

CARLO SMURAGLIA

Scritti, discorsi e atti istituzionali

VOLUME VIII

I DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA CHE LAVORA



Milano University Press

Carlo Smuraglia

SCRITTI, DISCORSI E ATTI ISTITUZIONALI

VOLUME VIII

**I DIRITTI FONDAMENTALI
DELLA PERSONA CHE LAVORA**

a cura di Olivia Bonardi



Milano University Press

I diritti fondamentali della persona che lavora / Carlo Smuraglia, edizione a cura di Olivia Bonardi - Milano: Milano University Press, 2026.

ISBN 979-12-5510-415-5 (print)

ISBN 979-12-5510-416-2 (PDF)

ISBN 979-12-5510-417-9 (EPUB)

DOI 10.54103/milanoup.311

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), 2026

© 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 i testi originali degli scritti pubblicati da Carlo Smuraglia.

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 Galiani - Università degli Studi di Milano

Comitato Editoriale

Maria Leotta, Sonia Nava, Enrica Smuraglia, Ettore Zanoni

Sommario

Presentazione	11
---------------	----

SEZIONE I

I DIRITTI DELLA PERSONA CHE LAVORA

1. SCRITTI E DISCORSI

Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore (a proposito della installazione di impianti di ripresa televisiva nelle fabbriche)	23
Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore	37
Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro (situazioni soggettive emergenti e nuove tecniche di tutela)	121
Nuovi fattori di rischio, prevenzione e responsabilità del datore di lavoro. Quali regole?	157

SEZIONE II

LA TUTELA CONTRO LE DISCRIMINAZIONI DI GENERE E LE MOLESTIE SESSUALI

1. SCRITTI E DISCORSI

Relazione al Convegno Ancorpari	177
Le discriminazioni di genere sul lavoro. Dall'Europa all'Italia - Considerazioni conclusive	187

2. ATTI ISTITUZIONALI

Disegno di legge n. 38 del 9 maggio 1996 - Norme per la tutela della dignità e libertà della persona che lavora, contro le molestie sessuali nei luoghi di lavoro	195
Disegno di legge n. 41 del 9 maggio 1996 - Norme penali e processuali contro le molestie sessuali	203

Relazione conclusiva dell'indagine conoscitiva (Doc. XVII/4 del 28 settembre 1995) sullo stato di attuazione della legge 10 aprile 1991, n. 125, recante norme in materia di azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro	207
--	-----

Intervento al Senato nella seduta pubblica del 13 dicembre 1995 nell'ambito della discussione sui disegni di legge in materia di violenza sessuale	239
--	-----

SEZIONE III

OLTRE LA SUBORDINAZIONE: TUTELA DEL LAVORO ATIPICO E DELLE PROFESSIONI

1. SCRITTI E DISCORSI

Le società di professionisti (problemi e prospettive)	249
---	-----

Lavoro atipico e di diritti "minimi" di cittadinanza. Una legge per i nuovi lavori	267
--	-----

Lavori atipici	277
----------------	-----

Nuova economia e professioni liberali	281
---------------------------------------	-----

Lavoro e lavori: subordinazione, collaborazioni non occasionali, lavoro in cooperativa	289
--	-----

2. ATTI ISTITUZIONALI

Disegno di legge n. 2049 del 29 gennaio 1997 - Norme di tutela dei lavori «atipici»	313
---	-----

Disegno di legge n. 3157 del 19 marzo 1998 - Modifiche alla legge 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina delle cooperative sociali), per favorire il lavoro carcerario	321
---	-----

Presentazione

In questo volume pubblichiamo una serie di saggi, discorsi e atti istituzionali dedicati alla tutela dei diritti della persona che lavora. La raccolta si colloca in linea di continuità con la storica monografia del 1967 intitolata La persona del prestatore nel rapporto di lavoro¹ e con il vol. VII dedicato a Il lavoro nella Costituzione e nello Statuto dei lavoratori. Abbiamo suddiviso le pubblicazioni in tre sezioni, dedicate rispettivamente ai diritti della persona che lavora, alla tutela contro le discriminazioni di genere e le molestie sessuali, e alla tutela dei lavori atipici.

