusivamente una finalità sua propria ed esclusiva.

Abbiamo detto più sopra che le funzioni del sindacato, pur trovando il loro fondamento su una base unica, sono complesse; e tali effettivamente devono essere considerate, quando si pensi che esse consistono, oltretutto nell'attività di assistenza sindacale e sociale dei propri iscritti e nella stipulazione di contratti collettivi, anche nella partecipazione alla vita di molti organismi economici e

36 Questa tesi, piuttosto discutibile per la verità, sembra da attribuirsi al Professor INNACCONE, almeno a quanto risulta dalla relazione del SANTORO PASSARELLI (che parzialmente la condivide) sul tema "*Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra i sindacati e lo Stato*", tenuta al Convegno dell'Accademia Naz. dei Lincei sui rapporti tra sindacato e Stato (*Riv. dir. lav.* 1956, I, 1).

37 La dottrina predominante sfiora appena il problema, ritenendo sostanzialmente pacifica l'esclusione del sindacato misto. E tuttavia, mentre il SANTORO PASSARELLI si esprime in forma dubitativa, il GASPARRI (*Elementi*, ecc., cit.) afferma che la Costituzione non dice nulla a questo proposito. Il DE SIMONE, poi, (*Disposizioni sindacali e riforma sindacale*, in *Riv. dir. lav.* 1950, pag. 319) sostiene addirittura che il sindacato misto non solo è ammesso ma è anche assai auspicabile che si diffonda.

in certo senso politici, a mezzo di propri rappresentanti. Infatti, è noto che le associazioni sindacali sono rappresentate in numerosi organismi o enti che operano sul terreno sociale ed economico, nelle commissioni di collocamento, nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, e così via. Il che rivela una dilatazione non indifferente dei compiti del sindacato ed una sua presenza più attiva nella vita nazionale; tendenza che, a nostro avviso, deve essere incoraggiata perché conduce a realizzare una più concreta ed aderente partecipazione dei cittadini alla formazione dell'indirizzo politico ed economico del Paese.

*

Si pone a questo punto il problema più grave, quello cioè relativo alla *natura giuridica dei sindacati* previsti dall'art. 39 della Costituzione.

Come di consueto, le concezioni che si contendono il campo sono principalmente due e precisamente quella privatistica³⁸ e quella pubblicistica³⁹; il sistema delineato dalla Costituzione per la stipulazione dei contratti collettivi obbligatori per l'intera categoria ha poi dato origine ad una terza corrente intermedia che tende ad attribuire al sindacato una natura giuridica essenzialmente privatistica, col correttivo però della autorizzazione all'esercizio di una pubblica funzione⁴⁰.

Secondo l'opinione ormai di gran lunga predominante, la natura pubblicistica del sindacato deve essere esclusa; in realtà, una volta stabilito che gli interessi realizzati dal sindacato sono interessi collettivi o di gruppo, e non generali, riesce agevole dimostrare come il sindacato si muova su un terreno essenzialmente privatistico. D'altro lato, tale assunto trova rigorosa conferma nel fatto che i fini perseguiti dal sindacato non vengono assunti tra quelli propri dello Stato e nel fatto che non sono previsti (anzi, sono addirittura vietati) controlli sull'attività e sull'ordinamento interno delle associazioni sindacali.

38 Per la quale, v.: NATOLI, *La Costituzione e il progetto sindacale*, cit., pag. 16; BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, pag. 342; SIMI, *L'art. 39 della Costituzione e il riconoscimento dell'autonomia sindacale*, in *Dir. lav.*, 1954, 1, 335; PERGOLESI, *Sul riconoscimento dei sindacati*, in *Dir. lav.*, 1949, I, 282; MAZZONI, *Il contratto di lavoro nel sistema del diritto it. del lav.*, Firenze 1952, pag. 93 e segg.; RUINI, *L'organizzazione sindacale e il diritto di sciopero*, pag. 56; SANTORO PASSARELLI, *Esperienze e prospettive*, ecc., cit.; PROSPERETTI, *I contratti collettivi di lavoro*, in *Atti del Convegno di studi sul progetto di legge per la disciplina giuridica dei rapporti di lavoro*, Milano 1953, pag. 129 e segg.; [RIVA] SANSEVERINO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, cit.; SICA, *Le associazioni*, ecc., cit., pag. 76; LEGA, *Natura delle rappresentanze unitarie dei sindacati registrati*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, 104; ESPOSITO, *Saggi*, cit., pag. 165; MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, cit., pag. 247. In generale, i sindacalisti sono favorevoli alla natura privatistica del sindacato, V. il volume edito da Laterza, *I Sindacati in Italia*, 1955.

39 Tra i non molti sostenitori della natura pubblicistica del sindacato, v.: GASPARRI, *I principi costituzionali del nuovo dir. sindacale*, in *Dir. lav.*, 1948, 1, 23 e 44; JAEGER, *Diritto pubb. e diritto privato nella disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1951, pag. 571; ABBAMONTE, *Ancora sulla distinzione*, ecc., cit.; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit. pag. 193 e segg.

40 Per un'espressione caratteristica di questa tendenza, v. GIULIANO, *Associazioni*, ecc., cit., vol. 3°, pag. 79; [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, 1956, pag. 234.

La tesi contraria sembra ancora risentire, in certo qual modo, dell'influenza determinata dai lunghi anni di sistema corporativo e di una certa difficoltà a comprendere la vera sostanza e la vera funzione della organizzazione sindacale. Quando lo Stato concepisce i sindacati come portatori di interessi limitati a gruppi determinati e considera l'attività sindacale come sostanziale espressione di autonomia, è chiaro che siamo immediatamente fuori del settore pubblicistico. Il che non esclude che lo Stato consideri rilevante la funzione dei sindacati anche ai fini di carattere generale; ma l'attività dell'organizzazione sindacale si ripercuote sulla vita nazionale solo indirettamente ed in linea di larghissimo principio, fermi restando peraltro i principi della libertà e della pluralità sindacale, che presuppongono uno svolgimento libero ed autonomo del fenomeno dell'associazionismo sindacale.

Tanto meno poi può condividersi l'assunto di chi sostiene che una risposta definitiva circa la natura giuridica dei sindacati potrà essere data soltanto dopo l'emanazione della legge sindacale⁴¹, quasi che potesse competere al legislatore ordinario il compito di determinare la posizione dei sindacati nell'ordinamento. La legge sindacale non potrà che determinare gli strumenti concreti e le modalità specifiche di funzionamento del sistema posto in essere dalla Costituzione; il che, peraltro, non potrà mai influire sulla natura giuridica dei sindacati. Vero è che non pochi dubbi sono stati determinati dalla potestà riconosciuta ai sindacati registrati di stipulare contratti collettivi obbligatori per l'intera categoria. Questa possibilità di porre in essere un comando valevole anche nei confronti di persone non collegate all'associazione stipulante dal vincolo della rappresentanza, ha posto nel più serio imbarazzo una parte della dottrina, che si è affannata a cercare di spiegare in termini giuridici l'essenza di questo singolare potere riconosciuto ad un ente che opera nell'ambito del diritto privato⁴².

Per lo più, si è fatto ricorso alla figura dell'esercizio privato di una pubblica funzione, largamente ammessa – come è noto – nel nostro diritto positivo⁴³.

Contro tale concezione si è peraltro obiettato che l'affidamento di una simile funzione al privato costituirebbe per quest'ultimo l'obbligo di adempiere alla funzione assegnatagli; che inoltre non si conoscono casi di esercizio privato

41 PROSPERETTI, *Sulla posizione dei sindacati nello Stato*, cit., pag. 33.

42 Sulla questione, in generale: GIULIANO, *Associazioni*, ecc., cit., pag. 61 e pag. 118 (ricordiamo che questo A. ritiene che si tratti di un sistema contraddittorio); SANTORO PASSARELLI, *Esperienze e prospettive*, ecc., cit. (per il quale l'efficacia *erga omnes* è spiegabile privatisticamente, considerando che al sindacato è affidata per legge la funzione privata di provvedere agli interessi di una particolare collettività); SIMI, *L'art. 39*, ecc., cit. (per il quale si tratta di rappresentanza di volontà e di rappresentanza di interessi, congiunte); MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, cit., pag. 259; [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, cit., pag. 233 e segg. Del problema torneremo ad occuparci più diffusamente, a proposito dei contratti collettivi di lavoro.

43 ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Trattato di diritto amm./vo*, diretto da V.E. ORLANDO, 1935, vol. 2°, parte 3, pag. 235 e segg.

di pubbliche funzioni nel campo dell'attività normativa; che infine tale istituto comporta necessariamente un controllo da parte dello Stato⁴⁴.

Queste obiezioni hanno senza dubbio un certo rilievo; ad esse però si può contrapporre l'osservazione che nel nostro ordinamento non sono infrequenti i casi di figure anomale, specialmente se direttamente regolate dalla legge. In sostanza, lo schema dell'esercizio privato di pubbliche funzioni non è sicuramente intangibile ed esso può evolversi ed adattarsi, a seconda della materia nella quale la fattispecie astratta può venire ad essere specificata.

A nostro avviso, però, non è neppure necessario ricorrere a questa interessante figura per spiegare il fenomeno di cui ci occupiamo. In sostanza, la contrattazione collettiva è una delle funzioni del sindacato e non l'unica; in particolare, poi, la contrattazione collettiva con efficacia generale, incide soltanto su una fase che può essere meramente occasionale e comunque è sempre volontaria e libera, dell'attività del sindacato.

Ci sembra pertanto che non basti a modificare la natura privatistica del sindacato, l'assunzione momentanea ed autorizzata dalla legge, di una funzione che sembra eccedere i limiti del settore privatistico, ma in realtà resta tuttora nel suo ambito.

Si tratta proprio di uno di quei casi in cui il diritto del lavoro si distacca dai principi del diritto comune e regola alcune fattispecie in modo del tutto singolare, spiegabile solo col ricorso ai principi propri di questa materia.

La contrattazione collettiva è un fenomeno caratteristico di autonomia negoziale dei sindacati, i quali – nella stipulazione – tutelano interessi di gruppo, o collettivi che dir si voglia; quando la legge autorizza, in presenza di determinati requisiti, l'estensione dell'obbligatorietà del contratto collettivo a tutti gli appartenenti alla categoria, non modifica la struttura essenziale del fenomeno; ma semplicemente ne estende l'efficacia oltre i limiti che gli sarebbero connaturali. Ciò avviene sulla base di una presunzione e cioè che gli interessi della categoria coincidano con quelli rappresentati direttamente dalle associazioni stipulanti.

Si ha quindi una *manifestazione di autonomia negoziale*, alla quale è riconosciuta dalla legge una estensione del tutto particolare⁴⁵. E poiché l'atto compiuto resta pur sempre nella sfera di autonomia dei soggetti collettivi, si deve escludere l'esistenza di una delega da parte dello Stato di una parte del suo potere normativo. L'intervento dello Stato si verifica soltanto sull'efficacia, o meglio sull'estensione dell'efficacia dell'atto compiuto, e non incide quindi né sulla struttura

44 In questo senso: SIMI, *L'art. 39*, ecc., cit.; MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit. Altre obiezioni contro l'esercizio priv. di pubbliche funzioni vengono sollevate da parte degli AA., che sostengono una concezione pubblicistica del sindacato (MORTATI, ABBAMONTE; cit.).

45 Per una concezione analoga, v.: NATOLI; *La Costituzione e il progetto*, ecc., cit.; SANTORO PASSARELLI, *Esperienze e prospettive*, ecc., cit.; PROSPERETTI, *La posizione dei sindacati nello Stato*, ecc., cit

giuridica del contratto collettivo, né tanto meno sulla natura giuridica del sindacato stipulante.

Concluderemo quindi nel senso che anche la stipulazione dei contratti collettivi obbligatori *erga omnes*, è sempre un atto di autonomia che non può snaturare il sindacato, privandolo della sua natura essenzialmente privatistica.

3. La rappresentanza unitaria

Come si è visto, i sindacati registrati possono stipulare contratti collettivi efficaci per tutta la categoria, mediante rappresentanze unitarie, costituite in proporzione dei loro iscritti.

La novità dell'istituto creato dalla Costituzione ha provocato discussioni vivacissime circa la natura e le caratteristiche di queste cosiddette "rappresentanze unitarie." Si è parlato di una costruzione "barocca"⁴⁶, si è ritenuto che la rappresentanza unitaria contrasti col principio del pluralismo sindacale, si è perfino avanzata l'idea di non applicare la norma costituzionale in questione o di proporla senz'altro la revisione⁴⁷.

Ora, non c'è dubbio che ogni istituto nuovo meriti attenzione e richieda uno studio particolarmente approfondito; ma non riusciamo a vedere le ragioni per le quali il sistema escogitato dal costituente meriterebbe addirittura la pena capitale.

In realtà, ci si è spesso lasciati fuorviare dallo stesso termine adottato dalla dottrina e si è finito per considerare la rappresentanza unitaria come un organismo con personalità propria e con funzioni di natura permanente.

La verità è che tutto questo è completamente estraneo alla dizione ed alla volontà della legge. Non esiste alcun organismo, separato e distinto dai sindacati, ed avente una personalità propria, per il semplice fatto che l'art. 39 – che pur riconosce la personalità giuridica dei sindacati registrati – non fa alcun accenno ad una figura autonoma costituita dalla rappresentanza unitaria. Si tratta dunque di un *organo comune dei sindacati*, avente carattere di assoluta straordinarietà e del tutto privo di autonomia. Chi stipula sono pur sempre i sindacati e ad essi va imputata sia la funzione di stipulare sia l'efficacia del contratto collettivo⁴⁸. L'autonomia negoziale che si esprime attraverso la contrattazione collettiva, è una *manifestazione esclusiva dei sindacati* e non della rappresentanza unitaria.

46 L'espressione è del MIGLIORANZI, *Aria libera al sindacato*, in *Dir. lav.*, 1949, I, 325, il quale afferma anche che si è voluto "conciliare l'inconciliabile".

47 La proposta è del PERGOLESI, *Contratto collettivo e sciopero*, in *Dir. lav.*, 1950, I, 297, preoccupato – non si vede bene perché – della possibile formazione di oligarchie sindacali.

48 In questo senso: GIULIANO, *op. cit.*, vol. 3^o, pag. 98; SICA, *Le associazioni*, ecc., cit., pag. 83; NATOLI, *La Costituzione*, ecc., cit., parte II, pag. 189 e segg.; LEGA, *Natura delle rappresentanze*, ecc., cit.: RIVA SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, cit. pag. 256.

Esattamente quindi sono state richiamate alcune nozioni elaborate dal diritto internazionale, come quella di organo comune, che si attaglia perfettamente alla fattispecie in esame⁴⁹.

Per gli stessi motivi, dobbiamo esprimere un avviso nettamente contrario all'auspicio avanzato da qualche parte di una trasformazione legislativa delle rappresentanze unitarie in organismi permanenti⁵⁰; a meno che si vogliano risuscitare istituti cari al sistema corporativo, non si può trovare alcuna giustificazione per una simile trasformazione della funzione essenziale della rappresentanza unitaria, che è e resta quella di costituire l'organo collegiale dei sindacati in vista della stipulazione di contratti collettivi obbligatori per l'intera categoria.

Si risolvono così i gravi problemi che verrebbero sollevati dall'adesione alla tesi contraria, particolarmente agli effetti di definire la natura dell'organismo e di spiegare in termini giuridici l'efficacia degli atti da esso compiuti.

Restano peraltro numerosi problemi attinenti alla composizione delle rappresentanze unitarie ed alla formazione della volontà da esse espressa; problemi il cui esame ci porterebbe molto lontano dai limiti che ci siamo prefissi e sui quali quindi ci limiteremo ad un semplice accenno. La composizione della rappresentanza unitaria è regolata, senza possibilità di equivoci, dall'art. 39, il quale dispone che i sindacati devono essere rappresentati "in proporzione dei loro iscritti"; la formazione della volontà ci sembra non possa avvenire altrimenti che attraverso la realizzazione della maggioranza dei rappresentati, non avendo rilevanza il numero dei partecipanti alla rappresentanza unitaria, che non può essere indicativo della reale consistenza delle associazioni da esso rappresentate⁵¹.

4. La «rappresentatività» delle associazioni sindacali

In regime di pluralità sindacale si pone necessariamente il problema relativo alla cosiddetta "rappresentatività" delle associazioni sindacali⁵². Esso assume

49 LEGA, *Natura delle rappr.*, ecc., cit.; PROSPERETTI, *I contratti collettivi di lavoro*, cit.; MAZZIOTTI, *Diritto al lav.*, cit., pag. 258; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di dir. del lav.*, cit.

50 SANTORO PASSARELLI, *Nozioni*, ecc. cit.; per l'assunto contrario, v.: MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, pag. 258; LEGA, *Natura*, ecc., cit.

51 Sui numerosi problemi sollevati dalla concezione costituzionale delle rappresentanze unitarie, v.: GIULIANO, *Associazioni*, ecc., cit.; vol. 3°, pag. 97; SICA, *Le associazioni*, cit., pag. 83 e segg.; NATOLI, *La Costituzione*, ecc., cit. pag. 189; PERETTI GRIVA, *Atti del Convegno di Stresa*, cit.; CANGOGNI, *Il contratto collettivo di lavoro*, cit.

52 La rappresentatività è definita come "misura della forza sindacale del gruppo" nella nota redazionale sita in *Mass. gjur. lav.*, 1957, pag. 2; il MAZZARELLI, *La rappresentatività delle associazioni sindacali*, in *Riv. gjur. lav.*, 1957, I, 163, la definisce come il "grado in cui un sindacato ha la rappresentanza degli interessi della categoria"; lo ZANGARI, *Legge, norma collettiva e contratto aziendale*, in *Dir. dell'economia*, 1958, 475 e segg., definisce come più rappresentativo il sindacato "nella misura in cui rappresenta l'interesse collettivo della formazione sociale in cui è organizzato".

particolare rilievo in relazione a due aspetti salienti dell'attività sindacale e precisamente a quello della stipulazione di contratti collettivi generalmente obbligatori ed a quello della partecipazione delle organizzazioni sindacali – a mezzo di propri rappresentanti – negli Enti e negli Istituti operanti nel settore economico e sociale.

È soprattutto in relazione a questo secondo aspetto che la figura della “rappresentatività” ha formato oggetto di discussione e di dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza non solo del nostro Paese, ma anche di altri Stati⁵³. Ed è proprio in relazione alla partecipazione di rappresentanti delle associazioni sindacali a Consigli di Amministrazione di Enti od a Commissioni, che il termine in questione è stato adoperato, in vario senso e con vario significato, in molte leggi emanate in questi anni.

Tuttavia, particolarmente in relazione a vari progetti di legge sulla disciplina dei contratti collettivi, si è parlato di rappresentatività anche in relazione al primo degli aspetti più sopra ricordati⁵⁴.

Di rappresentatività delle Associazioni sindacali si è parlato per la prima volta, a quanto ci risulta, nell'art. 39, III comma, del Trattato di Versailles. Successivamente, in sede appunto di interpretazione di detto articolo, la Corte di Giustizia internazionale si occupò della rappresentatività delle associazioni sindacali, col parere n. 1 del 31 luglio 1922⁵⁵.

Il concetto rimase peraltro alquanto generico, affermandosi dalla Corte di Giustizia che le associazioni più rappresentative sono quelle che “représentent respectivement au mieux les employeurs et les travailleurs”; la stessa Corte precisava che un fattore importante per determinare il grado di rappresentatività di una organizzazione sindacale era da ravvisarsi nel numero degli aderenti; che peraltro questo non poteva considerarsi come l'unico requisito. Col ritorno al regime della libertà e della pluralità sindacale nei vari Paesi, il problema della rappresentatività si è posto nuovamente all'attenzione degli studiosi, degli uomini di governo, della stessa giurisprudenza.