La prima sezione si apre con lo storico saggio del 1965, intitolato Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore, in cui si anticipano i contenuti di quello che diverrà lo Statuto dei diritti dei lavoratori del 1970: certo il saggio ben avrebbe potuto essere inserito nel vol. VII, dedicato appunto allo Statuto, ma ci è parso opportuno privilegiare l'attinenza ai temi dei diritti fondamentali della persona e collocarlo qui. Il saggio prende le mosse dagli scioperi attivati dalle lavoratrici di un'azienda tessile del milanese, ove per la prima volta erano state installate telecamere di controllo sull'attività lavorativa, da cui erano conseguiti diversi provvedimenti disciplinari. Ripartendo dal limite che gli artt. 2, 3 e 41 Cost. pongono all'iniziativa economica, Carlo Smuraglia distingue tra poteri gerarchici e di altro tipo che devono ormai ritenersi incompatibili con il quadro costituzionale e altri poteri che sono legittimi in quanto declinazione di quell'unico potere direttivo e organizzativo indispensabile per la gestione dell'impresa. Di qui la riconduzione delle prerogative imprenditoriali e della corrispondente subordinazione del lavoratore alle sole esigenze tecniche e funzionali. Non solo: se la disciplina in azienda è necessaria, oltre che legittima, un conto è imporla autoritativamente, altro conto e determinarla con il concorso dei lavoratori.

Emerge subito l'approccio di fondo che caratterizza il pensiero del nostro Autore: il progresso tecnico non va ostacolato: esso è infatti «la molla e la spinta fondamentale della vita dell'uomo», ma non può risolversi in meccanismi che sopprimano o limitino la personalità umana. Il problema giuridico allora è quello di individuare il punto di convergenza tra le esigenze del progresso e quelle del rispetto della dignità e dello sviluppo della personalità umana. Ciò vale anche per l'installazione di impianti di ripresa televisiva nei luoghi di lavoro, che deve essere indubbiamente consentita, soprattutto laddove sia funzionale al controllo necessario per esigenze di sicurezza o per limitare l'esposizione dei lavoratori a pericoli. Ma la persona che lavora e non sa di essere osservata è offesa nella sua personalità e nella sua dignità, mentre la persona che lavora e sa di essere costantemente osservata è soggetta a uno stress lesivo della salute. Come garantire che l'innovazione tecnologica serva al progresso tecnico e non alla restaurazione di un potere gerarchico che non ha più cittadinanza nel nostro sistema costituzionale è dunque il nodo da sciogliere. Per farlo Carlo Smuraglia si richiama al diritto di collaborare alla gestione delle aziende di cui all'art. 46 Cost., una delle disposizioni più contrastate e

1 *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1967, pubblicato nel Vol. IV di quest'opera in <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/book/202>.

meno attuate dell'ordinamento costituzionale del lavoro. Laddove nuove apparecchiature possono essere inserite per il miglioramento tecnico dell'attività produttiva è logico che i lavoratori siano chiamati a valutare con la direzione aziendale modalità di impiego e di controllo sul loro utilizzo. Dieci anni più tardi l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori affiderà quel compito alle rappresentanze sindacali aziendali.

Il secondo saggio che pubblichiamo è Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore, del 1960. Si tratta di un capitolo dello storico Nuovo trattato di diritto del lavoro diretto da Riva Sanseverino e Mazzoni. L'impostazione è quella classica della tutela basata sulla limitazione dell'autonomia delle parti del rapporto di lavoro in ragione della compromissione della libertà di autodeterminazione del lavoratore, sottesa alla disparità e alla disuguaglianza economica delle parti. E ciò non solo per finalità di protezione individuale ma soprattutto in ragione della rilevanza pubblicistica degli interessi protetti. Tenendo ben distinte l'inderogabilità, che opera in una fase antecedente a quella in cui si esercita in concreto il potere di disposizione, e l'indisponibilità, che limita la volontà del titolare di un diritto soggettivo di esercitare tutte le facoltà che ad esso fanno capo, la tesi si basa sulla graduazione delle tutele: i diritti del lavoratore che per loro natura o per disposizione di legge sono assolutamente indisponibili, sono una categoria molto ristretta e delimitata in funzione dell'interesse pubblico ad essi sotteso. Tra essi vi rientrano quelli alla sicurezza, quelli previdenziali e assistenziali (artt. 2115 e 2117 c.c.) e quelli derivanti dai precetti costituzionali e, in particolare, dagli artt. 36 e 40 Cost. Scontata l'indisponibilità del diritto ai riposi e alle ferie espressamente sancita dal III comma dell'art. 36 (ma si dovranno attendere parecchi anni perché la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea prima e il legislatore nazionale in seguito ne sanciscano la non monetizzabilità), la riflessione oggi più interessante riguarda l'indisponibilità della retribuzione sufficiente sancita dal I comma dell'art. 36, anche se chi scrive non comprende perché alla stessa conclusione il nostro Autore non giunga anche per quanto riguarda la garanzia della proporzionalità del compenso alla quantità e qualità del lavoro prestato, sempre prevista nella medesima disposizione. Ma è da dire che su questo profilo egli era in ampia compagnia, avendo da sempre la giurisprudenza applicato la norma come precettiva solo sotto il profilo della sufficienza. Val la pena inoltre ricordare come Carlo Smuraglia sottolinei i nessi esistenti tra indisponibilità del diritto e disciplina dell'art. 2113 c.c. (sia pure nella versione antecedente alle riforme del 1973 e del 2010, ma qui non rilevanti): quest'ultimo ammette le rinunce e transazioni su diritti derivanti da norme inderogabili, ma l'inderogabilità costituisce un livello di protezione meno intenso rispetto all'indisponibilità, onde laddove si abbia a che fare con (i pochi) diritti caratterizzati dall'indisponibilità assoluta, la sanzione non può che essere quella della nullità non sanabile.

Con il saggio Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro (situazioni soggettive emergenti e nuove tecniche di tutela), pubblicato nel 2000, la riflessione sui diritti della persona che lavora si arricchisce e si aggiorna: nuovi diritti – o, per dirla con le sue parole «diritti più strettamente collegati alla persona nella configurazione più aggiornata e più aderente alle trasformazioni sociali» – e con essi nuove forme di tutela vanno affermandosi. Ed è quindi necessario non solo superare storici pregiudizi culturali ma anche adeguare gli strumenti del diritto alle nuove rivendicazioni di tutela dell'identità della persona. Il filo conduttore dell'analisi rimane il principio personalista, che nel pensiero di Carlo

Smuraglia diviene sempre più affinato e centrale. Se il fulcro giuridico della tutela della persona nel rapporto di lavoro rimane l'inossidabile art. 2087 c.c., soprattutto per la sua carica preventiva, qui la riflessione si dipana dai più recenti (all'epoca) arresti giurisprudenziali in tema di risarcibilità del danno biologico, per giungere ad aggiornare le tecniche di prevenzione sia sui nuovi rischi emergenti, sia sui vecchi rischi solo recentemente riconosciuti. La riflessione qui spazia dalla tutela contro le molestie sessuali al mobbing, dal danno psichico ai fenomeni più recenti della tossicodipendenza e dell'infezione da Hiv, dalle discriminazioni verso le persone Lgbtqia+ alla condizione dei lavoratori immigrati, per finire con le questioni relative all'abbigliamento e all'aspetto fisico della persona che lavora. È però con riferimento all'innovazione tecnologica e allo sviluppo del telelavoro che Carlo Smuraglia giunge a dare sostanza e configurazione giuridica anche a diritti nuovi e, in particolare, al "diritto alla socialità". Il tema verrà ulteriormente approfondito nella sua relazione Nuovi fattori di rischio, prevenzione e responsabilità del datore di lavoro. Quali regole?, pubblicato nel 2005 e fortemente incentrato sui temi della coattività organizzativa, dei rischi di danno psichico e dello stress sul lavoro, oltre che sulle problematiche connesse alla tutela della salute nel lavoro femminile e su quelle connesse alle nuove forme di lavoro atipico e alla precarietà. Quest'ultimo saggio è prevalentemente incentrato sulle tecniche di prevenzione all'interno dei luoghi di lavoro e la scelta di collocarlo qui anziché nel volume IX dedicato alla tutela della salute è forse opinabile, ma mi è parso più opportuno privilegiare il collegamento con i temi della personalità del lavoratore e dei nessi esistenti anche con le due successive sezioni di questo volume. Ciò anche perché credo che Carlo Smuraglia non volesse che queste problematiche rimanessero argomento dei soli addetti alla salute e sicurezza sul lavoro.