53 Oltre agli AA. citati in nota 52, si sono occupati in modo particolare del concetto di rappresentatività: ZANGARI, *Riconoscimento giuridico e rappresentatività delle attuali associazioni sindacali di diritto privato*, in *Riv. giur. lav.*, 1958, I, 91; PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Milano, 1958, pag. 148 e segg.; RIVA SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, Roma, 3ª ed., pag. 129 e 212; R. R., *In tema di individuazione delle associazioni nazionali più rappresentative*, in *Riv. dir. lav.*, 1957, 2, 195; LYON CAEN, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, Paris, 1955, pag. 86 e segg.; SPYROPOULOS, *La liberté syndicale*, Paris 1956, pag. 103, 281 e segg.; DURAND e VITU, *Traité de droit du travail*, Paris, 195 vol. III, pag. 347 e segg. In giurisprudenza, v.: Consiglio di Stato 14.5.1954 n. 238, in *Riv. giur. lav.*, 1955, 2, 44; *Id.* 11.7.1956, in *Mass. giur. lav.*, 1957, 2; *Id.* 21.11.1956, in *Riv. giur. lav.*, 1957, 2, 10.

54 Su questi aspetti della rappresentatività, v. in particolare: NATOLI, *L'efficacia generale dei contratti coll. secondo un recente progetto ministeriale*, in *Riv. Giur. lav.*, 1956, I, 161.

55 Il parere fu pubblicato in: *Bullettín officiel B.I.T.*, 16.8.1922, vol. VI, pag. 295.

In Francia, il concetto è stato in questi ultimi anni ampiamente elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, le quali sono pressoché concordi nel ritenere che il requisito principale della rappresentatività sia da ravvisare nel numero degli aderenti, mentre altri requisiti secondari, di cui peraltro occorre tener conto per quanto possibile, sono quelli della esperienza e della anzianità dell'associazione, dell'atteggiamento tenuto durante l'occupazione e dopo, delle circostanze in cui si effettuò la costituzione del sindacato, della indipendenza del medesimo, dell'entità delle quote e infine dei risultati conseguiti nelle elezioni delle Commissioni interne e di altri organismi sindacali.

Una circolare ministeriale del 23 maggio 1945 ha aggiunto ai suindicati requisiti anche quelli dell'atteggiamento patriottico e della osservanza legale delle norme sulla epurazione.

Infine, la legge 11 febbraio 1950 si è espressamente occupata della rappresentatività, demandando all'autorità amministrativa il compito di stabilirla in concreto in relazione alle varie associazioni esistenti⁵⁶.

In altri Paesi, come ad esempio negli Stati Uniti, l'unico requisito a cui si fa riferimento per stabilire il grado di rappresentatività delle organizzazioni sindacali, è quello del numero degli aderenti.

In Italia, dopo la caduta del regime corporativo, sono state emanate numerose leggi nelle quali si fa riferimento alla rappresentatività delle organizzazioni sindacali. La stessa Costituzione vigente, all'art. 99, dispone che il Consiglio Nazionale dell'economia e lavoro è composto di esperti e rappresentanti delle categorie produttive, in misura che tenga conto della loro *importanza numerica e qualitativa*. La legge 5.1.1957, n. 33, sull'ordinamento e sulla attribuzione del C.N.E.L. dispone che fino all'entrata in vigore dell'art. 39 della Costituzione, la designazione dei rappresentanti delle organizzazioni sindacali deve essere richiesta alle medesime in misura che tenga conto della loro *importanza*.

Altre leggi (24.12.1951, n. 1669, sulla formazione del Consiglio di Amministrazione dell'ENPAS; 1.9.1947, n. 833, sulla formazione del Consiglio di Amministrazione della Cassa Depositi e Prestiti; 13.5.1947, nn. 435, 436 e 438, sulla formazione dei Consigli di Amministrazione dell'INAM, dell'INPS e dell'INAIL) richiedono la designazione dei rappresentanti alle organizzazioni sindacali "più rappresentative." In altre leggi (ad esempio, nella legge 28.2.1949, n. 43, e nella legge regionale siciliana 27.12.1954 n. 51) si fa espreso riferimento, come indice di rappresentatività, al solo requisito del numero degli aderenti alle associazioni⁵⁷.

56 Per ampie informazioni sullo stato della dottrina e della giurisprudenza francesi sulle varie questioni inerenti alla rappresentatività, si vedano in particolare i volumi del LYON-CAEN, dello SPYROPOULOS e del DURAND, citati in nota 53.

57 Ci siamo limitati al richiamo delle leggi più note. Per altri riferimenti, v.: MAZZARELLI, *La rappresentatività*, ecc., cit., pag. 163 e segg. e particolarmente in nota da n. 2 a n. 7.

In giurisprudenza, la questione della rappresentatività è stata presa in esame particolarmente dal Consiglio di Stato, il quale dapprima sembrò far riferimento al solo requisito numerico⁵⁸, ma successivamente ampliò i criteri da seguire, includendovi – oltre a quello della consistenza numerica – anche quello del numero delle organizzazioni periferiche e quello del numero degli affari trattati⁵⁹.

Merita in particolare di essere ricordata la decisione emessa l'11 luglio 1956, dallo stesso Consiglio di Stato, nella quale si afferma che ai fini della designazione dei loro rappresentanti in alcuni Enti, le organizzazioni sindacali hanno avuto un limitato riconoscimento e si precisa che la qualifica di “maggiormente rappresentativa” non implica un accertamento dei fatti, ma un apprezzamento discrezionale della Pubblica Amministrazione⁶⁰.

Come tutti i concetti piuttosto vaghi e imprecisi, anche quello di rappresentatività è destinato a suscitare una certa diffidenza in chi si trova ad analizzarlo ed interpretarlo.

Non del tutto a torto, la dottrina francese ha rilevato i pericoli che si celano in tale figura, ravvisandovi addirittura una minaccia alla libertà sindacale, in quanto la regola fondamentale del regime di pluralità sindacale dovrebbe essere quella di non introdurre distinzioni tra le varie organizzazioni sindacali⁶¹.

In realtà, il concetto di rappresentatività non è pericoloso di per sé, né può costituire una minaccia per la libertà sindacale, ove esso venga rettammente inteso ed applicato. Tra le varie organizzazioni sindacali non può esistere una parità formale, essendo evidente e naturale che ognuna di esse abbia un peso ed una forza diversa. Il pericolo nasce allorché l'Autorità Amministrativa viene posta in condizione di scegliere tra vari sindacati, in base a criteri imprecisi e generici, attribuendo magari un'importanza maggiore proprio a quelle organizzazioni che in realtà ne hanno meno. In questo modo si verifica in concreto un grave attentato alla libertà sindacale, perché è naturale che il singolo sia portato ad aderire a quelle organizzazioni che vede considerate come più rappresentative, anche se poi in linea di fatto esse lo sono meno di altre⁶².

Ecco perché sorge la più viva diffidenza di fronte ai requisiti tutt'altro che obiettivi che si vorrebbero porre ad indice della rappresentatività. Il requisito numerico è un dato di fatto più o meno facilmente accertabile (questo è esclusivamente un problema tecnico), ma in definitiva obiettivo e certo; lo stesso deve dirsi del requisito attinente al numero delle organizzazioni periferiche.

58 Decisione 14.5.1954, n. 328, in *Riv. giur. lav.*, 1955, 2, 44.

59 Decisione 21.11.1956, in *Riv. giur. Lav.*, 1957, 2, 10.

60 Decisione 11.7.1956, in *Mass. giur. lav.*, 1957, 2.

61 In questo senso, particolarmente: SPYROPOULOS, *La liberté syndicale*, cit., pag. 282; DURAND e VITU, *Traité*, ecc., cit., pag. 348-349.

62 Su questi aspetti si sofferma in modo particolare il LYON-CAEN, *Manuel*, ecc., cit., pag. 87 e segg.; v. anche AA. citati in nota 61.

Ma quando si fa riferimento all'indipendenza del sindacato, alla posizione nei confronti delle entità contrapposte o addirittura ad una specie di "avviamento" dell'organizzazione sindacale⁶³, si entra in un campo che è proprio delle valutazioni subiettive, che si prestano largamente anche alla arbitrarietà di valutazione. E ciò tanto maggiormente in quanto la valutazione di tali requisiti dovrebbe essere rimessa all'Autorità Amministrativa, con conseguenze facilmente immaginabili.

Analoghe considerazioni valgono anche per altri requisiti ai quali ha fatto riferimento una parte della dottrina⁶⁴, quali ad esempio l'entità delle quote e la puntualità di pagamento delle medesime ed il numero dei contratti collettivi stipulati.

Nel primo caso, è chiaro che si tratta di un requisito tutt'altro che probante, essendo ben noto che l'entità dei contributi sindacali e la stessa puntualità di pagamento degli stessi variano non tanto in relazione alla fiducia di cui gode l'associazione sindacale, quanto in relazione alle condizioni economiche degli aderenti ed alle condizioni sociali della zona in cui essa si trova ad operare.

Nel secondo caso, si finirebbe per rimettere addirittura alle associazioni padronali il potere di influire sulla rappresentatività delle organizzazioni dei lavoratori; è noto infatti il fenomeno cui si assiste non di rado in questi anni, di datori di lavoro che preferiscono stipulare i contratti collettivi proprio con le organizzazioni sindacali meno "pericolose" e ciò all'evidente scopo di rafforzarle a danno di quelle più attive, più consistenti dal punto di vista numerico e quindi più temute.

D'altro lato, non bisogna sottovalutare un altro fatto di indubbio rilievo, e cioè che attribuendo all'autorità amministrativa il potere di stabilire in concreto ed in base a requisiti vaghi ed imprecisi il grado di rappresentatività delle associazioni sindacali, si può arrivare facilmente alla conseguenza di introdurre un controllo (che sarebbe illegittimo ed incostituzionale) sull'attività delle medesime organizzazioni⁶⁵.

Dovendo infatti determinare l'indice di rappresentatività in base ai criteri suindicati, l'autorità amministrativa può facilmente sentirsi in dovere (e in potere) di compiere indagini sulla attività delle varie organizzazioni sindacali; indagini che potrebbero andare addirittura molto oltre i limiti del consentito se si

63 Il riferimento ad una sorta di "avviamento" delle associazioni sindacali è del MAZZARELLI, *La rappresentatività*, ecc., cit., pag. 170. Lo stesso A. fa riferimento anche all'attività sindacale svolta ed ai contratti collettivi stipulati, al carattere nazionale della associazione, ai successi conseguiti, ecc.

64 Soprattutto la dottrina francese (AA. più volte citati).

65 Interessante, a questo proposito, la decisione 15.12.1954 del Consiglio di Stato francese, secondo la quale l'autorità amministrativa ha diritto di chiedere ai diversi sindacati le notizie che le permettono di apprezzare il loro carattere rappresentativo prima di fissare la composizione di determinate Commissioni (*Droit social*, 1955, 224).

accogliesse la tesi, da qualche Autore prospettata⁶⁶, di apprezzare perfino i requisiti morali, intellettuali e culturali degli uomini che ne hanno la responsabilità.

A nostro avviso, le considerazioni suesposte devono convincere della necessità di sottrarre il concetto di rappresentatività da quell'ambito di genericità e di vaghezza che oggi sembra contornarlo. L'unico metodo legittimo di indagine sul grado di rappresentatività ci sembra quello che si riferisce a dati di fatto *obiettivi* e controllabili e tali da non poter costituire oggetto di interpretazioni soggettive e magari arbitrarie da parte dell'autorità amministrativa. In altre parole, l'indice di rappresentatività può essere desunto soltanto *dal numero degli aderenti* ad una associazione o tutt'al più dal numero delle organizzazioni periferiche della medesima.

Non c'è dubbio che si dovrà risolvere il problema – del resto soltanto tecnico – delle modalità di accertamento di tale requisito, senza che ciò comporti un controllo da parte dello Stato e degli organi da esso dipendenti. Ma le maggiori o minori difficoltà di soluzione di un problema tecnico-organizzativo non devono essere confuse con i principi di carattere generale; e nella specie, non vi è dubbio che essi impongono di far riferimento soltanto a requisiti obiettivi e sottratti a valutazioni soggettive o discrezionali da parte dell'autorità amministrativa.

Ci conforta in questa opinione la considerazione ulteriore che in definitiva la consistenza numerica degli iscritti ad una associazione è, anche in linea di fatto, un indice infallibile di rappresentatività. In regime di libertà sindacale, i soggetti interessati aderiscono ovviamente all'organizzazione che ha maggiori tradizioni e che dà maggiori garanzie di energico svolgimento della propria attività. Ecco perché, all'interno di una determinata categoria, il sindacato più rappresentativo è sempre e necessariamente quello che ha il maggior numero di aderenti: quella valutazione che si vorrebbe deferire all'autorità amministrativa, la compiono in sostanza – al momento dell'adesione – gli stessi soggetti interessati, i quali appunto si valgono della loro facoltà di scelta in base ad un'indagine sulle caratteristiche essenziali delle varie associazioni. Ci sembra quindi del tutto teorica ed astratta (ed in parte irrealizzabile) l'ipotesi da alcune parti formulata di un sindacato in concreto più rappresentativo di altri che hanno un maggior numero di aderenti.

Per contro, è naturale che l'organizzazione sindacale la quale ha un maggior numero di aderenti, abbia anche un peso maggiore nello svolgimento dell'attività sindacale e nei confronti delle associazioni contrapposte: il che significa che essa possiede in misura ed in grado più intensi la rappresentanza degli interessi della categoria.

*

Le considerazioni esposte più sopra valgono ovviamente soprattutto per quell'aspetto della rappresentatività che si ricollega alla designazione dei

⁶⁶ MAZZARELLI, *La rappresentatività*, ecc., cit., pag. 171.

rappresentanti delle organizzazioni sindacali in organismi ed Enti a carattere nazionale o internazionale.

Ma esse devono essere tenute presenti anche per quanto riguarda gli aspetti relativi alla contrattazione collettiva.

In sede di attuazione dell'art. 39 della Costituzione, il problema non avrebbe neppure ragione di essere posto. L'art. 39 dispone infatti che i sindacati registrati, "rappresentati unitariamente *in proporzione dei loro iscritti*," possono stipulare contratti collettivi con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alla categoria. È chiaro che l'art. 39 fa esplicito riferimento soltanto al requisito numerico, e cioè a quel criterio obiettivo di cui più sopra ci siamo occupati.

Ma l'art. 39 non ha ricevuto ancora alcuna concreta attuazione e nell'attesa di una legge sindacale che regoli definitivamente tutta la materia, sono stati a più riprese pubblicati dei progetti ministeriali diretti ad attribuire efficacia obbligatoria ai contratti collettivi stipulati dalle associazioni "più rappresentative".

Recentemente, il Consiglio dei Ministri, nella seduta del 16 settembre 1958, ha approvato un nuovo schema di disegno di legge col quale si conferisce al Governo la delega legislativa per un anno, al fine di rendere obbligatori – per tutti gli appartenenti alle rispettive categorie professionali – i contratti collettivi già stipulati.

Secondo il progetto in questione, nel caso di esistenza di più contratti per una stessa categoria, verrà reso obbligatorio quello stipulato dal complesso di associazioni che il Governo – sentito il parere del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro – riterrà *più rappresentativo*.

Il progetto non contiene alcuna specificazione del concetto di rappresentatività, restando pertanto fermo che la determinazione in concreto dell'indice di essa nelle varie organizzazioni sarà rimessa alla valutazione discrezionale dell'autorità amministrativa.

Di fronte ad un simile progetto, non si può fare a meno di avanzare i dubbi e le riserve già esposte più sopra; né sembra possa attribuirsi una concreta rilevanza al previsto parere del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, posto che esso sarebbe in ogni caso tutt'altro che impegnativo ed obbligatorio per il Governo e posto altresì che è fortemente dubitabile che l'emanazione di simili giudizi (qualche Autore ha parlato addirittura di "opinioni"⁶⁷) rientri nelle competenze di detto organo.

D'altro lato, seri dubbi dovrebbero affacciarsi anche sulla costituzionalità del progetto in questione, posto che – sia pure in via transitoria – esso si fonda su criteri vaghi, generici ed elastici, che appaiono in netto e stridente contrasto con l'unico ed obiettivo criterio cui fa riferimento l'art. 39 della Costituzione

67 NATOLI, *L'efficacia generale dei contratti coll. secondo un recente progetto ministeriale*, in *Riv. giur. lav.*, 1956, I, 161. Dato che l'attuale progetto di legge non è molto diverso da quello esaminato dal Natoli, lo studio citato è tuttora di utile consultazione per considerazioni spesso analoghe a quelle svolte nel testo.

(consistenza numerica delle associazioni partecipanti alla contrattazione collettiva).

Concludendo, dobbiamo rilevare ancora una volta la persistente tendenza al distacco dal sistema delineato dalla Costituzione italiana per i rapporti economici e sociali. I principi costituzionali – da noi tratteggiati nel corso di questo studio – rendono necessaria una definizione obiettiva e concreta della rappresentatività, che prescindendo da ogni valutazione soggettiva e discrezionale e trovi invece il suo presupposto essenziale in quell'unico requisito (consistenza numerica) cui fa riferimento l'art. 39.

5. I contratti collettivi

Una recente decisione della Corte Costituzionale (26.1.1957, n. 10)⁶⁸ ha puntualizzato esattamente la situazione attuale dei contratti collettivi, dei quali possono ipotizzarsi tre tipi distinti e precisamente: 1) i contratti collettivi stipulati in periodo corporativo e mantenuti in vigore, sia pure in via transitoria, dal D.L. 23.11.1944, n. 369; 2) i contratti collettivi previsti dall'art. 39 della Costituzione, stipulati dai sindacati registrati ed obbligatori per tutti gli appartenenti alla categoria cui si riferiscono; 3) i contratti collettivi di diritto privato, stipulati dalle associazioni sindacali attualmente esistenti come associazioni di fatto, ed obbligatori per i soli iscritti alle associazioni stipulanti.

Una situazione veramente singolare, come si vede, soprattutto in dipendenza della mancata emanazione della legge sindacale.

Sul primo tipo dei contratti collettivi, avente natura del tutto transitoria, non vi è motivo di portare la nostra indagine. Meritano invece di essere ricordati i principali problemi relativi agli altri due tipi di contratto collettivo, in quanto si tratta di quelli destinati a permanere nel nostro ordinamento.

Infatti, è nostro avviso – come abbiamo già avuto occasione di rilevare – che accanto ai sindacati registrati potranno continuare a svolgere la loro attività anche le associazioni sindacali di fatto, le quali pertanto potranno stipulare contratti collettivi con efficacia limitata ai loro iscritti⁶⁹.

Inoltre, riteniamo che anche i sindacati registrati potranno stipulare contratti collettivi con efficacia limitata ai soli iscritti, omettendo la procedura prevista dall'art. 39 ed il ricorso alle rappresentanze unitarie⁷⁰. Per conseguenza, *i contrat-*

68 In *Riv. giur. lav.*, 1957, 2, I.

69 In questo senso, v. anche: NATOLI, *La Costituzione e il progetto*, ecc., cit. *Contra*: SIMI, *L'azione del sindacato*, ecc., cit., il quale sostiene che le associazioni non registrate non possono considerarsi come sindacati.

70 V. nota precedente. Il SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, ecc., cit., ammette la possibilità di stipulazione di contratti collettivi di diritto comune solo fino a quando – per quella d[e] terminata categoria – non venga stipulato un contratto coll. a mezzo della rappresentanza unitaria.

*ti collettivi cosiddetti di diritto comune (ma l'espressione è impropria) non costituiscono un fenomeno transitorio, ma hanno una posizione durevole nel nostro ordinamento*⁷¹.

*

È noto che anche per questo tipo di contratto collettivo si è cercato di estendere l'efficacia a tutti gli appartenenti alla categoria, ricorrendo di volta in volta alle figure del contratto a favore di terzi, della gestione d'affari e della consuetudine⁷².

A nostro avviso, però, questi lodevoli sforzi della dottrina non sono destinati ad avere successo, non esistendo alcuna possibilità giuridica di attribuire un'efficacia generale ai contratti collettivi stipulati dalle attuali associazioni di fatto.

D'altro lato, al risultato che la dottrina si prefiggeva e cioè di raggiungere delle condizioni generali valevoli per tutta la categoria, si è pervenuti sotto un diverso profilo, la cui fondatezza giuridica non può essere posta in dubbio, tanto che esso è stato ormai pacificamente accolto anche dalla giurisprudenza.