In linea di continuità, quindi, abbiamo dedicato la seconda sezione alle discriminazioni nei confronti delle donne e alla tutela contro le molestie sessuali nei luoghi di lavoro. È da osservare subito che gli scritti del nostro Autore su questo tema non sono moltissimi, limitandosi a qualche intervento a convegno o presentazione di volume. È piuttosto sul piano dell'azione politica che l'attenzione e l'impegno di Carlo Smuraglia su questi problemi è stato consistente e rilevante. Ciò su un duplice piano. Da un lato attraverso la conduzione della storica indagine conoscitiva sull'attuazione della legge n. 125 del 1991, intitolata «Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro», e dall'altro con la presentazione (e ripresentazione in tutte e tre le legislature in cui è stato senatore) di due disegni di legge per la tutela contro le molestie sessuali nei luoghi di lavoro.

I due d.d.l. sulle molestie sessuali infatti sono stati presentati nell'agosto 1992 e ripresentati nelle due successive Legislature (con i numeri S230 e S1251 nella XI Legislatura; S193 e S194 nella XII e S38 e 41 nella XIII, qui pubblichiamo l'ultima versione). Mentre quello dedicato alle «Norme penali e processuali contro le molestie sessuali» rimase sostanzialmente al palo senza venire mai esaminato. Quello principale, intitolato «Norme per la tutela della dignità e libertà della persona che lavora, contro le molestie sessuali nei luoghi di lavoro» venne approvato dal Senato sia nella XII, sia nella XIII Legislatura, ma si arenò entrambe le volte alla Camera.

Si dovette attendere la direttiva 2002/73 dell'Unione europea, poi recepita nel nostro ordinamento con il d. lgs. n. 145 del 2005, per avere finalmente una definizione di molestie

sessuali e l'estensione delle tutele previste per le discriminazioni ai casi di molestia (restando aperto il dibattito se la molestia sessuale costituisca una discriminazione o sia ad essa soltanto equiparata). È interessante allora sottolineare le differenze esistenti tra la proposta Smuraglia e la disciplina attuale, per trarne alcuni spunti per un ulteriore avanzamento della tutela, di cui si continua a sentire un gran bisogno.

Indubbiamente la definizione di molestie di derivazione europea ora vigente è più ampia rispetto a quella proposta nei Ddl Smuraglia, in quanto non richiede il requisito dell'insistenza e considera/equipara sempre le molestie alla discriminazione, e non solo quando queste abbiano influito direttamente o indirettamente su decisioni riguardanti la costituzione, lo svolgimento o l'estinzione del rapporto di lavoro. Inoltre, la normativa attuale contiene una tutela più ampia contro gli atti ritorsivi verso chi abbia denunciato una molestia, anche perché non prevede, come invece fa il d.d.l. Smuraglia, e anzi vieta i provvedimenti disciplinari nei confronti di chi abbia denunciato molestie inesistenti al solo scopo di denigrare qualcuno o di ottenere vantaggi sul lavoro.

Ma il d.d.l. Smuraglia aveva decisamente una marcia in più sotto i profili della prevenzione e delle tutele. Esso prevedeva sia campagne istituzionali contro le molestie, sia l'obbligo del datore di lavoro di realizzare tutte le iniziative necessarie per l'informazione, la formazione e la prevenzione in materia di molestie, oltre che assemblee aggiuntive fuori dell'orario di lavoro specificatamente dedicate all'argomento. Il d.d.l. inoltre, dopo aver esteso la competenza delle/dei Consigliere/i di parità ai casi di molestie (oggi derivante dall'estensione della nozione di discriminazione) prevedeva l'obbligo per tutte le aziende con più di 15 dipendenti di affiggere in luogo accessibile a tutti il nome, il recapito e le competenze dei consiglieri di parità. Si tratta di disposizioni che, eventualmente aggiornate al quadro normativo attuale, consentirebbero una ben maggiore sensibilizzazione rispetto a un problema che rimane attuale e che rafforzerebbero considerevolmente le possibilità di intervento.

Il d.d.l. sulle norme penali e processuali contro le molestie sessuali introduceva inoltre una graduazione delle fattispecie rispetto alla nuova fattispecie di violenza sessuale, introdotta dallo stesso legislatore del 1996. Come emerge sia dalla relazione di accompagnamento al d.d.l., sia dall'intervento in aula del 13 dicembre 1995 in occasione dell'approvazione della nuova legge sulla violenza sessuale, l'intento è quello di estendere la tutela anche ad atti che non rientrerebbero nella nuova fattispecie di cui all'art. 609 bis perché non commessi con violenza, minaccia o abuso di autorità, e al contempo di prevedere una sanzione per comportamenti diversi e di minore gravità rispetto agli atti di violenza veri e propri che, altrimenti, non sarebbero puniti. Ma il profilo più interessante sotto questo aspetto è quello processuale, giacché si voleva consentire l'intervento delle organizzazioni sindacali e delle associazioni rappresentative dell'interesse leso. Come è noto, il diritto di agire in giudizio da parte dei sindacati è previsto ora dal diritto antidiscriminatorio nazionale con riferimento a tutti i fattori di discriminazione vietati dall'ordinamento (inclusendo anche i casi di molestia) tranne che per le discriminazioni di sesso e le molestie sessuali e da tempo la dottrina sollecita il legislatore all'estensione della legittimazione processuale in questione.