Si tratta del richiamo alla norma dell'art. 36 della Costituzione, in virtù della quale il diritto al salario minimo è stato riconosciuto come costituzionalmente garantito e quindi inderogabile dalla legge e dalle private pattuizioni; la norma in questione è stata riconosciuta come precettiva e quindi immediatamente applicabile⁷³.

71 In questo senso: MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, cit., cap. VII; NATOLI, *La situazione attuale*, ecc., cit.

72 Per una completa rassegna delle varie teorie: NATOLI, *La situazione attuale*, ecc., cit., pag. 25 e segg.; v. anche PERETTI GRIVA, *Relazione sul tema "Regolamento collettivo dei rapporti di lavoro"* al Convegno di studi sindacali di Stresa (cit.). Una concezione particolare è quella del FERRARI, *La natura giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1952, 1, 309, per il quale il contratto collettivo consisterebbe nella pattuizione dell'obbligo di non inserire nei contratti individuali condizioni diverse da quelle pattuite negli accordi collettivi; questa concezione ci sembra soggetta alle medesime difficoltà che anche per le altre teorie risultano insormontabili.

Un'interessante ed originale impostazione dottrinale dei problemi relativi al contratto collettivo di diritto comune è quella del PERA, *Fondamento ed efficacia del contr. coll. di lavoro di diritto comune*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, 1958.

73 Va ricordato però che la giurisprudenza ha seguito anche altre strade per attribuire l'obbligatorietà generale agli attuali contratti collettivi. In particolare, è da ricordare la sentenza 7.8.1952 della Corte di Cassazione (*Riv. giur. lav.*, 1952, 2 427), con la quale si è affermato il principio dell'estensione del contratto collettivo ai datori di lavoro non iscritti, per recezione espressa o tacita o implicita nei contratti individuali. È poi da segnalare l'orientamento tendente a costringere i datori di lavoro all'applicazione delle tariffe collettive, in virtù del richiamo all'art. 14 della legge sul collocamento; in tal senso, si veda il parere 10.10.1950 n. 1022 del Consiglio di Stato in *Riv. giur. lav.*, 1951, 3, 25. A proposito di queste tendenze giurisprudenziali, v. anche: NATOLI, *La situazione*, ecc., cit. pag. 39.

Di conseguenza, si è aperta la strada all'applicazione del capoverso dell'art. 2099 del Codice Civile, riconoscendosi la facoltà al Giudice di determinare il salario spettante al lavoratore sia nei casi di mancanza di contratti collettivi o individuali, sia nei casi in cui i contratti individuali appaiono contrastanti col citato principio costituzionale.

Inoltre, la giurisprudenza ha per lo più assunto come indici della situazione di mercato le tabelle sindacali stipulate dalle associazioni sindacali di fatto; di modo che, per altro verso e sotto un diverso profilo, si è pervenuti al risultato di estendere anche ai non iscritti alle associazioni stipulanti quanto meno le clausole dei contratti collettivi inerenti alla retribuzione.

*

Si è posto il problema dell'applicabilità delle norme dettate dal Codice Civile nel capo terzo del titolo primo del libro quinto e in particolare delle disposizioni relative ai contratti collettivi. Per molte di queste disposizioni appare evidente l'incompatibilità con l'ordinamento vigente, essendo esse fondate sul presupposto dell'esistenza dell'ordinamento corporativo.

Per altre, invece, e in particolare per le norme previste dagli artt. 2074, 2077, 2078, 2079 e 2080, l'incompatibilità non è altrettanto evidente e quindi la discussione è stata ed è particolarmente vivace, sì da rendere impossibile un completo riferimento di ogni questione in questa trattazione, che si propone soltanto il compito di indicare le linee generali del diritto attuale del lavoro⁷⁴.

Ci limiteremo quindi soltanto a rilevare come la maggior parte delle norme succitate non abbia come presupposto inderogabile l'ordinamento corporativo e l'efficacia generale dei contratti collettivi; il fondamento di queste disposizioni riposa invece su una protezione degli interessi del lavoratore, che è caratteristica precipua – come si è visto – del sistema attualmente vigente.

In particolare, l'art. 2074 esprime un'esigenza più che mai attuale nella situazione peculiare in cui si trova il diritto del lavoro; considerare abrogata tale disposizione significa infatti lasciare carenti di regolamentazione alcune categorie talvolta anche per lungo periodo; se lo scopo della norma era quello di evitare che nella fase intermedia tra la cessazione d'efficacia di un contratto collettivo e l'entrata in vigore del nuovo accordo, le condizioni di lavoro potessero restare rimesse alla discrezionalità dei soggetti individuali, è chiaro che tale finalità è più che mai sussistente in un ordinamento di stretto diritto privato⁷⁵.

74 Per completi riferimenti su tutte le questioni, v.: NATOLI, *La situazione*, ecc., cit., pag. 28 e segg. Un'accurata rassegna della dottrina e della giurisprudenza sui vari problemi può vedersi anche in: PALERMO, *Manuale di diritto del lavoro*, 1957. vol. I, pag. 412 e segg.

75 È doveroso però avvertire che la giurisprudenza prevalente è orientata in senso contrario alla sopravvivenza dell'art. 2074.

Quanto poi alla norma prevista dall'art. 2077, ci sembra possano valere le stesse considerazioni, per quel principio di tutela del contraente più debole che costituisce un cardine dell'ordinamento attuale; la tesi contraria porterebbe del resto a svuotare di ogni contenuto i contratti collettivi anche nei confronti degli iscritti alle associazioni stipulanti⁷⁶.

Quanto alle altre disposizioni più sopra ricordate, ci sembra non possano sussistere dubbi sulla sopravvivenza degli articoli 2079 e 2080, mentre qualche dubbio fondato può avanzarsi circa l'art. 2078, del quale riteniamo doversi riaffermare il vigore soltanto per la parte afferente al principio dell'applicabilità degli usi in mancanza di norme di legge ed il principio della prevalenza degli usi più favorevoli al lavoratore, rispetto alle norme dispositive⁷⁷.

Altra grave questione è stata sollevata in relazione all'articolo 2113 del Codice Civile, che – come è noto – dichiara non valide le rinunce e transazioni aventi per oggetto diritti del lavoratore derivanti da disposizioni di legge o da norme corporative. Anche di questa norma si è sostenuta l'inapplicabilità agli attuali contratti collettivi⁷⁸.

Peraltro, l'opinione favorevole alla perdurante efficacia dell'art. 2113, si è ormai risolutamente affermata nella dottrina e nella giurisprudenza⁷⁹ e, a nostro avviso, molto esattamente. Infatti, contro la derogabilità del contratto collettivo da parte degli iscritti alle associazioni stipulanti, militano le stesse ragioni succintamente enunciate a proposito dell'art. 2077, che del resto trovano il loro fondamento nei principi del diritto privato comune e in particolare nel principio della irrevocabilità del mandato conferito non soltanto nell'interesse del mandante ma anche nell'interesse del mandatario.

A parte altri problemi di minore portata, vi è poi da ricordare come la riconosciuta natura privatistica dei contratti collettivi attuali abbia comportato come ulteriori conseguenze l'assoggettamento degli stessi – ai fini della interpretazione – alle norme dettate dal Codice Civile per i contratti (art. 1362 e segg.),

76 Sostengono l'applicabilità dell'art. 2077 agli attuali contratti collettivi, il NATOLI, *La situazione*, ecc., cit., pag. 29 e segg.; SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, ecc., cit., pag. 138; in certo modo anche il MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, cit., pag. 225. *Contra*: MAZZONI, *Certezza del diritto e autonomia privata nell'odierno diritto del lavoro*, in *Atti del Convegno degli Amici del Diritto dell'Economia*, cit., pag. 1223 e segg.

La giurisprudenza è ormai orientata nel senso dell'inderogabilità degli attuali contratti collettivi (Cass. civ. 27.8.1953, n. 2882, in *Riv. giur. lav.*, 1953, 2, 490; 25.2.1954, n. 550, *ivi*, 1954, 2, 255; 5.5.1958, n. 1470, in *Riv. giur. lav.*, 1958, 2, 261).

77 In questo senso: NATOLI, *La situazione*, ecc., cit., pag. 31. Un accenno sugli usi più favorevoli, si trova nella sentenza 8.8.1951, n. 2465 della Corte di Cass. (*Riv. giur. lav.*, 1951, 2, 347).

78 L'assunto è stato sostenuto in modo particolare dal MAZZONI, *Certezza del diritto*, ecc., cit.; in tal senso, v. anche: [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, 1956, pag. 363 e segg.

79 V. NATOLI, *La situazione*, ecc., cit., pag. 36; PROSPERETTI, *Nota alla sentenza 5.2.1951 del Trib. di Napoli*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 2, 507; SANTORO PASSARELLI *Autonomia collettiva*, ecc., cit.

nonché l'esclusione della facoltà di ricorso per Cassazione per violazione di norme di contratto collettivo⁸⁰.

Questa è – a grandi linee – la situazione attuale dell'unico tipo di contratto collettivo attualmente stipulabile dalle associazioni sindacali.

*

Circa il contratto collettivo previsto dall'art. 39 della Costituzione, vi è poco da osservare, anche perché alcuni problemi ad esso attinenti dovranno essere risolti dalla emananda legge sindacale. Per ora, si è posto soltanto il problema relativo alla sua natura giuridica ed in particolare alla possibilità di considerarlo come fonte di diritto. Secondo alcuni Autori, i contratti collettivi ad obbligatorietà generale, devono considerarsi come norme di diritto pubblico e quindi devono includersi fra le fonti del diritto. Secondo altri, pur provenendo da associazioni private, essi sarebbero ugualmente da considerarsi nel novero delle fonti di diritto, quale espressione della nuova figura della autonomia collettiva, in cui si compenetrerebbero le due nozioni tradizionali di autonomia privata ed autonomia normativa⁸¹.

A nostro avviso, dalle considerazioni svolte più sopra circa la natura dei sindacati registrati e della loro funzione di stipulazione di contratti collettivi obbligatori *erga omnes*, discende l'impossibilità di considerare questi contratti collettivi come fonti di diritto⁸². *Essi restano espressione tipica dell'autonomia privata*, di cui l'autonomia collettiva non è che un'ulteriore specificazione. Pur soddisfacendo ad un interesse collettivo, essi non acquistano mai la natura giuridica di regolamento e mantengono la loro struttura essenzialmente contrattuale.

Riteniamo pertanto che anche ai contratti collettivi previsti dall'art. 39 della Costituzione dovranno applicarsi le norme più sopra ricordate a proposito dei contratti collettivi di diritto comune, senza che peraltro possano ad essi riferirsi i dubbi ed i contrasti sollevati a proposito di questi ultimi, derivando direttamente dalla legge la loro obbligatorietà generale e quindi la loro inderogabilità.

80 In questo senso: Cass. civ. 26.7.1954, n. 2679, in *Riv. giur. lav.*, 1954 2, 571. V. anche: NATOLI, *La situazione*, ecc., cit., pag. 38.

81 Ritengono che il contratto collettivo previsto dall'art. 39 della Costituzione sia da annoverarsi tra le fonti del diritto: SICA, *Le associazioni*, ecc., cit., pag. 89 e segg.; [RIVA] SANSEVERINO, *Il lavoro nella Costituzione it.* ed anche in *Diritto sindacale*, cit.; GIULIANO, *op. cit.*, vol. III, pag. 112 (il quale parla di contratti collettivi di diritto pubb.); PROSPERETTI, *I contratti coll. di lav.*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, 46.

82 In questo senso, v.: NATOLI, *La Costituzione e il progetto*, ecc., cit.; SANTORO PASSARELLI, *Esperienze e prospettive*, ecc., cit., pag. 9; MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, cit., pag. 265; BARASSI, *Diritto del lavoro*, vol. 2°.

6. La tutela sindacale all'interno dell'azienda

In sede di analisi dei rapporti collettivi, non può essere omesso il richiamo ad un aspetto importantissimo della libertà sindacale, che è quello relativo alla tutela sindacale del lavoratore all'interno dell'azienda. Il sindacato tutela gli interessi dei suoi membri in ogni fase della loro attività, perseguendo però sempre interessi e finalità di natura collettiva ed affrontando i problemi su un piano generale o comunque assai esteso.

Peraltro, l'opera del sindacato all'interno dell'azienda non può che essere limitata, per la concreta difficoltà di inserimento nell'ambito dei rapporti individuali che in esso si esplicano.

Indubbiamente, i sindacati esercitano su tali rapporti l'influenza più decisiva in quanto con la contrattazione collettiva determinano le condizioni generali a cui devono adeguarsi poi i contratti individuali; ma ben difficilmente i sindacati (e il problema si pone ovviamente solo per i sindacati dei lavoratori) possono esercitare quella funzione di controllo sulla attività dell'imprenditore nei confronti dei dipendenti e quella tutela specifica di questi ultimi nei confronti del primo, che pure sono essenziali per il rispetto delle condizioni generali di lavoro e dei principi fondamentali cui deve essere ispirata la complessa serie di rapporti individuali che si instaurano nell'azienda.

Si è affermata così l'esigenza di organismi sindacali che operino all'interno delle aziende, provvedendo ad una specifica funzione di tutela del lavoratore, ad integrazione e completamento della più generale forma di assistenza assicurata dal sindacato. In questo quadro, sono sorte in Italia – nell'immediato dopoguerra⁸³ – le *Commissioni interne*, che hanno assunto rapidamente uno sviluppo notevolissimo.

Sorte da un'esigenza spontanea, le Commissioni interne non hanno tardato ad inserirsi nell'ordinamento giuridico e ad acquistarvi un posto preciso e ben definito. Non appare pertanto esatta l'affermazione contenuta nella sentenza 20-6-1953 della Corte di Cassazione⁸⁴, secondo la quale le Commissioni interne sarebbero “estrane al vigente ordinamento giuridico.”

Innanzitutto, le Commissioni interne furono istituite col contratto collettivo 2-9-1943 (Buozzi-Mazzini), furono successivamente disciplinate dall'accordo 7-8-1947 ed attualmente sono regolate dall'accordo interconfederale 8-5-1953;

83 Occorre però precisare che questo organismo non era nuovo per il movimento sindacale del nostro Paese: infatti, le prime C.I. furono costituite già agli albori del secolo ed ebbero uno sviluppo particolarmente accentuato nel periodo dal 1908 al 1914 e nel periodo immediatamente successivo alla prima guerra mondiale, per riferimenti sullo sviluppo delle istituzioni rappresentative del personale in Italia, SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, 1956, pag. 267 e segg., e bibliografia ivi citata).

84 Pubblicata in *Riv. dir. lav.*, 1954, 2, 5.

il che sarebbe già più che sufficiente per considerare questo istituto come rilevante nell'ordinamento giuridico vigente.

Inoltre, le Commissioni interne sono state richiamate espressamente in alcuni provvedimenti legislativi, e precisamente nei decreti relativi al blocco dei licenziamenti nell'Alta Italia (particolarmente nel D.L. Lt. 21-8-1945 n. 523 e nel D.L. Lt. 8-2-1946 n. 50). Con tali provvedimenti si attribuivano alle Commissioni interne alcuni poteri di controllo sui licenziamenti, riconoscendo quindi la presenza di questo nuovo istituto nel nostro ordinamento.

Infine – come è stato esattamente rilevato⁸⁵ – le Commissioni interne possono essere ricondotte direttamente o indirettamente sotto la previsione degli artt. 39 e segg. del Codice Civile; per cui, anche sotto questo profilo, non è possibile affermarne la estraneità dall'ordinamento vigente.

Taluni Autori hanno auspicato che le Commissioni interne vengano riconosciute per legge, al fine di incrementare la pratica dei contratti collettivi aziendali⁸⁶. Se tale dovesse essere la finalità di una regolamentazione legislativa, non esiteremmo ad esprimere le nostre più vive perplessità, non solo perché – come vedremo – la funzione contrattuale è sottratta alle Commissioni interne, ma anche perché non può ritenersi opportuno il frazionamento della regolamentazione delle condizioni di lavoro, che è tanto più efficace quanto maggiori sono la sua estensione e la sua generalità. Potrebbe invece essere opportuno l'inserimento nella futura legge sindacale di una disposizione che rendesse obbligatoria l'esistenza delle Commissioni interne o dei delegati di impresa in ogni azienda, senza peraltro attribuire a questi organismi funzioni diverse da quelle che ad essi sono state attribuite dalla regolamentazione concordataria⁸⁷.

85 In questo senso, v.: LEGA, *Le commissioni interne di fabbrica secondo l'accordo interconfederale 8.5.1953*, in *Riv. dir. lav.*, 1955, 1, 66 e segg.; NATOLI, *La situazione attuale*, ecc., cit., pag. 65; PERA, *La posizione giuridica delle Commissioni interne di fabbrica*, in *Foro it.*, 1954, 1, 334.

86 SANTORO PASSARELLI, *Nozioni*, ecc., cit., pag. 32.

87 Nelle precedenti legislature furono presentate diverse proposte di legge sulle Commissioni interne. In particolare, ricordiamo la proposta n. 614 presentata il 26.1.1954 dall'On. Giuseppe Rapelli e quella n. 3506 presentata dagli On. Novella, Santi ed altri. Tali proposte sono decadute con la cessazione della legislatura. Recentemente, e precisamente in data 22 luglio 1958, gli On. Novella, Santi ed altri hanno nuovamente presentato la proposta di legge sulla Disciplina giuridica delle Commissioni interne, iscritta al n. 133. Questa proposta, come del resto – nelle sue linee essenziali – anche quella dell'On. Rapelli, definisce i compiti e le funzioni delle Commissioni interne, stabilisce le norme per le elezioni, per il funzionamento delle stesse e per la tutela dei suoi membri.

Riteniamo che sia altamente auspicabile una sollecita discussione in seno al Parlamento, in modo che le Commissioni interne abbiano finalmente una disciplina unitaria e valida per tutto il Paese; si risolveranno così agevolmente anche alcuni dei più dibattuti problemi giuridici attinenti a questo delicato argomento.

Sull'opportunità di regolamentare con una legge l'istituto della C.I. si vedano i pareri dei Proff. PERETTI GRIVA e NATOLI, pubblicati in *Rassegna sindacale*, 1958, pag. 204 e segg.

Funzioni che è opportuno rapidamente riassumere, quali risultano dall'accordo interconfederale 8 maggio 1953, tuttora vigente: *a)* controllo sull'applicazione dei contratti di lavoro e delle norme previste per l'igiene e la sicurezza del lavoro; *b)* attività per il componimento delle controversie individuali e collettive; *c)* formulazione di proposte per il miglioramento dell'organizzazione aziendale ed espressione preventiva di parere sui regolamenti interni.

Come si vede, si tratta di compiti molteplici, rispondenti peraltro ad un'unica finalità, che è quella di *una efficiente tutela sindacale del lavoratore all'interno dell'azienda*⁸⁸.

*

Questa essenziale funzione delle Commissioni interne è stata spesso travisata da una parte della dottrina, ravvisandosi nelle Commissioni interne il primo passo verso l'attuazione dell'art. 46 della Costituzione o identificando nei compiti di esse una essenziale finalità di collaborazione con l'imprenditore, pervenendo perfino a considerare le Commissioni interne come ausiliari dell'imprenditore⁸⁹.

Tutte queste concezioni non ci sembrano rispondenti alla natura ed alle funzioni reali delle Commissioni interne. Il richiamo all'art. 46 ci sembra fuor di luogo, in quanto la collaborazione alla gestione prevista da tale norma non può che consistere in una effettiva partecipazione delle rappresentanze dei lavoratori alla fase organizzativa ed alla determinazione dell'indirizzo produttivo dell'azienda; partecipazione che non dovrebbe essere realizzata a mero titolo consultivo e che – se mai – ha trovato una sua prima esplicazione nei Consigli di gestione, che sono sempre rimasti ben distinti dalle Commissioni interne.

Contro il riconoscimento giuridico delle C.I. si è invece espresso lo ZANGARI (*Legge, norma collettiva e contratto aziendale*, in *Dir. ec.*, 1958, pag. 475 e segg.) peraltro con argomenti tutt'altro che convincenti.