Oltre all'impegno sul tema delle molestie sessuali, nel corso della XII Legislatura Carlo Smuraglia condusse un'indagine sull'attuazione della legge n. 125 del 1991, recante norme

in materia di azioni positive per la parità uomo-donna. Fu un intervento importante, perché mise a nudo una situazione che altrimenti sarebbe rimasta priva di attenzione. La legge, e la conseguente relazione, intervenivano su alcuni importanti profili attinenti alla condizione e alla discriminazione subita dalle donne lavoratrici prevedendo: la predisposizione e il finanziamento delle azioni positive per favorire le pari opportunità; la costruzione di un complesso sistema di istituzioni di parità; un particolare sistema processuale per i casi di discriminazione; e l'obbligo per le imprese di dimensioni maggiori di presentare annualmente un rapporto sulla situazione del personale con dati disaggregati per genere. I risultati dell'indagine sono stati molto chiari nell'evidenziare come su nessuno di questi profili questa legge fortemente innovativa avesse avuto attuazione concreta. Non le azioni positive, dove alla scarsa entità dei finanziamenti si sono aggiunte le lentezze burocratiche, senza considerare la clamorosa mancata ottemperanza alla previsione dell'obbligo posto a carico di tutte le amministrazioni di adottare piani di azioni positive entro un anno dall'entrata in vigore della legge. Non le nuove istituzioni di parità, a livello locale spesso nemmeno istituite e ove presenti prive delle risorse necessarie per operare e a livello centrale caratterizzate dalla farraginosità delle commissioni e dal mancato raccordo fra gli organismi operanti nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei ministri e quelli che fanno capo al Ministero del lavoro. Quanto al piano processuale, è anzitutto la mancanza di risorse finanziarie delle/i Consigliere/i di parità ad impedire un sostegno adeguato alle vittime di discriminazione. Infine, l'obbligo di presentare il rapporto sulla situazione del personale non era nemmeno ancora entrato in vigore a causa di un non irrilevante contenzioso circa l'interpretazione della norma. Come ha ricordato Marzia Barbera nel suo contributo al vol. I di quest'opera², Carlo Smuraglia riuscì ad incidere fattivamente, con la sua indagine e con le sue pressioni sul Governo, sulla situazione: con il d. lgs. 23 maggio 2000, n. 196 si ebbe una importante riforma delle istituzioni di parità, volta a consentire un migliore coordinamento e soprattutto a istituire la Rete dei consiglieri di parità, finalmente dotati di uffici e risorse adeguate. Così per un certo periodo le/i Consigliere/i di parità riuscirono a svolgere il loro lavoro. Carlo Smuraglia sottolineava nella Relazione come una legge così avanzata – qual era la l. n. 125 a quei tempi – avesse bisogno «di una spinta eccezionale, per superare resistenze e difficoltà». Ebbene, esaurita quella spinta, la situazione è lentamente tornata quella che era: le riforme successive hanno privato le/i Consigliere/i di parità dei mezzi necessari per poter svolgere il loro lavoro e nonostante che le direttive europee pongano requisiti abbastanza stringenti di qualificazione, indipendenza e risorse, le istituzioni di parità rimangono una “Authority Dio minore”, sostanzialmente prive di compenso e costrette ad una sorta di volontariato sociale. Entro giugno 2026 saremo chiamati ad attuare due nuove direttive europee sugli organismi di parità. Potrebbe essere l'occasione per riprendere in considerazione anche alcune delle concrete proposte operative contenute nella Relazione, ma soprattutto per tenere bene in mente il monito che ci lascia di mantenere sempre alta l'attenzione.