88 In questo senso, v. gli AA, citati in nota 54. Non si comprende, però, come questo riconoscimento si concili con l'affermazione del LEGA (ivi, pag. 69, n. 7) secondo la quale le C. I. non avrebbero il potere di svolgere attività di propaganda per uno sciopero.

89 Il BARASSI (*Dir. lav.*, cit., 1, 277) afferma addirittura che non si tratta di organismi sindacali. Il LEGA, il quale aveva riconosciuto l'essenziale finalità di tutela delle C.I., asserisce poi che il compito delle stesse è il mantenimento della pace aziendale e della collaborazione e precisa che esse devono agire sul piano della collaborazione e non sul piano della lotta di classe (loc. cit.); la SANSEVERINO, *Las Comisiones internas en Italia, Derecio trabajo*, 1949, 449, le considera come un organo di trapasso verso i Consigli di gestione.

La giurisprudenza, poi, tende ad escludere dai compiti delle C.I. proprio quelli essenziali e più corrispondenti alla funzione di tutela sindacale nell'interno dell'azienda. Così si tende in generale a negare alla C.I. il potere di svolgere propaganda per uno sciopero (App. Venezia, 16.9.1954 in *Orientamenti gjur. lav.*, 1954, 363; Coll. Arbitr. Napoli 31.7.1952 in *Riv. dir. lav.*, 1953, 2, 58; Coll. Arbitr. Parma, 16.10. 1954, in *Foro it.*, 1955, 1, 606).

Addirittura, il Collegio Arbitrale di Parma (15.10.1954, in *Orient. gjur. lav.*, 1954, 364) è arrivato ad affermare che in caso di mancanze, ai membri delle C.I. devono essere applicate sanzioni disciplinari più gravi, in quanto essi sono tenuti alla collaborazione con la direzione aziendale!

Quanto alla pretesa funzione di collaborazione, l'equivoco è stato per lo più determinato dalla dizione dell'art. 2 dell'accordo 8-5-1953, che appunto indicava come compito fondamentale della Commissione interna, quello "di concorrere a mantenere normali i rapporti tra i lavoratori e la Direzione dell'azienda, in uno spirito di collaborazione e di reciproca comprensione per il regolare svolgimento dell'attività produttiva." Nell'esame di questa formulazione non si è tenuto conto del fatto che i contratti collettivi contengono spesso formulazioni di questo tipo, consistenti più nella espressione di un auspicio che non nell'affermazione di un principio⁹⁰.

Basta infatti passare all'esame dell'elencazione delle funzioni della Commissione interna, contenuto nello stesso art. 2, per vedere come esse in effetti consistano nella rappresentanza del personale e nella sua tutela contro le eventuali inadempienze e contro gli eventuali abusi di potere del datore di lavoro. Il fatto che le Commissioni interne possano e debbano improntare la propria attività all'intento di superare gli antagonismi e di comporre le controversie individuali e collettive, non solo non contrasta con la natura essenzialmente sindacale delle loro funzioni, ma anzi è un'ulteriore specificazione di tale carattere.

In definitiva, anche i sindacati – quando stipulano un contratto collettivo – tendono a comporre una vertenza, ma nessuno penserebbe mai ad affermare che il loro principale compito sia quello di collaborare fra loro.

Come poi si sia potuta attribuire la natura di ausiliari dell'imprenditore alle Commissioni interne⁹¹, è veramente incomprensibile, poiché non vi è nessun momento della loro attività in cui una simile funzione organica possa essere riconosciuta.

*

Si deve dunque affermare che le Commissioni interne sono *organismi di schietta natura sindacale* e tali restano anche nei momenti in cui si verifica l'incontro della loro volontà con quella del datore di lavoro, come nel caso in cui sul regolamento aziendale predisposto da quest'ultimo la Commissione esprima parere favorevole⁹².

Né questa natura sindacale può essere contraddetta dalla mancanza di un potere caratteristico delle organizzazioni sindacali, quale è quello della stipulazione

90 In senso analogo, v. anche: PERA, *La posizione giuridica*, ecc., cit.

91 Così aveva ritenuto la Corte di Appello di Roma, con la sentenza 30.11.1951, successivamente annullata dalla Corte di Cassazione con la decisione ricordata in nota 53.

92 Sulla questione, v.: LEGA, *Le C.I. e i poteri disciplinari dell'imprenditore*, in *Riv. dir. lav.*, 1951, 185 (orientato nel senso della formazione di un contratto collettivo); VENTURA, *Natura e limiti dei regolamenti aziendali*, in *Riv. giur. lav.*, 1955, 1, 178. Il SANTORO PASSARELLI si limita a rilevare la tendenza all'attuazione della unilateralità del regolamento aziendale (Nozioni, ecc., ed. 1954, pag. 101).

di contratti collettivi, e dalla indipendenza delle Commissioni interne rispetto ai sindacati. Si tratta infatti di una normale ripartizione di competenze⁹³, che non può minimamente condurre ad uno snaturamento della essenziale funzione delle Commissioni interne: tanto più che l'uno e l'altro fenomeno sono dovuti non tanto ad una svalutazione dei compiti delle Commissioni interne, quanto piuttosto alla necessità di un loro rafforzamento. Infatti, il divieto di stipulare contratti collettivi è dovuto alla tradizionale diffidenza dei sindacati verso la contrattazione aziendale, e si risolve in un evidente vantaggio per le stesse Commissioni Interne che spesso si troverebbero a stipulare contratti in condizioni di inferiorità e comunque senza quella capacità di pressione che può derivare soltanto dalla rappresentanza di interessi molto numerosi e compatti.

L'indipendenza dai sindacati è poi determinata dal fatto che la Commissione interna deve rappresentare tutti i lavoratori appartenenti all'azienda, indipendentemente dalla loro adesione ai sindacati stessi; è chiaro che un collegamento stretto ed organico tra la Commissione interna ed i sindacati determinerebbe come conseguenza una riduzione del potere effettivo di rappresentanza della Commissione interna, limitandolo ai soli aderenti al sindacato.

Naturalmente, l'indipendenza dal sindacato va intesa in riferimento ai rapporti di natura organizzativa. Infatti, un completo distacco tra Commissioni interne e sindacati non sarebbe concepibile, posto che si tratta di organismi che perseguono le stesse finalità di tutela dei lavoratori, sia pure con diverse competenze e in diverso ambito. La Commissione interna non può ricevere ordini dal sindacato e tanto meno può impartirne ad esso; né può essere sottoposta ad alcun controllo circa la sua attività ed il suo funzionamento da parte di altri organismi sindacali.

Ma un collegamento diremo così funzionale deve pur sussistere, proprio perché nei rispettivi settori, le Commissioni interne ed i sindacati possano più efficientemente e senza contrasto svolgere la loro funzione di difesa degli interessi dei lavoratori.

*

Un grave problema che si è posto sul piano giuridico è quello relativo alla *natura della rappresentanza* di cui sono investite le Commissioni interne. Lo stesso fatto che esse debbano rappresentare tutti i lavoratori appartenenti all'azienda, indipendentemente dall'espressione della loro volontà, dimostra quanto il problema sia di difficile soluzione.

È infatti impossibile richiamarsi – *sic et simpliciter* – ai principi relativi alla rappresentanza sindacale, poiché questa è sempre e necessariamente rappresentanza di volontà.

⁹³ In questo senso, v. anche: PERA, *La posizione giuridica*, ecc., cit.

La dottrina, non abbondante in verità, che si è occupata del problema, lo ha variamente risolto, ricorrendo alla figura della rappresentanza di volontà⁹⁴, oppure ad una figura particolare di rappresentanza di interessi⁹⁵.

Una terza soluzione, molto suggestiva, è quella tendente a sostenere ancora la rappresentanza di volontà, ma realizzata sotto un profilo particolare e cioè mediante la stipulazione del contratto individuale di lavoro; in sostanza, l'accordo interconfederale entrerebbe a far parte della legge interna dell'azienda e il lavoratore ad essa aderirebbe con la stessa inserzione volontaria nella vita aziendale⁹⁶.

Questa soluzione suscita alcune perplessità per quel richiamo alla "legge interna dell'azienda," che non potrebbe essere giustificato altrimenti se non con il riconoscimento della natura istituzionale dell'impresa. Poiché – come abbiamo visto – la teoria istituzionale non può essere accolta, ci sembra che tutta la costruzione escogitata sia destinata a cadere.

D'altro lato, non poche perplessità vengono suscitate anche dal richiamo alla rappresentanza di interessi, che è una figura ben definita e precisa nel nostro diritto e riesce difficilmente concepibile quando non abbia come fonte la legge.

A nostro avviso, la rappresentanza di cui sono investite le Commissioni interne è pur sempre volontaria, in quanto tali organismi non vengono nominati dall'alto, ma vengono costituiti a mezzo di elezioni il cui regolamento è specificamente e dettagliatamente contenuto nell'accordo interconfederale 8-5-'53.

Tutti i lavoratori dell'azienda sono considerati elettori; quindi, tutti possono partecipare alla costituzione della Commissione interna, la quale risulta pertanto emanazione diretta della volontà dei lavoratori dell'azienda.

Si è posto il problema relativo ai lavoratori che non abbiano potuto prendere parte alle votazioni perché assenti o perché assunti successivamente⁹⁷. Sembra

94 Per la rappresentanza di volontà: NATOLI, *La situazione*, ecc., pag. 65; GIUGNI, *La disciplina interconfederale dei lic. nell'ind.* in *Riv. dir. lav.*, 1953, I, 201 c segg.; Pretore Monza 5.5.1948 in *Riv. giur. lav.*, 1949, 2, 22; Trib. Genova 24.4. 1953, in *Dir. lav.*, 1953, 2, 405; App. Napoli 4.10.1952, in *Orient. giur. lav.*, 1953, 249.

95 Per un tipo particolare di rapp. di interessi non derivante dalla legge: LEGA, *Le Commissioni interne*, ecc., cit. Il MANCINI, *Personale occupato nell'impresa e Commissione interna.* in *Dir. Econ.*, 1957, n. 10, parla di "organo fornito di rappresentanza necessaria", basato sulla comunione di interessi.

96 La tesi è del PERA, *La posizione giuridica*, ecc.; cit..

97 Sulla questione, v: LEGA, *op. cit.*, che la risolve in base agli usi aziendali. V. anche la sentenza 4.10.1952 della Corte d'Appello di Napoli (cit. in nota 62) che la risolve col ricorso all'istituto della ratifica e della *negotiorum gestio*; e la sentenza 24.4.1953 del Tribunale di Genova (*Dir. lav.*, 1953, 2, 405), che afferma che la pacifica e concorde applicazione degli accordi salariali stipulati dalla C.I. può essere considerata come accettazione degli stessi anche da parte dei lavoratori che non le hanno conferito un espresso mandato (occorre peraltro rilevare ancora una volta che la contrattazione collettiva è sottratta alla competenza delle Commissioni interne).

che per costoro si possa far riferimento a buon diritto all'istituto della *negotiorum gestio* e, in molti casi, a quello della ratifica.

Circa i lavoratori che si astengono volontariamente dal partecipare alle votazioni, c'è solo da rilevare che il fatto determinante è costituito dalla appartenenza al corpo elettorale; chi non usa del suo diritto di voto, non ha che da subire il vincolo della volontà espressa dalla maggioranza.

Quanto poi all'obiezione relativa alla esclusione dal corpo elettorale di alcuni lavoratori e cioè di quelli che sono tuttora in prova o di quelli che non hanno raggiunto i sedici anni (articolo 8 del Regolamento per le elezioni annesso all'accordo 8-5-1953), si può rilevare che nell'uno come nell'altro caso si tratta di lavoratori non ancora stabilmente inseriti nella organizzazione aziendale e per i quali quindi il problema della rappresentanza si pone soltanto indirettamente. Indubbiamente, la Commissione interna rappresenta tutti i lavoratori stabilmente inseriti nella organizzazione aziendale, che – per questa ragione – fanno parte del corpo elettorale e quindi vengono ad essere legati alla Commissione da un rapporto di mandato.

Naturalmente, bisogna presumere una coincidenza di interessi tra i lavoratori in prova ed i minori di sedici anni da un lato e tutto il resto delle maestranze dall'altro. È così che la Commissione interna, investita della rappresentanza volontaria della maggioranza dei lavoratori dell'azienda (anzi, si potrebbe dire più esattamente di tutti i lavoratori stabilmente inseriti nell'azienda), viene a tutelare indirettamente anche gli interessi di coloro che non le hanno conferito alcun mandato. Col raggiungimento dell'età di sedici anni e con l'assunzione in servizio dopo il periodo di prova, i lavoratori entreranno a far parte del corpo elettorale e quindi anche nei loro confronti la Commissione interna assumerà la natura di organo di rappresentanza volontaria.

Per concludere sull'argomento delle Commissioni interne, vi è da aggiungere che è previsto anche un complesso di garanzie per lo svolgimento della loro attività; garanzie che si estrinsecano, da un lato nell'obbligo per la direzione dell'azienda di non ostacolare tale attività, anzi di favorirla predisponendo un locale per le riunioni ed affiggendo all'ingresso dello stabilimento un albo per i comunicati sindacali; dall'altro, nel divieto di licenziare i membri delle Commissioni interne, fino a un anno dalla cessazione della carica, senza il nulla osta delle associazioni sindacali⁹⁸.

98 Sul divieto di licenziamento dei membri delle C.I. senza il nulla osta delle associazioni sindacali, v.: Trib. Varese 9.8.1952, in *Orient. giur. lav.*, 1953, 251; Trib. Napoli 4.2.1953, in *Dir. e giur.*, 1953, 155; App. Milano 17.7.1953, in *Orient. giur. lav.*, 1953, 391. In tutte queste sentenze si parla di nullità del licenziamento nonché di obbligo di riassunzione e di risarcimento danni. È da ricordare, a questo riguardo, che la Corte di Cass. (18.6.1955, n. 1897, in *Mass. giur. lav.*, 1956, 7) aveva ritenuto inestensibile ai membri di C.I. la protezione prevista dai contratti collettivi corporativi per i dirigenti sindacali.

Per contro, si deve precisare che l'attività delle Commissioni interne si deve svolgere senza creare intralci alla produzione ed al normale andamento del lavoro e che anche i membri delle Commissioni interne sono soggetti alle comuni norme contrattuali (art. 10 dell'accordo 8-5-1953). Il che è perfettamente naturale, dato che sarebbe inconcepibile che lo svolgimento dell'attività sindacale potesse impedire il normale funzionamento dell'impresa o potesse addirittura costituire delle situazioni di privilegio per i lavoratori eletti a far parte della Commissione interna⁹⁹.

⁹⁹ Per ulteriori contributi sulle varie questioni relative alle Commissioni interne, v.: BARSOTTI, *Le Commissioni interne*, in *Rassegna del lavoro*, 1958, pag. 25; DE TOMMASO, *Le elezioni delle Commissioni interne*, in *Dir. dell'ec.*, 1958, 3, 254 e segg. Per informazioni sulla situazione e sui problemi delle Commissioni interne in Italia, v.: VAIS, *Le Commissioni interne*, Ed. Riuniti, 1958.

Capitolo VII

I rapporti collettivi: b) l'azione sindacale diretta

Sommario: 1. Il diritto di sciopero – 2. La titolarità del potere di proclamazione – 3. Limiti oggettivi al diritto di sciopero – 4. Limiti soggettivi – 5. Limiti attinenti all'esercizio del diritto di sciopero – 6. La «non collaborazione» – 7. La serrata.

1. Il diritto di sciopero

L'azione sindacale diretta trova la sua prima e più rilevante esplicazione nello *sciopero*, il quale consiste nella astensione dal lavoro, realizzata da un certo numero di lavoratori, per la tutela di un interesse comune¹.

La posizione dello Stato nei confronti di questo fenomeno è caratterizzata direttamente dall'indirizzo politico generale dello Stato; così lo sciopero è normalmente vietato nello stato autoritario (sciopero-delitto), è permesso nello Stato liberale (sciopero-libertà) ed è infine addirittura protetto nello Stato cosiddetto sociale².

1 Dello sciopero sono state date numerose definizioni, per lo più assai somiglianti fra loro. Bisogna però rilevare che spesso la sola presenza di un aggettivo basta a modificarne profondamente la natura. In particolare, il SIMI definisce lo sciopero come “un'astensione dal lavoro temporanea di una pluralità di lavoratori” (*Dir. di sciopero*, Milano, 1956, pag. 19); il SANTORO [PASSARELLI], *Nozioni*, ecc., lo definisce come “l'astensione concertata dal lavoro per la tutela di un interesse professionale collettivo”; il BATTAGLINI, *Relazione sul tema “I mezzi di autodifesa e di azione diretta nella crisi della regolamentazione collettiva dei rapporti di lavoro”*, in *Atti del Convegno di studi sindacali di Stresa*, cit.) lo definisce come “sospensione collettiva della prestazione lavorativa da parte di un numero di lavoratori non inferiore a tre, che alla prestazione sarebbero tenuti per obbligo contrattuale”; lo STENDARDI, *Fondamento e limiti del diritto di sciopero*, in *Foro padano*, 1949, IV, 178, lo definisce come “astensione volontaria dal lavoro per fini economici”; il GASPARRI, *Elementi di diritto sindacale secondo la Costituzione*, Cagliari 1952, trae la definizione dello sciopero dalla dizione dell'art. 502 (il che ci sembra assai discutibile posto che il 502 è da considerarsi abrogato e non può costituire pertanto un sicuro punto di riferimento per un'esatta definizione).

2 Sulla situazione dello sciopero nei vari tipi di Stato, si veda in particolare: CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I, 221; SIMI, *Il diritto di sciopero*, cit., pag. 51.

Per la particolare situazione dello sciopero nel nuovo ordinamento italiano, v.: CALAMANDREI, *op. cit.*; NATOLI, *Legittimità dello sciopero e danno del datore di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 2, 88; SIMI, *Diritto di sciopero*, cit., pag. 51 e segg.; SANTORO [PASSARELLI], *Nozioni*, ecc., cit.: PERGOLESI, *Contratto collettivo e sciopero*, in *Dir. lav.*, 1950, 1, 297; ARDAU, *Lo sciopero e i servizi pubblici*, in *Dir. lav.*, 1955, 1, 172.

Con l'entrata in vigore della Costituzione italiana, lo sciopero ha assunto una posizione particolare nel nostro ordinamento, ricollegabile alla terza figura più sopra ipotizzata. In altre parole, lo Stato italiano non solo non vieta lo sciopero, ma non si limita neppure a tollerarlo; in armonia col sistema costituzionale che abbiamo cercato di delineare, lo sciopero viene considerato come il principale strumento di autotutela dei lavoratori e ad esso è riconosciuta una funzione che assume rilevanza generale nell'ambito dell'ordinamento vigente³.

La posizione così assunta dallo Stato si può intendere agevolmente ricollegando la norma dell'art. 40 a quella dell'art. 3 della Costituzione e richiamandosi ai principi generali della Carta Costituzionale: lo sciopero è così considerato in funzione eminentemente strumentale, in quanto esso costituisce uno dei mezzi più importanti attraverso i quali può realizzarsi quella sostanziale uguaglianza fra i cittadini che costituisce il massimo auspicio del sistema costituzionale. Ancora una volta, nel settore dei rapporti economici, lo Stato non interviene direttamente, ma costituisce una garanzia a favore dei lavoratori, la cui attuazione concreta è affidata alla loro stessa volontà.

Il compito dello Stato, al fine di contribuire al raggiungimento di un'effettiva uguaglianza, si limita a quello di porre le condizioni per l'esercizio dell'autotutela da parte del gruppo economicamente più debole. La garanzia del diritto di sciopero, l'obbligo assunto dallo Stato di non intervenire in alcun modo sull'esercizio di tale diritto, il mancato riconoscimento di un analogo strumento di azione sindacale alla parte contrapposta, costituiscono la base predisposta dallo Stato per la libera esplicazione dell'azione diretta da parte dei lavoratori.

Si comprende bene, sulla scorta di tali osservazioni, come in sostanza il riconoscimento dello sciopero come diritto di autotutela assuma anche un'altra funzione strumentale, corrispondente al generale principio di elevazione e di

Generalmente, da parte di questi AA., si ammette che lo sciopero nell'attuale ordinamento italiano, può considerarsi come "protetto" per usare un'efficace espressione del SICA; si deve però precisare che quest'ultimo A. espone poi una concezione del tutto particolare e certamente non condivisibile, fondata sul presupposto che l'art. 40 contenga una norma ad applicazione differita: in tal modo lo sciopero non costituirebbe più un delitto, ma determinerebbe pur sempre un illecito civile, fino a quando non verranno emanate le norme di attuazione dell'art. 40 (*Il diritto di sciopero nell'ord. cost.*, in *Rass. dir. pubb.*, 1950, 1, 121 e segg.).

3 Sullo sciopero come strumento di autotutela dei lavoratori: SIMI, *Diritto di sciopero*, cit., pag. 25 e 89; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni*, ecc., cit.; SICA, *Il diritto di sciopero*, ecc., cit., pag. 121 (il quale rileva esattamente il collegamento tra l'art. 40 e l'art. 3, 1 comma, della Costituzione); SIMI, *Il diritto di sciopero e il rapporto di pubblico impiego*, in *Riv. dir. lav.*, 1954, 38; NATOLI, *Legittimità dello sciopero*, cit. e *La situazione attuale*, ecc., cit., pag. 51. Il MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, pag. 283, ravvisa nello sciopero uno strumento di autotutela, ma poi finisce per svalutare completamente questa essenziale struttura del diritto di sciopero.

Si veda anche la decisione 8.5.1951 del Consiglio di Stato in A. plenaria, in *Riv. dir. lav.*, 1951, 2, 420, secondo la quale lo sciopero è uno strumento di "auto-tutela di interessi economici professionali": definizione esatta salvo l'equivoco che può insorgere, come vedremo, dagli aggettivi "economici" e "professionali".

progresso della personalità umana. Si esprime cioè il convincimento che attraverso l'esercizio dell'azione sindacale diretta, i lavoratori possano acquistare un'ulteriore coscienza delle proprie possibilità e possano quindi più agevolmente conquistarsi il diritto a quella partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese che è considerata dalla Costituzione come la meta principale da raggiungere.

Si avverte così la fondamentale importanza che deve essere attribuita al riconoscimento del diritto di sciopero, operato – come si è detto – non solo al fine del raggiungimento di un equilibrio tra i gruppi sociali contrapposti, ma anche al fine della elevazione della personalità del lavoratore. Se così non fosse, non si spiegherebbe la ragione per la quale lo Stato non interviene direttamente nell'ambito dei rapporti economici, ma affida alle parti non solo il compito di regolare tali rapporti, ma anche quello di comporre i conflitti.

Per questo, il diritto di sciopero è qualche cosa di più di una manifestazione particolare della libertà sindacale; esso costituisce al tempo stesso un attributo della personalità del cittadino-lavoratore, che, ponendosi accanto agli altri fondamentali diritti riconosciuti all'individuo dall'ordinamento, ne completa la figura e la posizione nella società attuale.

*

La natura giuridica del diritto di sciopero ha formato l'oggetto di attento studio da parte della dottrina e della giurisprudenza, fin dal momento in cui venne emanata la vigente Costituzione⁴.

La difficoltà principale per un'esatta configurazione giuridica di tale diritto deriva dalla sua natura multiforme, dal fatto che esso costituisce al tempo stesso una manifestazione individuale e collettiva, dal fatto che esso incide contemporaneamente su rapporti eminentemente collettivi e su rapporti squisitamente privati.

Si è parlato così da taluni di un diritto pubblico soggettivo⁵; da altri si è fatto riferimento alla categoria dei diritti soggettivi privati⁶; da altri ancora si è visto

4 La dottrina sull'argomento è veramente ricchissima. Non riteniamo opportuno richiamarla tutta in questa sede; di volta in volta, sui singoli problemi, ci riferiremo ai saggi dei vari AA. che si sono occupati della questione. Per altri riferimenti, rimandiamo al saggio bibliografico dell'ARISTA.

5 BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, 1949, pag. 311. Il SANTORO[PASSARELLI], parla di un diritto soggettivo collettivo, con tratti analoghi a quelli del diritto pubblico soggettivo.

6 MENGONI, *Limiti giuridici del diritto di sciopero*, in *Riv. dir. lav.*, 1949, 1, 246; [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, Roma, 1956, 423; SIMI, *Diritto di sciopero*, cit., pag. 106; oltre a tutta la dottrina che considera il diritto di sciopero sotto il profilo del diritto potestativo e che richiameremo nella sede opportuna.

nel diritto di sciopero un potere giuridico⁷; infine, vi è anche chi ha considerato questo diritto come uno *jus singulare*, facendolo rientrare nella vasta categoria dei cosiddetti diritti di eguaglianza sociale⁸.

Indubbiamente, la difficoltà di inquadrare nell'ordinamento vigente una figura singolare come quella del diritto di sciopero è veramente notevole. A nostro avviso, però, una soluzione del problema non può essere trovata se non tenendo conto strettamente della funzione che al diritto di sciopero viene assegnata nel nostro ordinamento. Sotto questo profilo, ci sembra evidente che si deve parlare di un *diritto soggettivo, riconosciuto al lavoratore per la tutela di un interesse collettivo*. È questa – a nostro avviso – la caratteristica particolare di questo diritto, nel quale si compenetra l'interesse del soggetto con quello di un gruppo omogeneo.

La prima manifestazione di questo diritto consiste nella posizione di un obbligo negativo per lo Stato, consistente nella astensione da ogni intervento che possa limitarlo, o condizionarlo. In questo senso può parlarsi del diritto di sciopero come di una garanzia riconosciuta al cittadino-lavoratore⁹.

La seconda manifestazione del diritto è quella inerente al rapporto di lavoro; il soggetto passivo, in questo caso, non è più lo Stato, ma il datore di lavoro; la sua posizione – come giustamente si è osservato¹⁰ – non si concreta in un dovere, ma in una *soggezione alla esplicazione del diritto stesso*. È quindi esatto ravvisare nel diritto di sciopero il contenuto del diritto potestativo, in quanto il titolare ha il potere di modificare una situazione giuridica di cui è parte un altro soggetto¹¹.

*

7 SICA, *Il diritto di sciopero*, ecc., cit.; ARDAU, *Note sullo sciopero di diritto comune, struttura e funzione*, in *Dir. ec.*, 1957, 2, 140; SCOTTO, *Le controversie collettive e il diritto di sciopero*, in *Atti del Convegno di studi sul progetto di legge per la disciplina giuridica dei rapporti di lavoro*, Milano, 1953, pag. 183; RABAGLIETTI, *I poteri discrezionali dei lavoratori nell'impresa come fondamento giuridico dello sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, 1, 11; CALAMANDREI, *Significato costituzionale*, ecc., cit.; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, *Dir. lav.*, 1954, 1, 205; DE SIMONE, *Natura giuridica del diritto di sciopero*, in *Riv. dir. lav.*, 1952, 2, 198 (il Mortati e il De Simone parlano però di un potere di natura essenzialmente pubblicistica).

V. anche la decisione 9.5.1951 del Consiglio di Stato (in *Riv. dir. lav.*, 1951, 2, 420) secondo la quale non si tratta di un diritto soggettivo nascente dal contratto, ma di un potere giuridico attribuito al lavoratore per l'autotutela degli interessi della sua categoria professionale.

8 [RIVA] SANSEVERINO, *Il diritto sindacale*, ecc., cit. pag. 424; SIMI, *Diritto di sciopero*, cit. pag. 83 e segg.; ESPOSITO, *Lo Stato e i Sindacati*, Saggio, cit. pag. 175.

9 In questo senso, in particolare: SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, ecc., cit.; CALAMANDREI, *Significato costituzionale*, ecc., cit.

10 NATOLI, *Legittimità dello sciopero*, ecc., cit.

11 Ravvisano nello sciopero un diritto potestativo: SANTORO [PASSARELLI], *Nozioni*, ecc., cit.; PERGOLESÌ, *Contratto collettivo e sciopero*, in *Dir. lav.*, 1950, 1, 297; MENGONI, *Limiti*, ecc., cit.; NATOLI, *Legittimità dello sciopero*, ecc., cit.; [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, cit. pag. 423; SIMI, *Diritto di sciopero*, cit. pag. 93 e segg. ed ivi altri riferimenti.

Il diritto di sciopero determina quindi da un lato un dovere di astensione da qualsiasi intervento, a carico dello Stato, dall'altro una situazione di soggezione a carico del datore di lavoro. Il primo aspetto attiene in un certo qual modo alla questione dei limiti del diritto di sciopero, della quale ci occuperemo più oltre.

Sul secondo aspetto vi sono invece alcune precisazioni da fare in questa sede.

La situazione di soggezione del datore di lavoro nei confronti dell'esercizio del diritto di sciopero si estrinseca principalmente in due forme: 1) Il datore di lavoro non può opporre alcuna eccezione di fronte ad un fatto (la mancata prestazione lavorativa) che di regola costituirebbe un'inadempienza da parte del lavoratore. Il diritto di sciopero agisce quindi sul rapporto di lavoro eliminando l'illiceità civile della condotta di una delle parti. Correlativamente, il datore di lavoro ha il diritto di non corrispondere la retribuzione, non tanto in virtù del principio contenuto nell'art. 1460 del Codice Civile quanto piuttosto in relazione alla natura del rapporto a prestazioni corrispettive. Le obbligazioni essenziali vengono così ad essere sospese. Non sembra esatto peraltro parlare di sospensione del rapporto, come si fa comunemente, in quanto in effetti il rapporto rimane inalterato¹². Infatti, il periodo di sciopero non può essere escluso dal computo della indennità di anzianità; inoltre, si mantiene anche durante questo periodo il diritto del lavoratore ad alcuni compensi (come la gratifica natalizia e le festività) che non sono strettamente connessi con l'effettiva prestazione lavorativa¹³^{12bis}. Il datore di lavoro non può opporre ostacoli all'esercizio del diritto di sciopero. Si pone in particolare il problema relativo alla possibilità per l'imprenditore di assumere altri lavoratori durante il periodo di sciopero. Si è rilevato che sussistendo la libertà di lavorare ed essendo riconosciuta come libera

12 Parlano di sospensione del rapporto: SIMI, *Diritto di sciopero*, cit., pag. 153-154 e 217 (con altri riferimenti); [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, cit., pag. 448; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni*, ecc. cit.; MAZZONI, *Il contratto di lavoro nel sistema del diritto italiano*, 1952, Firenze; ARDAU, *Note sullo sciopero di diritto comune*, cit.

In tal senso, in giurisprudenza: Cass. civ. 4.3.1952, n. 584, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 2, 88; Consiglio di Stato 8.5.1951, in *Riv. dir. lav.*, 1951, 2, 420.

Per una acuta precisazione del concetto: LYON-CAEN, *Il diritto di sciopero e il contratto individuale di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 1, 54. Ritengono invece che non si possa parlare di una sospensione del rapporto, ma bensì di sospensione di alcune obbligazioni del medesimo: CALAMANDREI, *Significato costituzionale*, ecc.; NATOLI, *La Costituzione e il progetto di legge sindacale*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, 1, 93 ed anche *La situazione attuale*, ecc., cit., pag. 56-57.

13^{12bis} Per la verità, il nostro assunto è tutt'altro che pacifico. In senso conforme: Coll. Arbitrale Firenze 9.11.1951, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 2, 350, con nota adesiva di TORRENTE. In senso contrario, sempre in nota a detta decisione: ARDAU, in *Giur. it.*, 1952, 2, 413; PAPESCHI, in *Foro pad.*, 1952, 1, 357. *Contra*, anche App. Milano 7.7.1954, in *Mass. giur. lav.*, 1954, 172. In un suo recente studio sulla gratifica natalizia (*Osservazioni sulla grat. nat.*, in *Dir. ec.*, 1958, pag. 135), la RIVA SANSEVERINO sostiene che in caso di partecipazione del lavoratore ad uno sciopero, non solo rimane sospeso il diritto alla retribuzione, ma resta altresì sospeso il decorso dell'anzianità.

l'iniziativa economica privata, il datore di lavoro non può essere privato della facoltà di provvedere al regolare svolgimento dell'attività produttiva¹⁴.

Contro tale assunto si può peraltro obiettare in primo luogo che la libertà d'iniziativa privata è assoggettata ad alcuni limiti ed in particolare a quello del rispetto della sicurezza, dignità e libertà del lavoratore; il diritto di sciopero attiene proprio a questi attributi fondamentali della personalità del lavoratore, per cui ogni azione che in qualche modo tenda ad ostacolarne l'esercizio ovvero a neutralizzarne gli effetti, non può che essere considerata illecita.

In secondo luogo, la stessa libertà di lavorare trova un limite nel diritto di sciopero; d'altra parte, il problema che si pone non è tanto quello della libertà dei cosiddetti *crumiri* di lavorare, quanto quello della libertà dell'imprenditore di assumerli. Infine, se il rapporto di lavoro non è sospeso, ma sono sospese soltanto le obbligazioni fondamentali, non si vede come il datore di lavoro possa assumere altri dipendenti in luogo di quelli ai quali è tuttora legato da un rapporto che non può neppure considerarsi in stato di quiescenza¹⁵.

Altra questione che si pone in relazione alla soggezione del datore di lavoro di fronte all'esercizio del diritto di sciopero, è quella relativa ai suoi poteri. È naturale che il riconoscimento costituzionale del diritto di sciopero esclude la possibilità per il datore di applicare sanzioni disciplinari a lavoratori scioperanti. Ma deve altresì essere esclusa la possibilità di disporre licenziamenti non solo per giusta causa, ma anche *ad nutum*, durante il periodo di sciopero. L'esplicazione del potere di recesso in tale periodo sarebbe infatti accompagnata da una presunzione di illegittimità, costituendo un'evidente rappresaglia contro un'azione riconosciuta come lecita dall'ordinamento¹⁶.

2. La titolarità del potere di proclamazione

Dal presupposto che l'art. 40 sia strettamente collegato con l'art. 39 della Costituzione, buona parte della dottrina ha dedotto la conseguenza che lo sciopero non può essere proclamato da un gruppo occasionale di lavoratori, ma

14 Ammettono la possibilità per il datore di lavoro di assumere i cosiddetti "crumiri": ARDAU, *Note sullo sciopero*, ecc., cit., pag. 453; [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, cit. pag. 452; SIMI, *Diritto di sciopero*, cit., pag. 153; PERGOLESÌ, *Contratto collettivo e sciopero*, in *Dir. lav.*, 1950, 1, 302; AULETTA, *Diritto di sciopero*, in *Dir. e giur.*, 1950, 343.

15 Contestano la possibilità di assunzione di "crumiri": SANTORO PASSARELLI, *Autonomia*, ecc., cit., pag. 161; NATOLI, *La situazione*, ecc., cit., pag. 52; LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione*, 1950, 1, 470; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pag. 58.

16 Nel senso del testo: ARDAU, *Note sullo sciopero*, ecc., cit., pag. 451; NATOLI, *Legittimità dello sciopero*, ecc., cit.; SIMI, *Diritto di sciopero*, cit., pag. 216 e 225; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit.; CALAMANDREI, *Significato costituzionale*, ecc., cit., pag. 241; *contra*: MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit. pag. 276 nota 63; PERGOLESÌ, in *Dir. lav.*, 1950, 1, 302.

deve necessariamente essere deciso dalle organizzazioni sindacali¹⁷; secondo altri, poi, tali associazioni non possono essere che quelle registrate¹⁸; secondo altri, addirittura, la proclamazione potrebbe essere effettuata esclusivamente dalle rappresentanze unitarie¹⁹.

In realtà, l'art. 40 è da ritenersi collegato all'art. 39 soltanto per ciò che attiene al riferimento alla libertà sindacale, di cui lo sciopero costituisce pur sempre una manifestazione. Ma non ci sembra sussistente il preteso rapporto tra l'art. 40 e l'ultima parte dell'art. 39, poiché la Costituzione non lascia minimamente intravedere un simile collegamento ed anche dal punto di vista logico non vediamo argomenti validi ad affermarlo²⁰.

In realtà, lo sciopero – come abbiamo visto – costituisce essenzialmente un diritto attribuito individualmente al cittadino-lavoratore, per la tutela di un interesse suo proprio coincidente con analogo interesse di una collettività. Ogni volta che si verifica tale coincidenza di interessi, si realizza l'unico presupposto essenziale per la proclamazione dello sciopero. Attribuire il potere di decisione ai sindacati e per di più soltanto a quelli registrati, significherebbe negare il diritto di sciopero a quei lavoratori che non aderiscono ad alcun sindacato; e poiché la libertà sindacale comprende ovviamente anche la libertà di non associarsi, è chiaro che si introdurrebbe in questo modo un limite assolutamente illegittimo a diritti costituzionalmente sanciti e come tali non condizionabili né dalla volontà dei soggetti, né da quella del legislatore ordinario.

Né ci sembra esatta l'affermazione secondo la quale la valutazione della sussistenza dell'interesse collettivo potrebbe competere esclusivamente al sindacato che ha stipulato il contratto²¹; può darsi infatti che l'interesse collettivo, per il quale si muovono i lavoratori sia indipendente dalle clausole contrattuali o tenda alla stipulazione di nuove condizioni o si riferisca ad un esercizio abusivo dei poteri dell'imprenditore. In tutti questi casi (e si potrebbe ad essi aggiungere il caso dello sciopero di solidarietà), la valutazione dell'interesse non ha alcun rapporto col contratto collettivo e non vi è quindi ragione per ritenere abilitato ad effettuarla soltanto il sindacato stipulante.

17 GIULIANO, *Associazioni sindacali*, cit., vol. 1°, pag. 78; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pag. 205.

18 MENGONI, *Limiti*, ecc., cit.; PALERMO, *Manuale*, ecc., cit., vol. 1°, pag. 466.

19 PERGOLES, *Contratto collettivo e sciopero*, cit.

20 Il GIULIANO, *Associazioni sindacali e contratti collettivi*, cit., vol. 1°, pag. 76, ravvisa il collegamento dell'art. 40 soltanto col primo comma dell'art. 39, in quanto il diritto di sciopero è una manifestazione della libertà sindacale. Non vedono invece nessun collegamento tra le due norme, il NATOLI, *La Costituzione e il progetto*, ecc., cit. 1954, 1, 83 e il SIMI, *Diritto di sciopero*, cit., pag. 98. Vede invece una certa correlazione tra le due norme, il MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pag. 204.

21 In tal senso, v.: SICA, *Il diritto di sciopero*, ecc., cit., pag. 137. Peraltro, l'A. ha chiarito ulteriormente il suo pensiero nel volume più volte citato *Le Associazioni nella Costituzione*, pag. 96 e segg., precisando che “è da rilevare una tendenza del sistema per l'immediata relazione funzionale dello sciopero con l'attività e i fini attribuiti alla organizzazione sindacale”.

Del resto, il problema si ripresenta in qualsiasi ipotesi di sciopero; è sempre il gruppo collegato dall'interesse comune, che provvede a compiere la valutazione e quindi ad assumere la decisione ritenuta opportuna. Di regola, sono gli stessi lavoratori ad affidare la decisione al sindacato; ma si tratta di una prassi derivante esclusivamente da ragioni di opportunità sindacale e priva di qualsiasi rilevanza agli effetti giuridici.

Concludiamo quindi nel senso che lo sciopero può essere proclamato *da qualsiasi coalizione, anche occasionale, dei lavoratori*²². Per gli stessi motivi suesposti, riteniamo sia da rispondere affermativamente anche al quesito se le Commissioni interne siano abilitate a dichiarare lo sciopero; non esistendo e non potendo esistere alcun divieto in questo senso, e dovendosi le Commissioni suindicate considerare come organi di collegamento e di rappresentanza dei lavoratori, esse potranno legittimamente esprimere la loro volontà anche nella fase dichiarativa dello sciopero²³.

Dobbiamo soltanto aggiungere, per completezza su questo punto, che gli argomenti suesposti valgono anche nei confronti della futura legge sindacale: se infatti il citato limite al potere di proclamazione dello sciopero deve considerarsi come illegittimo e anticonstituzionale, è logico che esso non possa essere introdotto da una legge ordinaria. Pertanto, sarebbero senza dubbio illegittime le disposizioni della futura legge sindacale che condizionassero l'esercizio dello sciopero alla proclamazione da parte dei sindacati registrati o delle rappresentanze unitarie²⁴.