Nella parte dedicata al lavoro non subordinato abbiamo pubblicato anzitutto due saggi sull'associazionismo dei professionisti e gli scritti riguardanti le prestazioni coordinate e

2 BARBERA M., *Eguaglianza e istituzioni di parità*, in Carlo Smuraglia, *La vita e le opere*, Vol. I, <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/book/178>.

continuative a carattere prevalentemente personale. Il primo saggio, risalente al 1969, pone una serie di interrogativi circa l'utilità degli strumenti dell'associazione e/o della società a far fronte alle sempre maggiori difficoltà e crisi in cui versavano all'epoca le libere professioni. Le forme associazionistiche o societarie sono per Carlo Smuraglia una delle soluzioni utili a far fronte alle esigenze di una sempre maggiore competenza e di aggiornamento che il progresso richiede, oltre che del raggiungimento di una più razionale organizzazione del lavoro e del contenimento delle spese. Ma questa forma non basta per raggiungere obiettivi più lungimiranti, quali la capacità di svolgere lavoro d'equipe, la fungibilità fra i soci, la formazione professionale dei giovani. È anche alla sicurezza che il nostro Autore guarda: l'associazione consente maggiormente di far fronte ai rischi derivanti dall'andamento scostante delle opportunità di lavoro o dalle esigenze di sospendere il lavoro per motivi di salute o comunque rilevanti. Carlo Smuraglia tornerà sul tema 40 anni dopo, nel 2000, riproponendo la questione alla luce delle nuove trasformazioni economiche e della globalizzazione. Questa volta sono le sfide della c.d. New Economy a riproporre sostanzialmente le stesse esigenze di maggiore rapidità, di diversa organizzazione, di più spiccata professionalità e di aggiornamento continuo che erano già emerse nella precedente relazione. Ciò che è cambiato è il contesto, caratterizzato ora da una spiccata concorrenza internazionale e dalla necessità di decisioni e soluzioni rapide. Entrano in gioco il ruolo dell'Università, quale centro anche per la formazione permanente, oltre che degli ordini professionali e dei sistemi di accesso alle professioni, sempre più messi in discussione, cui si richiedono soluzioni innovative, non più basate su restrizioni e numeri chiusi bensì su processi di qualità e sulla garanzia delle pari opportunità. La qualità si garantisce mediante il controllo degli ordini o, per le professioni non regolamentate, mediante sistemi di certificazione e/o accreditamento. Il punto di maggiore interesse qui è a mio avviso quello relativo all'impatto delle nuove tecnologie. Fondamentali per Carlo Smuraglia nel rendere un servizio di migliore qualità, ma con l'avvertenza che si tratta pur sempre di mezzi e strumenti che non possono sostituirsi alla fantasia, all'intelligenza, alla capacità di costruire e capire che è dell'uomo e non delle macchine. Anni dopo, con l'art. 3 del d.l. 138/11 e poi con l'art. 10, l. n. 183/2011, l'esercizio delle professioni verrà liberalizzato (fermi restando gli esami di Stato e le discipline delle professioni regolamentate) e verrà consentita anche la costituzione di società di professionisti. Il tema del rapporto tra tecnologia e professioni resta invece ancora sul tappeto e si ripropone con maggiore importanza e urgenza con l'avvento dell'intelligenza artificiale.

Per quanto riguarda i c.d. lavori atipici, oltre allo storico d.d.l. n. 2049, intitolato «Norme di tutela dei lavori "atipici"», pubblichiamo alcuni interventi e scritti che offrono un quadro complessivo delle vicende che animavano il dibattito dell'epoca: il primo infatti è stato scritto proprio mentre il d.d.l. era in discussione, il secondo nel 2000, quando, dopo l'approvazione al Senato le sorti del d.d.l. si erano fatte molto più incerte e un terzo del 2001, successivo allo scadere della Legislatura e alla sostanziale chiusura del dibattito senza che il d.d.l. fosse stato approvato. L'idea di fondo che animava quel progetto era ben spiegata, sia nei presupposti che nei contenuti. Quanto ai primi, la premessa fondamentale per Carlo Smuraglia era che il lavoro subordinato classico non fosse affatto finito, pur avendo assunto caratteri di maggiore flessibilità, e che accanto ad esso fossero comparse nuove forme di lavoro, di una dimensione

quantitativa tale da richiedere un intervento. Il nostro Autore non propone però una semplicistica estensione delle norme di tutela del lavoro subordinato: davanti alla novità del lavoro atipico è necessaria cautela, per evitare eccessivi irrigidimenti che possano ostacolarne lo sviluppo o spingerlo verso il lavoro non dichiarato. Egli ha in mente l'adozione di misure minime che garantiscano la tutela della salute e sicurezza del lavoro, le fondamentali prestazioni previdenziali (all'epoca vi era solo la tutela pensionistica mediante iscrizione alla gestione separata, con contributi del 12%, del tutto insufficienti per l'acquisizione di pensioni adeguate) e dei basilari diritti di tutela della dignità e libertà della persona (qui mediante estensione selettiva di solo alcune delle norme dello Statuto dei lavoratori). Per il resto, nel pensiero di Carlo Smuraglia, non era opportuno intervenire, demandando alla contrattazione collettiva e agli stessi soggetti interessati il compito di definire le migliori forme e tecniche di regolazione.

Come scrive in più di uno dei saggi pubblicati in questo volume, il d.d.l. 2049 si arenò alla Camera, ed è questa anche una delle ragioni che portò Carlo Smuraglia ad abbandonare la politica al termine della XIII Legislatura (anche se, sappiamo bene, continuò a fare politica fuori dalle sedi istituzionali). Nella successiva Legislatura, con il d. lgs. 276/03, impropriamente noto come legge Biagi, si pensò di tutelare il lavoro c.d. atipico mediante l'introduzione del c.d. lavoro a progetto, caratterizzato dalla forma scritta e da pochi altri vincoli, e poi definitivamente abolito con il d. lgs. n. 81 del 2015, uno dei provvedimenti parte del Jobs Act. Le forme di lavoro atipico sono quindi tornate ad essere disciplinate dalle scarse norme riguardanti le collaborazioni coordinate e continuative, anche se è da dire che il legislatore è intervenuto già con il citato d. lgs. 81/08 cercando di introdurre una maggiore tutela per quelle c.d. organizzate dal committente. Ma le poche eppur fondamentali tutele che erano previste nel d.d.l. Smuraglia (come tutti lo chiamavano all'epoca) non hanno mai trovato riconoscimento normativo. Non i diritti di manifestazione del pensiero; né i divieti di indagini dirette del committente sulla malattia del lavoratore e sui fatti non rilevanti ai fini dello svolgimento della prestazione di lavoro; non l'obbligo di preavviso e di motivazione del recesso dal rapporto di lavoro, non il diritto di preferenza in caso di nuove assunzioni da parte del committente né l'indennità di fine rapporto; non i diritti di informazione né quelli di partecipazione alla vita sindacale dell'azienda; non le sanzioni amministrative previste in caso di lavoro subordinato dissimulato. Una parziale estensione dei divieti di discriminazione è derivata dall'attuazione delle direttive europee, mentre l'estensione delle norme in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro è avvenuta soltanto con riferimento alle prestazioni da eseguirsi all'interno dei locali del committente. Si tratta di una limitazione che pone non irrilevanti difficoltà applicative e che, a fronte della recente estensione delle tutele anche al lavoro agile, ha perso ormai ogni possibile giustificazione. La principale tutela che è stata estesa ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa è quella previdenziale, ma senza adeguato sistema di ricomposizione delle posizioni assicurative frazionate del lavoratore, che invece era previsto nel d.d.l. Smuraglia.

Il d.d.l. che ha avuto maggiore successo, e che qui pubblichiamo, è forse quello che ha destato meno attenzione da parte degli studiosi del diritto del lavoro, ma che ha avuto invece grandissima importanza per i lavoratori interessati. Si allude al Ddl n. 3157 di modifica alla legge sulle cooperative sociali al fine di favorire il lavoro carcerario, oggi nota ai più come la storica

“Legge Smuraglia”. Sebbene oggi sia oggetto di alcune critiche, soprattutto in considerazione dell’insufficienza delle risorse messe a disposizione e degli sgravi fiscali concessi, essa rimane l’unico provvedimento con cui lo Stato abbia predisposto strumenti per facilitare e incentivare il lavoro dei detenuti, ed è appena il caso di ricordare qui quanto il lavoro contribuisca a ridurre i casi di recidiva. Anzitutto, si allarga l’ambito di applicazione delle categorie di lavoratori svantaggiati che possono essere impiegati dalle cooperative sociali. Se fino alla legge Smuraglia queste potevano impiegare solo i condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione, ora si includono tutte le persone detenute o internate negli istituti penitenziari. L’idea di fondo che ispira il provvedimento è stata definita tanto semplice quanto rivoluzionaria e geniale: l’abbattimento del 95% dei contributi previdenziali, unito alla garanzia di un salario equivalente a quello percepito dai lavoratori non ristretti coniuga l’incentivo alle aziende, compensando anche la eventuale minore produttività del lavoro svolto all’interno delle carceri, con la dignità del lavoro e la finalità pubblica del reinserimento dei detenuti. Il problema di fondo che rimane è semmai quello di trovare ulteriori modalità — anche tramite una semplificazione delle eccessive pratiche burocratiche necessarie per avviare al lavoro i detenuti — per una sua maggiore diffusione.