3. Limiti oggettivi al diritto di sciopero

Il concetto di diritto non è dissociabile da quello di limite, ché altrimenti si cadrebbe nell'arbitrio. Difficile peraltro è il problema della individuazione concreta dei limiti che possono essere posti ad un diritto, specialmente quando si tratti di un diritto costituzionalmente sancito. Infatti, la previsione di limiti inerenti al contenuto del diritto si risolve in una negazione del diritto stesso e quindi deve essere considerata inconcepibile; sotto questo profilo l'unico limite ipotizzabile è quello costituito oggettivamente dalla collocazione del diritto in

22 Sono favorevoli a questa conclusione: SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, ecc., cit., pag. 138 e segg.; AMADUZZI, *Natura e limiti del diritto di sciopero*, in *Archivio giuridico Serafini*, Modena 1950, pag. 104 e segg.; ARDAU, *Note sullo sciopero di diritto comune*, ecc., cit., pag. 140; RABAGLIETTI, *I poteri discrezionali*, ecc., cit., pag. 11 e segg.; SEVERINO, *I conflitti di lavoro e l'azione sindacale diretta*, in *Dir. lav.*, 1950, 1, 358; ESPOSITO, *Lo stato e i sindacati*, *Saggi*, cit.; MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, cit., cap. VII; SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, cit., pag. 436.

23 In questo senso: ARDAU, *Note sullo sciopero*, ecc., cit.

24 Il SANTORO [PASSARELLI], *Nozioni*, ecc., cit., invece sembra ammettere la possibilità, per la futura legge sindacale, di attribuire il potere di proclamazione alle sole associazioni registrate.

un ordinamento giuridico e quindi dalla necessità di coesistenza del medesimo con gli altri diritti riconosciuti dall'ordinamento stesso.

Altre concrete limitazioni potranno riferirsi all'esercizio del diritto, ma non al suo contenuto.

Questi principi sono strettamente applicabili al diritto di sciopero, non solo per la sua natura giuridica, ma anche e soprattutto per il fatto che lo stesso legislatore costituente si è apertamente richiamato ad essi nel formulare la norma dell'art. 40, che testualmente afferma che "il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano." Dalla stessa formulazione dell'art. 40 risulta che il richiamo alla legislazione ordinaria si riferisce esclusivamente all'esercizio del diritto e non al suo contenuto²⁵.

Il che significa che è vietato all'interprete come al legislatore ordinario di prevedere limiti del diritto di sciopero che non siano strettamente attinenti alle modalità di esercizio dello stesso.

Di questo avviso non si è peraltro mostrata buona parte della dottrina e della giurisprudenza. Di volta in volta sono stati affermati come esistenti fin d'ora, o rimessi all'opera del legislatore ordinario, dei limiti al diritto di sciopero che incidono sulla sostanza e sul contenuto del diritto. Anche quando si parla di limiti all'esercizio del diritto, si suole spesso far riferimento a limitazioni tali da diminuire e talvolta addirittura sopprimere la portata concreta del diritto in questione. È opportuno quindi esaminare il problema con riferimento separato ai limiti oggettivi, ai limiti soggettivi ed ai limiti di esercizio del diritto di sciopero.

*

Per quanto riguarda i limiti oggettivi, è noto che sono state sollevate numerose questioni attinenti alla funzione attribuita al diritto di sciopero, alla collocazione dell'art. 40, alla distinzione tra controversie economiche e controversie giuridiche ed infine alle varie forme e finalità che possono essere assunte dallo sciopero.

25 In questo senso, senza riserve: SICA, *Il diritto di sciopero*, ecc., cit.; NATOLI, *La Costituzione e il progetto sindacale*, cit., 1954, 1, 83, ed anche *La situazione attuale*, ecc., cit., pag. 47; GASPARRI, *Elementi di diritto sindacale*, ecc., cit., pag. 93. Altri AA. affermano lo stesso principio, peraltro con riserve più o meno esplicite, che ne sminuiscono spesso in modo rilevante la portata. Così: SANTORO PASSARELLI, *Autonomia*, ecc., cit., il quale fa salvi i limiti coesistenziali dello sciopero, quali il fine della tutela professionale e l'attinenza al rapporto di lavoro subordinato; il che poi lo porta ad escludere la liceità dello sciopero politico, di quello di solidarietà e di quello effettuato da lavoratori non subordinati; BATTAGLINI, *I mezzi di autodifesa*, ecc., cit., il quale poi afferma l'esistenza di una serie di limiti sostanziali; MENGONI, *Limiti*, ecc., cit., il quale sostiene che i limiti derivano dalla funzione per cui è stato attribuito il diritto; SIMI, *Il diritto di sciopero*, cit., pag. 141, per il quale vi è un limite intrinseco consistente nel fatto che la pretesa deve essere inerente allo status di lavoratore.

Lo sciopero è stato per lo più concepito come un'astensione dal lavoro, realizzata per la tutela di interessi economici collettivi. Da tale impostazione si è dedotta la conseguenza che solo lo sciopero determinato da motivi rigorosamente economici potrebbe essere considerato lecito. Il primo limite al diritto di sciopero scaturirebbe quindi dalla stessa funzione ad esso attribuita dall'ordinamento. L'argomento principale che si pone a sostegno di questa tesi è quello relativo alla collocazione dell'art. 40 nel titolo terzo della Costituzione, che riguarda i rapporti economici²⁶.

Bisogna precisare subito che la causa giuridica dello sciopero non è altro che l'autotutela di un interesse collettivo; come abbiamo visto, l'ordinamento riconosce il diritto di sciopero al duplice fine di assicurare un'effettiva uguaglianza tra i cittadini e di potenziare e sviluppare compiutamente la personalità umana. La funzione dello sciopero si svolge dunque essenzialmente nell'ambito dei rapporti economici, ma investe spesso l'intera vita nazionale, in quanto l'esercizio del diritto relativo viene considerato corrispondente ad un interesse di carattere generale che lo Stato intende tutelare. Questo solo fatto dimostra come la causa giuridica dello sciopero non tolleri limitazioni di natura oggettiva e come la funzione dello sciopero si espliciti e si realizzi ogni volta che vi sia un interesse collettivo, comune cioè ad un gruppo di lavoratori, da difendere e tutelare.

Del resto, nella società moderna, il concetto di rapporto economico non può mai essere dissociato da quello di rapporto politico²⁷. In uno Stato che non si disinteressa dei rapporti economici tra i cittadini, ma pone in essere le condizioni perché essi possano svolgersi in una direzione ritenuta corrispondente all'interesse generale, è chiaro che l'economia e la politica non possono mai procedere del tutto separate.

Per di più abbiamo avuto già occasione di rilevare come nella società attuale, i rapporti di lavoro siano influenzati direttamente dalla situazione generale e

26 Sostengono la liceità del solo sciopero "economico": SANTORO PASSARELLI, *Saggi* citati; PERGOLESI, *Contratto collettivo e sciopero*; cit.; BATTAGLINI, *I mezzi di autodifesa*, ecc., cit.; SICA, *Il diritto di sciopero*, ecc., cit.; AMADUZZI, *Natura e limiti*, ecc., cit.; GASPARRI, *Elementi di diritto sindacale*, ecc., cit.; MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, cit., pag. 281; [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, cit., pag. 427 (la quale peraltro concepisce l'aggettivo "economico" in senso piuttosto lato).

Per lo STENDARDI, *Fondamento e limiti*, ecc., cit., lo sciopero non economico costituisce addirittura reato.

Il MENGONI, *Limiti*, ecc., cit., non considera lecito neppure ogni sciopero a fini contrattuali, ma solo quello diretto ad ottenere nuove condizioni di lavoro, ovvero ad impedirne la modificazione; per di più, sostiene che non può essere proclamato lo sciopero se non dopo scaduto il contratto collettivo di cui si chiede la modifica.

Non occorre rilevare come, secondo tali concezioni, il diritto di sciopero si riduca a ben poca cosa.

27 CALAMANDREI, *Significato costituzionale*, ecc., pag. 221. In un certo modo, riconosce la validità di tale principio anche la [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, pag. 428, la quale fornisce un'interpretazione estensiva ed a nostro avviso esatta del concetto di interesse professionale, includendovi anche la tutela e la valorizzazione della classe lavoratrice in quanto tale.

come lo svolgimento di tali rapporti eserciti a sua volta una influenza spesso decisiva sullo stesso indirizzo politico generale del Paese. Questo processo di politicizzazione dei rapporti economici è un fenomeno presente in qualunque tipo di società; ma assume negli Stati moderni una rilevanza ed una portata veramente eccezionali, che non possono essere ignorate né sottovalutate, senza chiudere gli occhi di fronte ad una prepotente realtà.

Il fenomeno— è chiaro — interessa anche l'ordinamento giuridico ed investe i suoi più importanti istituti. Il diritto di sciopero non può essere analizzato ed interpretato adeguatamente se non si tiene conto anche di questo aspetto della società attuale.

Sotto questo profilo, ci sembra che non abbia significato il riconoscere una funzione meramente economica allo sciopero. Né vediamo chi potrebbe stabilire la distinzione in concreto tra uno sciopero economico ed uno sciopero politico. Ogni controversia collettiva economica ha in sé degli aspetti politici, che le danno un'importanza ed un significato del tutto particolari. Se la controversia si trasferisce sul terreno dell'azione diretta, non si può parlare di sciopero economico senza limitarne la portata, il significato, le conseguenze.

Così, al tempo stesso, un'astensione collettiva dal lavoro per protesta contro un provvedimento finanziario adottato dal Governo, non può essere considerata come una manifestazione di mero carattere politico, perché i lavoratori scioperanti provvedono anche alla tutela di un comune interesse al mantenimento di salari equi o alla conservazione del reale potere di acquisto della moneta e cioè alla difesa di interessi la cui natura economica non potrebbe sicuramente essere contestata.

*

Queste considerazioni escludono a nostro avviso la possibilità di considerare come illecito lo sciopero cosiddetto politico, il quale non è che un aspetto del diritto di sciopero riconosciuto in modo generale dall'art. 40²⁸.

28 Si esprime a favore della liceità dello sciopero politico: NATOLI, *La situazione*, ecc., cit., pag. 42 e 49, ed anche *Legittimità*, ecc., cit. In certo qual modo sembra ammetterlo la [RIVA] SANSEVERINO, sia pure con qualche riserva, *Diritto sindacale*, pag. 428-430. Contro la liceità dello sciopero politico sono invece la dottrina e la giurisprudenza dominanti: SANTORO PASSARELLI, *Nozioni*, ecc., cit.; ARDAU, *Note sullo sciopero*, ecc., cit.; MENGONI, *Limiti*, ecc., cit.; SCORRO, *Le controversie collettive*, ecc., cit.; RABAGLIETTI, *I poteri discrezionali*, ecc., cit.; MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, cit.; PALERMO, *Manuale*, ecc. (cit.), vol. 1°, pag. 469.

In generale, questi AA. affermano l'illiceità dello sciopero politico soltanto dal punto di vista civilistico. Il SERMONTI, invece, *Illegittimità dello sciopero politico*, in *Mass. giur. lav.*, 1953, 13, sostiene che per lo sciopero politico è tuttora applicabile l'art. 502 C.P.

Altri AA. (SIMI, *Diritto di sciopero*, cit., pag. 191; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pag. 211), pur escludendo lo sciopero politico dalla fattispecie prevista dall'art. 40, ritengono che esso rientri nella categoria dei diritti di resistenza. Per la giurisprudenza contraria alla liceità dello sciopero politico, v.: Cass. civ. 24.2. 1951, in *Foro it.*, 1951, 2, 97; App. Milano 19.11.1953, in

Vero è che da parte di qualche Autore si è ritenuto di poter escludere perfino che lo sciopero politico possa considerarsi come uno sciopero vero e proprio²⁹. Ma le considerazioni suesposte valgono anche a confutare tale assunto, per il quale lo sciopero politico consisterebbe in una mera astensione dal lavoro, non rilevante per l'ordinamento giuridico e non riconducibile alla fattispecie prevista dall'art. 40. Lo sciopero politico – consistendo in una astensione collettiva dal lavoro per la difesa di un interesse comune – appare perfettamente lecito, in quanto rientra direttamente nella previsione della norma costituzionale.

Del resto, a nostro avviso, non è neppure corretta la collocazione di aggettivi accanto allo sciopero inteso in senso giuridico. Le distinzioni possono essere utilizzate soltanto per comodità e semplicità di esposizione, ma contestiamo che ad esse possa ascriversi una qualche giuridica rilevanza. Per il nostro ordinamento esiste il diritto di sciopero, che si riferisce alla astensione collettiva dal lavoro; e poiché la norma costituzionale non fornisce alcun criterio per una distinzione fra vari tipi di sciopero, ci sembra che non possa essere rimessa all'interprete la facoltà di spezzettare l'unica fattispecie prevista dall'ordinamento, istituendo una casistica nella quale soltanto alcuni tipi di astensione dal lavoro potrebbero essere considerati come leciti.

*

Per le stesse ragioni, non può essere accolta, a nostro parere, la diffusa distinzione tra *controversie giuridiche* e *controversie economiche*, dalla quale deriverebbe un ulteriore limite oggettivo al diritto di sciopero potendosi considerare lecita solo l'astensione del lavoro determinata da una controversia economica³⁰.

In realtà, se la funzione dello sciopero è quella di autotutela di un interesse collettivo, è chiaro che essa si realizza sia nel caso in cui lo sciopero derivi da una controversia per la stipulazione di nuovi patti di lavoro, sia nel caso in cui esso tenda a realizzare l'osservanza ed il rispetto di un contratto collettivo vigente o ad assicurarne un'interpretazione ed una applicazione favorevoli ai lavoratori.

Si è detto, a questo riguardo, che lo sciopero di quest'ultimo tipo si risolverebbe in una negazione della funzione giudiziaria; i lavoratori, in sostanza, si farebbero giustizia da sé, realizzando una specie di esercizio arbitrario delle proprie ragioni. Questa concezione parte dal presupposto – a nostro avviso,

Rep. Foro It., 1954, voce "lavoro" n. 567; Consiglio di Stato 20.10.1954, n. 671, in *Il Consiglio di Stato*, 1954, 1, 1024; *Id.* 14.3.1955, in *Dir. lav.*, 1955, 2, 212.

29 Questa ardita concezione è dell'ARDAU, *Una contraddizione in termini: lo sciopero politico*, in *Atti del Convegno di studi sul progetto di legge per la disciplina giuridica dei rapporti di lavoro*, Milano, 1953, pag. 232.

30 Questa distinzione, introdotta, se non andiamo errati, dal SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia*, ecc., cit., ha avuto una certa fortuna ed è stata accolta da buona parte della dottrina, della quale ricordiamo in particolare: PERGOLESI, *Contratto collettivo e sciopero*, cit.; SCOTTO, *Le controversie collettive*, ecc., cit.

errato – che lo sciopero sia stato riconosciuto come diritto solo per la tutela di interessi non esperibili davanti all'Autorità Giudiziaria.

La verità è invece che il diritto di sciopero è stato riconosciuto senza alcuna limitazione di contenuto, sì da potersi attuare ogni volta che i lavoratori ravvisino la necessità di provvedere – con l'azione diretta – alla tutela di un loro interesse o di un loro diritto. La scelta tra le azioni realizzabili per la difesa di questo interesse collettivo è rimessa alla valutazione dei lavoratori che hanno in comune l'interesse minacciato. Il che significa che nella scelta dell'azione diretta, anche nel caso di controversia sull'interpretazione o sull'applicazione di norme del contratto collettivo, non può ravvisarsi nessuna violazione dei poteri dell'Autorità Giudiziaria. Lo sciopero agisce fondamentalmente come mezzo di pressione sulla parte opposta: è chiaro che tale funzione è perfettamente ravvisabile anche nella contrastata ipotesi di cui ci occupiamo³¹.

Un'interessante tesi intermedia è quella del Battaglini³², secondo la quale l'illiceità dello sciopero relativo alle controversie cosiddette giuridiche, si limiterebbe ai casi in cui un'azione giudiziaria o arbitrale sia stata già instaurata.

Tale soluzione ci sembra accettabile, in quanto non intacca il fondamentale principio della libertà di scelta tra l'azione giudiziaria e l'azione sindacale diretta; principio che deve restare fermo in ogni caso e che non può essere sottoposto a limitazioni né legali né convenzionali.

*

Altre questioni – sempre in sede di limiti oggettivi al diritto di sciopero – sono state sollevate a proposito dello *sciopero di solidarietà, dello sciopero di protesta o di altre figure affini*. Le conclusioni cui siamo pervenuti più sopra si attagliano anche a queste ipotesi. Lo sciopero di protesta, come lo sciopero di solidarietà³³, trovano il loro fondamento e la loro causa nella tutela di un interesse collettivo;

31 In questo senso e contro la distinzione tra controversie economiche e controversie giuridiche: ARDAU, *Note sullo sciopero*, ecc., cit.; NATOLI, *La situazione attuale*, ecc., cit., pag. 49. Anche il SIMI, *Diritto di sciopero*, cit., pag. 202, avverte la gravità della limitazione al diritto di sciopero che si introduce con la cennata distinzione.

32 *Atti del Convegno di studi sindacali di Stresa*, cit.

33 Sono contrari alla liceità dello sciopero di protesta e dello sciopero di solidarietà: SANTORO PASSARELLI, *Autonomia*, ecc., cit.; SCOTTO, *Le controversie*, ecc., cit. Altri AA. ammettono lo sciopero di solidarietà solo quando la pretesa si ponga sul piano dell'interesse comune: SIMI, *Diritto di sciopero*, cit., pag. 200; ARDAU, *Note allo sciopero*, ecc., cit.; MENGONI, *Limiti*, ecc., cit.; [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, cit., pag. 428. Ammettono in ogni caso sia lo sciopero di protesta che quello di solidarietà: BATTAGLINI, *Atti Convegno Stresa*; AMADUZZI, *Natura e limiti*, ecc., cit.; NATOLI, *Legittimità dello sciopero*, ecc., cit.

Un'interessante sentenza della Pretura di Milano (30.4.1955, in *Riv. giur. lav.*, 1956, 2, 169) ha riconosciuto legittimo lo sciopero di protesta contro la violazione da parte del datore di lavoro degli obblighi previsti dall'art. 2087 C.C. Per contro, il Consiglio di Stato, con decisione 6 nov. 1957, ha dichiarato illecito lo sciopero di solidarietà (*Mass. giur. lav.*, 1958, pag. 10).

infatti, il licenziamento di un lavoratore per motivi politici o di un dirigente sindacale per rappresaglia, non può essere considerato come un fatto individuale, irrilevante per la collettività dei lavoratori.

L'esercizio abusivo del potere direttivo dell'imprenditore, interessa ovviamente tutte le maestranze, che sanno che analoghi provvedimenti potranno essere adottati in seguito se non si svilupperà un'efficiente azione sindacale di solidarietà e di protesta.

Sotto questo profilo, non appare dunque contestabile la legittimità di questi tipi di sciopero, per i quali – fra l'altro – la finalità economica (anche se solo indirettamente) assume una particolare evidenza.

*

Un'ultima questione è stata sollevata relativamente al tipo di rapporto di lavoro al quale può riferirsi lo sciopero lecito; si è sostenuto, in sostanza, che *il diritto di sciopero sussisterebbe soltanto nei rapporti di lavoro a tempo indeterminato*³⁴, in quanto il legislatore può aver voluto la compressione dell'interesse del datore di lavoro, ma non il completo sacrificio del medesimo.

Questa tesi ci sembra piuttosto azzardata, in quanto il legislatore costituente non si è occupato minimamente del danno che il datore di lavoro può trovarsi a subire a seguito dello sciopero delle maestranze³⁵. Anzi, bisogna tener presente che lo sciopero, per costituire un efficiente mezzo di pressione, deve inevitabilmente procurare un danno alla controparte; diversamente, esso sarebbe privo di qualsiasi efficacia. Una graduazione del danno cui può essere sottoposto il datore di lavoro non è concepibile per evidenti ragioni, dovendosi in ogni caso ricondurre la posizione del datore a quella di stato di soggezione di fronte all'esercizio del diritto di sciopero al quale abbiamo accennato più sopra.

Si può quindi concludere la nostra disamina, *escludendo che il diritto di sciopero possa essere sottoposto a qualunque limite di natura obiettiva*, sia da parte dell'interprete, sia da parte del legislatore ordinario.

4. Limiti soggettivi al diritto di sciopero

L'art. 40 riconosce il diritto di sciopero in modo generico, senza alcun riferimento ai soggetti. Questo solo fatto dovrebbe convincere della impossibilità di limitare l'estensione della norma, dal punto di vista soggettivo, ad alcune categorie di lavoratori, escludendo altre dalla titolarità del diritto.

34 ARDAU, *Note sullo sciopero*, ecc., cit., pag. 446. Per un'opinione contraria: SIMI, *Il dir. di sciop.*, cit., pag. 204-5.

35 In questo senso: NATOLI, *Legittimità dello sciopero*, ecc., cit.; ed anche: *La situazione*, ecc., cit., pag. 50-51. Si esprime invece in senso contrario, anche se confusamente, la Corte di Cassazione, con la sentenza 4.3.1952 n. 584 (*Mass. giur. lav.*, 1952, 9).

Viceversa, la dottrina si è in buona parte adoprata attivamente nella ricerca e nella individuazione di presunte esclusioni dal diritto riconosciuto dall'art. 40; si che non pochi AA. hanno finito per negare il diritto di sciopero a tutta la categoria dei pubblici dipendenti³⁶.

Altri Autori hanno limitato l'esclusione ad alcune categorie, o perché investite di un potere sovrano o perché addette a pubblici servizi o infine perché sottoposte ad uno speciale *status subiectionis*³⁷.

Per quanto riguarda *i pubblici dipendenti*, si è per lo più asserito che il diritto di sciopero non può essere loro riconosciuto per le seguenti ragioni: *a)* per la mancanza del rapporto di contrattualità che di tale diritto costituirebbe un inderogabile presupposto; *b)* per il fatto che la ragione del riconoscimento dello sciopero consisterebbe nell'intervento protettivo dello Stato a favore del contraente più debole e quindi non sarebbe concepibile che lo Stato divenisse a sua volta soggetto passivo della pressione dei lavoratori; *c)* perché l'art. 40 sarebbe collegato con l'art. 36, presupponendo come termini del contrasto il salario e il profitto, mentre di profitto non si potrebbe parlare nei confronti dello Stato; *d)* perché non esisterebbe il datore di lavoro contro il quale gli scioperanti potrebbero indirizzare le proprie pretese; *e)* perché lo sciopero dei pubblici dipendenti si rivolgerebbe contro il potere legislativo e quindi minaccerebbe la stessa struttura dello Stato; *f)* perché lo sciopero dei pubblici dipendenti porrebbe a contrasto l'interesse dei funzionari alla retribuzione e l'interesse generale al servizio pubblico; il conflitto dovrebbe essere quindi risolto nel senso della prevalenza dell'interesse generale.

36 PERGOLESI, *Contratto collettivo e sciopero*, cit.; SIMI, *Il diritto di sciopero*, cit., pag. 192 e segg. (con ampia rassegna dei vari argomenti addotti a sostegno della tesi in questione); ARDAU, *Note allo sciopero*, ecc., cit.; SCOTTO, *Le controversie collettive*, cit. (ed anche in *Lo sciopero dei pubblici dipendenti*, in *Dir. lav.*, 1955, 1, 120); ELIA, *Lo sciopero dei pubblici funzionari*, in *Riv. dir. lav.*, 1951, 1, 89; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pag. 209; BATTAGLINI, *Relaz. cit. al Convegno studi sindacali di Stresa*. Alcuni di questi AA. (BATTAGLINI, ARDAU) ammettono però lo sciopero degli incaricati di pubblici servizi, i cui rapporti siano regolati contrattualmente.

Una concezione veramente singolare è quella del MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, cit, pag. 282, per il quale i pubblici dipendenti possono astenersi dal lavoro, ma incorrono in sanzioni per l'inadempimento contrattuale; e tutto ciò in base al richiamo all'art. 41 della Costituzione, che per la verità non vediamo quali rapporti possa avere con questo problema. In un certo senso, segue analogo indirizzo anche il GUICCIARDI, *Sciopero di dipendenti pubblici e diritto allo stipendio*, in *Scritti in onore di Carnelutti*, vol. IV, pag. 519 e segg.).

In giurisprudenza, v. decisione della Corte dei Conti, sez. controllo, del 15.6. 1956, in *Foro pad.*, 1954, IV. 141.

37 Il SANTORO [PASSARELLI], (Saggi più volte citati) esclude dal diritto di sciopero le Forze Armate ed i Magistrati: la RABAGLIETTI, *I poteri discrezionali*, ecc., esclude i partecipanti alle funzioni fondamentali dello Stato (legislativa, ordine pubblico, difesa militare e amministrazione della giustizia); il RELLINI, *Lo sciopero dei pubblici dipendenti*, in *Atti Convegno studi sul progetto di legge per la disciplina giuridica dei rapporti di lavoro*, Milano 1953, pag. 239, esclude i dipendenti pubblici investiti di una potestà pubblica; il GIULIANO, *Associazioni sind.*, cit., vol. 1°, pag. 90, esclude solo i militari e la Magistratura.

Abbiamo esposto soltanto alcune delle ragioni che di solito si adducono a favore dell'esclusione del diritto di sciopero per i pubblici dipendenti, allo scopo non tanto di confutarle una per una (il che richiederebbe una apposita trattazione), quanto di mostrarne – nelle grandi linee – la infondatezza per ragioni comuni e ricorrenti.

In effetti, quando il legislatore riconosce un diritto in forma generica, è chiaro che esso deve essere attribuito a tutti i cittadini che vengano a trovarsi nelle condizioni per le quali il diritto sia stato ipotizzato come attuabile.

Tali condizioni – nella fattispecie astratta prevista dal legislatore – non possono consistere se non nella prestazione di una attività lavorativa e nella sussistenza di un interesse comune; in altre parole, lo sciopero è un diritto dei cittadini che lavorano, esercitabile da gruppi omogenei di essi, legati da un interesse comune.

Altri presupposti, nella norma dell'art. 40 non vi sono, né potrebbero esservi, senza risultare disarmonici col sistema generale posto in essere dalla Costituzione³⁸.

Il fatto poi che il legislatore costituente abbia voluto prescindere completamente dalla situazione e dalla natura del soggetto passivo dello sciopero, costituisce un'ulteriore riprova della generalità del riconoscimento del diritto.

Così cadono tutti gli argomenti relativi al difetto di contrattualità del rapporto di pubblico impiego o alla natura particolare del datore di lavoro. Ma inconsistenti appaiono anche gli argomenti relativi alla pretesa natura rivoluzionaria dello sciopero dei pubblici dipendenti; in realtà gli impiegati pubblici che effettuano uno sciopero non vogliono certamente sovvertire l'ordine costituito, né mutare la struttura sociale e politica del Paese; essi tendono soltanto a realizzare nei confronti della particolare Amministrazione da cui dipendono lo stesso risultato cui mirano i dipendenti da privati imprenditori.

Quanto poi alle questioni relative all'interesse generale dei cittadini al funzionamento dei pubblici servizi, si può osservare ancora una volta che lo sciopero – come mezzo di pressione sindacale – produce un danno, che talvolta

38 Sostengono l'inconcepibilità dei limiti di categoria al diritto di sciopero (e quindi anche la liceità dello sciopero dei pubblici dipendenti): [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, cit., pag. 433; SICA, *Il diritto di sciopero*, ecc., cit.; PERONACI, *Sulla incostituzionalità di un'eventuale legislazione che ponga limiti di categoria al diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1949, I, 63; CALAMANDREI, *Significato costituzionale*, ecc., cit.; SEVERINO, *I conflitti di lavoro e l'azione sindacale diretta*, in *Dir. lav.*, 1950, I, 35; CALOGERO, *Illegittimità della punizione di dipendenti pubblici per partecipazione a sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, I, 233; GASPARRI, *Elementi di diritto sindacale*, ecc., cit.; DI MARCANTONIO, *L'organizzazione sindacale dei dipendenti statali*, in *Dir. lav.*, 1950, I, 172; D'AUDINO, *Lo sciopero degli impiegati pubblici*, in *Foro amm./vo*, 1951, I, 3, 208; NATOLI, *La situazione attuale*, ecc., cit., pag. 48; oltre, naturalmente gli AA. citati in nota 36 con le riserve ivi indicate.

La giurisprudenza è per lo più favorevole allo sciopero dei pubblici dipendenti; in particolare, v.: Cass. 24.5.1951, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 2, 358; Consiglio di Stato, 8.5.1951, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 2, 196; *Id.* 23.5.1952, ivi, 1953, 2, 116; *Id.* 26.11.1954, ivi, 1954, 2, 499.

può anche riverberarsi su terzi; ma ciò è connaturato con la struttura e con la funzione dello sciopero ed è reso lecito proprio dalla massima espressione della volontà legislativa e cioè dalla Carta Costituzionale. Del resto, un danno a terzi può verificarsi anche nel caso di uno sciopero di dipendenti privati; ciò comporterà qualche problema giuridico di non facile soluzione, ma non potrà mai costituire un motivo valido per l'esclusione di intere categorie dal diritto di sciopero. Infine, occorre rilevare come in genere venga del tutto trascurato di considerare il comportamento della pubblica amministrazione, al quale si ricollega lo sciopero e che è evidentemente causa o – se si vuole – concausa del danno subito dai cittadini.

Nel concludere, non possiamo fare a meno di rilevare che in definitiva le preoccupazioni manifestate dai sostenitori dell'esclusione del diritto di sciopero per i pubblici dipendenti, non hanno concreto fondamento, quando si consideri che lo sciopero è sempre uno strumento molto pericoloso anche per chi lo usa; si tratta quindi di aver fiducia nell'autocontrollo e nel senso di responsabilità che i pubblici dipendenti senza dubbio possiedono non meno di tutti gli altri lavoratori.

Del resto, una riprova della validità del nostro assunto, si ricava dalla lettura dell'art. 52 dello Statuto della Confederazione generale italiana del lavoro, il quale dispone che si può ricorrere allo sciopero dei servizi pubblici essenziali solo in casi eccezionali ed attentamente vagliati e che pertanto lo sciopero degli addetti ai pubblici servizi non può essere proclamato senza l'autorizzazione preventiva dei Sindacati nazionali o del Comitato esecutivo della C.G.I.L.

Così il diritto di sciopero resta fermo nel suo contenuto e nella sua estensione generale; sono gli stessi portatori dell'interesse costituzionalmente protetto che provvedono ad attuare un autocontrollo ed un'autodisciplina, che costituiscono una garanzia più efficace di qualsiasi divieto legislativo.

5. Limiti attinenti all'esercizio del diritto di sciopero

Abbiamo già avuto occasione di precisare come l'art. 40 faccia esplicito riferimento alla determinazione legislativa delle modalità di esercizio del diritto di sciopero.

Va ulteriormente chiarito a questo punto che *i limiti all'esercizio del diritto non possono mai essere tali da incidere sul suo contenuto*³⁹. Questo principio deve essere tenuto presente per la risoluzione delle varie questioni che sono state sollevate,

39 In questo senso è concorde la maggior parte della dottrina. Quando però si passa alle applicazioni concrete, l'orientamento muta notevolmente. Comunque, v.: AMADUZZI, *Natura e limiti*, ecc., cit.; GASPARRI, *Elementi di diritto sindacale*, ecc., cit.; SANTORO PASSARELLI, *Autonomia*, ecc., cit.; CALAMANDREI, *Significato costituzionale*, ecc., cit. pag. 243; NATOLI, *La situazione*, ecc. cit., pag. 91. Il SIMI afferma (*op. cit.*, pag. 247) che una legge di attuazione dell'art. 40 è forse superflua, partendo da un presupposto analogo all'assunto degli AA. suindicati.

in relazione alle modalità di esecuzione dello sciopero ed alle procedure previste per la fase antecedente alla proclamazione. Tali questioni si fondano in parte sulla interpretazione dell'art. 40 della Costituzione e in parte sulla previsione di quella che potrà essere la regolamentazione legislativa del diritto di sciopero.

Cominciando dalle questioni diremo così interpretative, ricorderemo come si sia esclusa la legittimità di alcune forme particolari di esecuzione dello sciopero e in particolare del cosiddetto sciopero bianco, dello "sciopero a scacchiera," dello sciopero "a singhiozzo," ecc.⁴⁰.

Si parte in genere dal presupposto che il legislatore abbia riconosciuto il diritto di sciopero soltanto nella sua fattispecie tipica e cioè nella astensione collettiva dal lavoro, per un periodo di tempo determinato; ogni altra forma di sciopero sarebbe illecita, in quanto recherebbe al datore di lavoro un danno di rilevante entità, producendo anche un perturbamento nella organizzazione dell'azienda e nello svolgimento del processo produttivo.

Abbiamo già avuto occasione di esprimere il nostro pensiero circa la posizione del soggetto passivo e circa il danno che ad esso possa derivare dall'esercizio del diritto di sciopero. Non staremo quindi a ripeterci, e ci limiteremo ad osservare che in definitiva anche lo sciopero attuato nella sua forma più tipica e tradizionale produce sempre un arresto del ritmo produttivo e quindi un perturbamento nella organizzazione dell'azienda.

Non si vede quindi perché si dovrebbe escludere la liceità dello sciopero, in considerazione di una graduazione dell'intensità del danno, la cui valutazione non si sa a chi potrebbe competere⁴¹.

40 L'ARDAU, *Note*, ecc., cit., ritiene illegittimo lo sciopero "a sorpresa"; ammette invece lo sciopero bianco, solo se effettuato per brevissima durata ed a scopo puramente dimostrativo; il SERMONI, *Il diritto di sciopero ed i suoi limiti*, in *Foro padano*, 1948, 4, 155, ritiene illegittimo lo sciopero bianco in ogni caso; il MIGLIORANZI, *Agitazioni affini allo sciopero*, in *Dir. lav.*, 1949, 1, 235, esclude la liceità dello sciopero bianco e dello sciopero a singhiozzo; la [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, pag. 441, afferma che lo sciopero bianco si risolve in una arbitraria occupazione dell'azienda; il SIMI, *Diritto di sciopero*, pag. 35, afferma che sciopero bianco e sciopero a singhiozzo sono soltanto dei pseudoscioperi.

La giurisprudenza è orientata ad escludere la liceità di queste forme di azione diretta. In tal senso: Cass, Sez. unite 24.2.1951, in *Dir. lav.*, 1951, 2, 365; id 4.3.1952 n. 584, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 2, 88; App. Firenze 24.6.1954 in *Mass. giur. lav.*, 1954, 177. Sostengono invece la piena liceità di queste forme di agitazione: NATOLI, *La situazione*, ecc., cit., pag. 51; SEVERINO, *I conflitti di lavoro*, ecc., cit.; AMADUZZI, *Natura e limiti*, ecc., cit. Il BATTAGLINI riconosce la liceità dello sciopero bianco; per quanto riguarda lo sciopero a singhiozzo afferma che la valutazione sulla liceità deve essere effettuata di caso in caso, in relazione alle modalità dell'agitazione ed alla gravità del danno derivante dalla sospensione del lavoro (*Relaz. al Convegno studi Stresa*, più volte citata).

41 Dobbiamo precisare a questo punto che consideriamo del tutto pacifico che l'azione sindacale deve svolgersi nel rispetto dei diritti altrui e delle norme tuttora vigenti del Codice penale. Bisogna tuttavia chiarire che non è lecito affermare che lo sciopero divenga illegittimo quando ad esso si accompagnino dei reati, come ritiene invece qualche sentenza non rara del Supremo Collegio e delle Magistrature di merito. Esattamente il SIMI, *Diritto di sciopero*, pag.

D'altro canto, l'art. 40 fa riferimento soltanto allo sciopero, recependo quindi nell'ordine giuridico una figura già nota e precisata in tutti i suoi termini attraverso l'esperienza sindacale. Si tratta di un fenomeno sociale che ha goduto per lungo tempo di una vita autonoma e si è precisato via via nei suoi contorni e nelle sue forme; solo ad un certo momento l'ordinamento giuridico lo ha preso in considerazione. Non avendo il legislatore fatto altro che ricevere nell'ordinamento un fenomeno che aveva già nella vita sociale una sua struttura, questa deve essere considerata come assunta a nucleo centrale e fondamentale anche del correlativo istituto giuridico.

Orbene, nella storia del movimento sindacale di tutti i Paesi, non vi è soltanto lo sciopero nella sua forma più corrente, ma ricorrono anche le figure dello sciopero bianco, dello sciopero a singhiozzo, dello sciopero a scacchiera, e così via, che non sono considerate altro che specificazioni del tipo fondamentale di azione diretta che è e rimane lo sciopero⁴².

Per conseguenza, quando il legislatore ha parlato di sciopero, *ha fatto riferimento a tutti i tipi di azione sindacale che vanno sotto questo nome e che sono ricollegabili ad un dato fondamentale e costante e cioè alla astensione collettiva del lavoro*. Che questa si realizzi uscendo dalla fabbrica o restando a braccia conserte al posto di lavoro, non sembra possa avere rilevanza alcuna sul piano giuridico; così come non può attribuirsi alcuna rilevanza al fatto che lo sciopero sia effettuato a tempo determinato o a tempo indeterminato, che esso sia compiuto da tutte le maestranze di uno stabilimento o da una parte di esse, che esso infine sia realizzato in modo continuativo o con la ripetizione più o meno costante di periodi di astensione dal lavoro. Si tratta di modalità di esecuzione di un unico tipo di azione diretta, consistente pur sempre nella astensione collettiva dal lavoro.

Orbene, quando si riconosce un diritto in modo generico, è evidente che si lascia al titolare del diritto la scelta delle modalità di esecuzione, che vengono considerate come irrilevanti per l'ordinamento.

La conseguenza è che lo sciopero bianco, lo sciopero a singhiozzo, lo sciopero a scacchiera, ecc., devono ritenersi perfettamente leciti, consistendo semplicemente in manifestazioni particolari – dal punto di vista delle modalità di esecuzione – dell'unica figura giuridica considerata dal legislatore e cioè dello sciopero.

Riteniamo altresì che sarebbe incostituzionale una legge ordinaria che volesse privare i lavoratori della facoltà di scelta tra le possibili forme esecutive dello sciopero. In sostanza, il limite finirebbe per riferirsi al contenuto concreto del diritto e non alle procedure strettamente afferenti all'esercizio dello stesso.

213, nota 355, osserva che i reati che si aggiungono allo sciopero non hanno altro effetto che quello di porre a carico dei soggetti che li hanno commessi le sanzioni previste dall'ordinamento.

42 Su questi aspetti, può utilmente consultarsi il volume di BRIOSCHI e SETTI, *Lo sciopero nel diritto*, Milano, 1949.

*

Passando ad esaminare le questioni relative alla fase precedente alla proclamazione dello sciopero, vi è da distinguere tra *le procedure attinenti al processo formativo della volontà della coalizione e le procedure attinenti al preventivo esperimento di tentativi di conciliazione* con la controparte.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è stata sostenuta la necessità di richiedere l'espressione della volontà di tutti i lavoratori attraverso un referendum⁴³. Sembra che in questo caso la procedura investa la sostanza del diritto, in quanto la macchinosità del sistema finirebbe per togliere allo sciopero quelle caratteristiche di prontezza e di tempestività, che sono fondamentali per lo svolgimento della sua funzione di pressione sulla controparte.

Per quanto attiene al secondo aspetto, si è sostenuta l'opportunità che la futura legge sindacale preveda l'esperimento di un tentativo di conciliazione o di un arbitrato, nella fase preventiva alla proclamazione dello sciopero⁴⁴.

A parte ogni valutazione circa l'opportunità e l'utilità dell'arbitrato facoltativo, dobbiamo precisare che la previsione dell'arbitrato obbligatorio sarebbe senza dubbio anticostituzionale, risolvendosi in un vero e proprio limite al diritto di sciopero e non soltanto alle modalità di esercizio del medesimo.

Concludendo, si può affermare che il diritto di sciopero non è soggetto attualmente ad alcun limite, neppure di natura procedurale. Concrete modalità di esercizio del diritto potranno essere determinate dal legislatore ordinario, a condizione che esse non incidano sulla funzione e sul contenuto del diritto di sciopero.

6. La “non collaborazione”

Tra le varie forme di azione diretta, particolare rilievo assume – sul piano giuridico – la cosiddetta “*non collaborazione*”. Si tratta di un tipo di azione sindacale sperimentato per la prima volta in Italia nel 1917, dai Sindacati dei lavoratori metallurgici, sia pure con diversa denominazione; nel 1947 e negli anni immediatamente successivi, esso fu largamente sperimentato, dapprima negli

43 A favore del referendum: GIULIANO, *Associazioni sindacali*, ecc., vol. 1°, pag. 79. *Contra*: BATTAGLINI, *Relazione* cit.; AMADUZZI, *Natura e limiti*, ecc., cit.; SEVERINO, *I conflitti di lavoro*, ecc., cit.; NATOLI, *La situazione attuale*, ecc., cit., pag. 94. Il SIMI, *Diritto di sciopero*, cit., pag. 216, sostiene che tutte queste formalità allo stato attuale non possono essere ammesse; mostra però di ritenere che la legge sindacale possa legittimamente introdurle.

44 Il GIULIANO (*op. cit.*, vol. 1°) ammette l'arbitrato facoltativo, ma contesta la costituzionalità dell'arbitrato obbligatorio; in senso analogo: NATOLI, *La situazione*, ecc., cit., pag. 94; SEVERINO, *I conflitti di lavoro*, ecc., cit.; AMADUZZI, *Natura e limiti*, ecc., cit.

Il SANTORO [PASSARELLI], *Autonomia*, ecc.; *Nozioni*, ecc., il BATTAGLINI (*Relaz. citata*), il SERMONTI, *Sul diritto di sciopero e di serrata*, *Dir. lav.*, 1948, 1, 35 e segg., ritengono auspicabile che la futura legislazione sindacale introduca il tentativo di conciliazione obbligatorio.

Stabilimenti FIAT di Torino e poi in molte altre fabbriche italiane. Appunto in questi anni si è sviluppata largamente la discussione circa la natura giuridica della non collaborazione e circa la sua liceità.

La maggioranza della dottrina si è rapidamente orientata nel senso della illiceità di questa forma di azione sindacale, basandosi principalmente su argomenti ricorrenti, che così si possono riassumere: la non collaborazione non è riconducibile alla figura generale dello sciopero, in quanto non vi è un'astensione collettiva e regolare dal lavoro; essa costituisce una forma di competizione sleale e deve considerarsi quale inadempimento del lavoratore che vi partecipa, in quanto realizza una palese violazione del dovere di fedeltà, dell'obbligo di esecuzione del contratto in buona fede, del dovere di collaborazione⁴⁵.

A nostro avviso, per un'esatta valutazione giuridica della "non collaborazione," è necessario prima di tutto individuarne il contenuto e la sostanza. Ci sembra infatti che tutte le tesi suaccennate si fondino su presupposti inesatti in linea di fatto, essendosi prestato alla non collaborazione un contenuto che essa non ha, fino a ricondurla spesso allo schema tipico di una ben diversa figura di azione sindacale e cioè l'ostruzionismo.

In effetti, la definizione della sostanza della non collaborazione non può che essere quella risultante dagli atti e dalle dichiarazioni di quelle organizzazioni sindacali che per prime hanno escogitato ed attuato tale forma di lotta.

Orbene, tale definizione è stata data esplicitamente in un comunicato ufficiale del Comitato esecutivo della C.G.I.L., emanato il 2 marzo 1949⁴⁶, nel quale si precisa che la non collaborazione consiste in "una limitazione dell'attività lavorativa a ciò che è di stretto obbligo contrattuale, senza quell'apporto supplementare di sforzo fisico o intellettuale che il prestatore si impone volontariamente per ottenere il maggior rendimento possibile."

Sulla scorta di tale definizione, non sembra possibile contestare la liceità della non collaborazione. Infatti, non solo non vi è alcuna inadempienza contrattuale, ma anzi vi è l'impegno rigoroso di eseguire le obbligazioni derivanti dal contratto⁴⁷. Il lavoratore che partecipa a questa forma di lotta sindacale, compie

45 Contro la liceità della non collaborazione: SANTORO PASSARELLI, *Autonomia*, ecc., pag. 150-151; BATTAGLINI (*Relaz.* cit.); ARDAU, *Note al diritto di sciopero*, ecc., pag. 432; SCOTTO, *Le controversie collettive*, ecc., pag. 194; BARASSI, *Il dovere della collaborazione*, *Riv. dir. lav.*, 1949, 1, 12; MIGLIORANZI, *Agitazioni affini allo sciopero*, in *Dir. lav.*, 1948, I, 237; GASPARRI, *Elementi di diritto sindacale*, ecc.; GIULIANO, *Associazioni sindacali*, ecc., vol. 1°, pag. 106 e segg.; ASCIAC, *La violazione contrattuale della non collaborazione*, in *Dir. lav.*, 1950, 1, 366; CARROZZA, *Aspetti giuridici della non collaborazione dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1949, 1, 380; SCORZA, *Obblighi del lavoratore e non collaborazione*, in *Foro it.*, 1950, 1, 1587; [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, pag. 440.

Per la giurisprudenza in tal senso, v.: App. Firenze 24.6.1954, in *Dir. lav.*, 1955, 2, 42; App. Brescia 9.6.1954 in *Mass. giur. lav.*, 1954, 273.

46 Pubblicato in *Riv. giur. lav.*, 1949, 3, 66 (v. anche: CARROZZA, saggio citato).

47 Sostengono la liceità della non collaborazione: NATOLI, *Adempimento e non collaborazione*, in *Riv. giur. lav.*, 1949, 1, 35 e *Situazione attuale*, ecc., pag. 53; SEVERINO, *I conflitti di lavoro*, ecc., cit.

dunque esattamente la sua prestazione, ma si limita a quella, senza assumersi cioè delle responsabilità e degli oneri che non gli competono.

È noto infatti che le organizzazioni sindacali che hanno attuato questa forma di azione sindacale sono partite dal presupposto che nell'immediato dopoguerra le maestranze avevano dato un contributo alla ricostruzione delle fabbriche assai superiore agli obblighi strettamente derivanti dal contratto di lavoro; che tuttavia di tale ulteriore contributo non si era tenuto alcun conto da parte degli imprenditori, manifestandosi invece la tendenza a trasformare in obbligo quella che era stata una prestazione volontaria ed occasionale.

Sotto questo profilo, appare chiaro che per potersi sostenere la illiceità della non collaborazione, bisogna far riferimento ad obblighi e doveri speciali dei prestatori di lavoro, non strettamente attinenti alle obbligazioni fondamentali derivanti dal rapporto.

Infatti, la dottrina prevalente si richiama ad un dovere autonomo di fedeltà, nonché ad un dovere di collaborazione, dei quali riteniamo di aver dimostrato più sopra l'inconsistenza.

*

Circa poi l'obbligo di esecuzione dei contratti in buona fede, vi sarebbe da discutere ampiamente circa il significato della espressione usata dal legislatore nell'art. 1375 C.C.

Basterà comunque rilevare che non può parlarsi di mancanza di buona fede nel contraente che esegue il contratto scrupolosamente, rifiutandosi però di integrarne le obbligazioni fondamentali con altre di natura accessoria, non previste all'atto della stipulazione né ritenute essenziali dalla legge per lo schema tipico del contratto. Il prestatore non ha affatto lo scopo di danneggiare il datore di lavoro o di eseguire il contratto in modo non conforme agli accordi intercorsi: egli ha soltanto la manifesta intenzione di attenersi alle obbligazioni fondamentali del contratto, esigendo che eventuali ulteriori prestazioni formino il contenuto di un accordo supplementare, dal quale derivi ovviamente l'impegno del datore ad analoghe controprestazioni integrative.

In tutto questo, non riusciamo a ravvisare una mancanza di buona fede e soprattutto non riusciamo a ravvisare un'azione meno che lecita.

Le stesse considerazioni valgono per quanto riguarda l'obbligo di diligenza nell'esecuzione della prestazione; anch'esso infatti non può che riferirsi alle obbligazioni fondamentali del contratto; al tempo stesso, il termine di riferimento deve essere necessariamente individuato nella condotta dell'uomo medio, specificata in rapporto alla natura particolare del contratto di lavoro. Per conseguenza, si può chiedere al lavoratore di prestare la sua opera con diligenza normale, ma non di più; ed è proprio quello che il prestatore di lavoro intende realizzare quando attua la non collaborazione.

D'altronde, è necessario ricordare che nei rapporti individuali situazioni analoghe a quelle che danno origine – sul piano collettivo – alla non collaborazione, si verificano di frequente: si pensi a certi casi di contratti a prestazioni corrispettive, nei quali una delle parti venga a conferire alla sua attività un ritmo più intenso, in relazione a particolari contingenze verificatesi durante l'esecuzione del rapporto; orbene, per un certo lasso di tempo e perdurando l'eccezionalità della situazione, la parte in questione proseguirà senza obiezioni nella sua attività; successivamente però, qualora la situazione particolare si protragga ancora nel tempo, è ovvio che essa si rivolgerà alla controparte ed esigerà un aumento del corrispettivo o comunque una maggiore intensità della controprestazione, significando che in difetto di ciò, dovrà tornare alla prestazione normale.

Nessuno penserebbe di trovare in questa condotta nulla di illecito; orbene, queste situazioni – trasferite sul piano collettivo – costituiscono proprio il contenuto essenziale della non collaborazione. Bisognerà dunque ritenere che una condotta individualmente lecita, costituisca invece un'inadempienza contrattuale se esplicita da più individui contemporaneamente e quindi trasferita sul piano dei rapporti collettivi? Non crediamo davvero che a tali conclusioni si possa pervenire.

*

Resta da vedere un'ultima questione: si è detto che la non collaborazione costituirebbe un mezzo di lotta sleale ed illecito anche perché il lavoratore non risente alcun danno, mentre il datore di lavoro viene colpito non solo sotto l'aspetto contingente economico derivante dalla diminuita produzione, ma anche sotto il più grave profilo di una effettiva disorganizzazione della vita aziendale.

Neppure questo assunto ci sembra convincente. Innanzitutto, i partecipanti ad un'azione sindacale hanno tutto l'interesse a seguire metodi di lotta con i quali si possa raggiungere il massimo risultato col minimo sforzo; va da sé, dunque, che un'azione sindacale è tanto più efficace quanto minore è il sacrificio di chi vi partecipa e quanto maggiore è il sacrificio di chi la subisce. Nel momento in cui l'ordinamento giuridico ha assunto in sé anche l'azione sindacale diretta, non ha affatto posto dei limiti alle modalità di esercizio di essa, né tanto meno ai vantaggi o agli svantaggi delle parti: l'ordinamento si è limitato a considerare lecita l'azione sindacale diretta, senza interferire nel suo contenuto e nella sua esplicazione, proprio per la dichiarata convinzione del legislatore che i conflitti economici possono più agevolmente essere risolti dal confronto diretto fra le parti interessate. Quindi, il problema dei vantaggi o degli svantaggi per il partecipante all'azione diretta, come pure il problema del danno maggiore o minore per il soggetto passivo di essa, non esistono sul piano giuridico, perché l'ordinamento li ritiene del tutto irrilevanti.

D'altro lato, non si vede in che cosa consista il danno particolarmente grave che il datore di lavoro verrebbe a subire dalla non collaborazione; in realtà, se si tratta della abolizione di una prestazione non dovuta, il datore non risentirà altro danno oltre quello della cessazione di un arricchimento indebito.

Possiamo quindi concludere nel senso che *la non collaborazione costituisce un tipo di azione sindacale*, solo indirettamente riconducibile alla figura dello sciopero, ma comunque *del tutto lecita anche sulla base dei principi vigenti nel diritto comune*.

7. La serrata

La serrata consiste nella *sospensione dell'attività lavorativa dell'impresa per un certo periodo di tempo, realizzata dall'imprenditore con finalità economiche o politiche*, in contrapposizione o meno ad una azione sindacale diretta dei lavoratori.

Sulla natura e sulla fisionomia della serrata non vi sono controversie. La discussione ferve invece, in modo particolare, sulla posizione che – nel nostro ordinamento – deve essere attribuita alla serrata.

Generalmente si ritiene che la serrata sia da considerare come illecita; ma il contrasto insorge proprio a questo punto: si tratta di mera illiceità civile, oppure la serrata costituisce tuttora il reato ipotizzato dall'art. 502 C.P.?

I sostenitori della tesi della sola *illiceità civile*⁴⁸, fondano il loro assunto sul presupposto di una correlatività evidente tra sciopero e serrata; dal che essi concludono che, abrogato l'ordinamento corporativo e caduto il delitto di sciopero, anche la serrata non potrebbe più essere considerata come delitto.

In effetti, la pretesa correlatività tra sciopero e serrata ci sembra molto discutibile, specialmente dopo l'entrata in vigore della Costituzione; se infatti il legislatore costituente ha riconosciuto soltanto il diritto di sciopero e non la serrata, ciò significa che non solo non ha ravvisato alcuna necessaria correlazione tra queste figure di azione sindacale, ma anzi ha voluto addirittura spezzarla, qualora essa esistesse⁴⁹.

48 SANTORO PASSARELLI, *Autonomia*, ecc., cit.; PERGOLESI, *Contratto collettivo e sciopero*, cit.; BATTAGLINI (*Relaz.* cit.); GIULIANO, *Le associazioni sindacali*, cit., vol. 1°, pag. 131; [RIVA] SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, pag. 455 (con ampi richiami alla giurisprudenza); SCORZA, *L'istituto della serrata nella vigente legislazione*, in *Foro it.*, 1950, 1, 1462; SIMI, *Diritto di sciopero*, pag. 239, nota 403.

Di recente, nella motivazione della decisione adottata il 6 nov. 1957 (in *Mass. giur. lav.*, 1958, pag. 10), il Consiglio di Stato ha affermato che non è ammessa da parte dei datori di lavoro la facoltà di resistere alla pressione sindacale dei lavoratori mediante la serrata. Non è chiaro se si sia inteso far riferimento alla sola illiceità civile od anche a quella penale.

49 Contro la pretesa correlatività tra serrata e sciopero: SICA, *Il diritto di sciopero*, ecc., cit.; SIMI, *Il diritto di sciopero*, pag. 239, nota 403; SEVERINO, *È abrogata l'incriminazione della serrata?* *Riv. giur. lav.*, 1950, 2, 393.

Un sostenitore di tale correlazione è il SERMONTI, *Sul diritto di sciopero e di serrata*, in *Dir. lav.*, 1948, 1, 135.

D'altro lato, non sembra neppure che l'incriminazione della serrata avesse un suo stretto presupposto nell'ordine corporativo, in quanto essa è perfettamente concepibile anche in un ordinamento diverso da quello.

Di conseguenza, non ci sembra si possa parlare né di abrogazione della norma di cui all'art. 502 C.P., prima parte, né di incompatibilità della medesima con i principi costituzionali attualmente vigenti; ché, anzi, questi ultimi, nel loro complesso e nella loro sostanza, recano un ulteriore contributo alla considerazione della serrata come un *delitto*⁵⁰.

D'altro lato, occorre appena rilevare che nel caso della serrata, la considerazione sotto il profilo dell'inadempienza civile, è sostanzialmente sprovvista di qualsiasi concreta efficacia.

Si è rilevato da alcuni Autori che si tratterebbe di un'ipotesi di risoluzione del rapporto per colpa del datore di lavoro⁵¹ ma non vi è bisogno di sottolineare quanto una simile formula sia vuota di contenuto in un Paese, come l'Italia, nel quale la risoluzione del rapporto non può costituire mai un vantaggio per il lavoratore, che in definitiva si troverà ad essere disoccupato. Così, il datore di lavoro, il quale chiude la sua fabbrica ed attua la serrata, viene ad essere perfettamente libero di svolgere una simile azione, non esistendo alcuna concreta possibilità per i suoi dipendenti di far valere la sua inadempienza. L'unica conseguenza potrebbe essere quella della risoluzione del rapporto; ma sarebbe una conseguenza favorevole non già per i prestatori di lavoro, ma per l'imprenditore, il quale, in definitiva, potrà liberamente attuare il suo proposito di modifica in *pejus* delle condizioni contrattuali, prelevando dal sovrabbondante mercato nazionale altri lavoratori disoccupati.

In sostanza, quindi, se si vuole attenersi al principio costituzionale per il quale l'azione sindacale diretta è riconosciuta come lecita soltanto a favore dei lavoratori, bisogna considerare la serrata ancora come un delitto. Ravvisare nella serrata un semplice illecito civile, significa riconoscere comunque all'imprenditore la possibilità di effettuarla, con conseguenze di nessun rilievo; né vi è bisogno di dimostrare ulteriormente quanto ciò possa risultare contrastante col sistema al quale si ispira il vigente ordinamento costituzionale.⁵²

50 Per la serrata come delitto: GASPARRI, *Elementi di diritto sindacale*, cit.; NATOLI, *La situazione attuale*, ecc., cit., pag. 55; SEVERINO, *È abrogata*, ecc., cit.

51 Per la serrata come ipotesi di risoluzione del rapporto per colpa del datore, v.: PERGOLESI, *Contratto collettivo e sciopero*, cit. In ogni caso, è stato precisato da varie parti che la serrata non esime il datore di lavoro dall'obbligazione della retribuzione: SIMI, *Diritto di sciopero*, pag. 239, nota 403; NATOLI, *La situazione attuale*, P. 55; Pretura Milano, 14.6.1952, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 2, 480.

52 Vi è da precisare a questo punto che a nostro avviso il legislatore ordinario non potrà legittimare la serrata. In questo senso: SEVERINO, *Conflitti di lavoro*, ecc., cit.; GASPARRI, *Elementi di diritto sindacale*, ecc., cit. *Contra*: PERGOLESI, *Contratto collettivo e sciopero*, cit. (il quale peraltro ipotizza, in casi estremi, il ricorso all'art. 43 della Costituzione).

CARLO SMURAGLIA

Scritti, discorsi e atti istituzionali

VOLUME II

LA COSTITUZIONE E IL SISTEMA DEL DIRITTO DEL LAVORO LINEAMENTI DI UNA TEORIA GENERALE

Viene pubblicato nel 1958, in un'epoca in cui ancora si dibatteva della valenza giuridica della Costituzione e in cui il lavoro era ancora regolato dalle norme di stampo corporativo. L'opera offre una rilettura sistematica del diritto del lavoro alla luce dei principi costituzionali. La rilevanza della persona, il principio di eguaglianza sostanziale sancito dal comma II dell'art. 3 Cost., e il diritto al lavoro sono alla base del riconoscimento di una società divisa dalle differenze di ordine economico e sociale, che presuppone un riequilibrio attraverso un sistema di garanzie tali da bilanciare il potere economico imprenditoriale con la primazia sociale e politica delle forze del lavoro. È alla luce dei principi fondamentali della Costituzione che i diritti al lavoro, alla retribuzione sufficiente, alla sicurezza sociale e di libertà sindacale diventano diritti indisponibili della persona, immediatamente operanti anche nei rapporti tra privati. Ed è sempre sulla base dei principi di democrazia e di libertà che vengono definiti nel saggio i diritti di autonomia collettiva.

Nonostante gli oltre sessanta anni densi di storia e di mutamenti che ci separano da questa prima monografia di Carlo Smuraglia, i principi in essa affermati rimangono alle fondamenta dell'attuale sistema normativo del lavoro e, al contempo indicano un percorso verso l'inveramento dei principi costituzionali che non ha mai perso di attualità.

ISBN 979-12-5510-143-7 (print)

ISBN 979-12-5510-147-5 (PDF)

ISBN 979-12-5510-149-9 (EPUB)

DOI 10.54103/milanoup.171