Nel chiudere questa breve presentazione, l’immagine che esce da questo volume non è quella di un insieme di lavori scostanti, che guardano ora all’innovazione tecnologica ora allo stress, ora alla condizione femminile, o a quella dei precari o di altre categorie di soggetti, è piuttosto quella di un’operazione volta a calare i diritti della persona, la tutela della dignità e della libertà di chi lavora, nei mutati contesti e nelle nuove situazioni che la vedono coinvolta. Un approccio che ha sempre al centro lo stesso faro: la Costituzione.

Olivia Bonardi

SEZIONE I

I DIRITTI DELLA PERSONA CHE LAVORA

1. SCRITTI E DISCORSI

Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore (a proposito della installazione di impianti di ripresa televisiva nelle fabbriche)*

L'installazione in una fabbrica milanese di un impianto televisivo per l'osservazione diretta dei reparti di lavorazione¹ ha sollevato ancora una volta il problema dei rapporti tra le acquisizioni del progresso tecnico e l'esigenza del rispetto della personalità umana. Problema che assume aspetti rilevanti non solo sul piano medico, psicologico e sociale, ma anche – e vorremmo dire prima di tutto – sul piano giuridico.

L'esistenza di una controversia sindacale nello stabilimento in questione, la notizia che impianti del genere sarebbero in via di installazione in altri importanti stabilimenti della provincia di Milano, l'interesse che la questione ha suscitato nei più diversi strati dell'opinione pubblica², inducono ad effettuare un primo esame del problema sotto il profilo giuridico. Se è vero – come è certo – che il compito del giurista moderno è quello di mantenersi al passo con la realtà sociale ed affrontare i problemi nuovi via via che si presentano, in relazione alle strutture ed all'ordinamento vigente, ci sembra che pochi casi come questo richiedano un intervento sollecito degli studiosi, per l'esame della parte di loro competenza.

Naturalmente, non pretendiamo di risolvere il problema con queste prime osservazioni; in un certo senso, si tratta più che altro – in questo momento – di impostare il problema, cercando di recare un primo contributo alla sua risoluzione. Se poi da questa prima impostazione nascerà un dibattito, non vi è dubbio che esso sarà comunque fecondo per gli ulteriori risultati a cui potrà

* Saggio pubblicato sulla *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1960, I, pag. 303.

1 A quanto si è appreso dai quotidiani, l'installazione di un impianto televisivo del genere è stata effettuata per la prima volta, nello scorso mese di novembre, nello stabilimento di Agrate Brianza della Ditta Rosier, del settore abbigliamento. Non risulta che la Commissione interna, esistente nello stabilimento, sia stata preventivamente consultata né informata. A seguito delle prime riprese televisive, alcune operaie sarebbero state sottoposte a provvedimenti disciplinari (multe, sospensioni, ecc.). Risulta inoltre che le maestranze si sono poste in sciopero contro le suddette installazioni; dopo vari sviluppi della controversia in sede sindacale, attualmente le riprese sono state sospese e sono in corso trattative tra le parti.

2 Particolarmente interessante, sotto questo profilo, l'iniziativa della Società Umanitaria di Milano, che ha promosso un convegno di studi sul problema, inquadrato soprattutto sotto il profilo psicologico. In effetti, il convegno si è svolto nella sede dell'Umanitaria il 10 dicembre 1960 con ampia partecipazione di sindacalisti, dirigenti di aziende, medici, psicologi, giuristi. Sulla relazione introduttiva del Prof. Musatti si sono avuti numerosi interventi, che hanno affrontato la questione sotto i più diversi profili e con fecondi risultati.

condurre. È quindi con questo spirito che ci accingiamo ad esaminare la questione, prescindendo dagli atteggiamenti assunti nel caso concreto dalle due parti contrapposte ed attenendoci a quella rigorosa obiettività che deve essere sempre connaturata all'opera del giurista.

Ci sembra indispensabile accennare rapidamente ai presupposti di fatto: le apparecchiature in questione consistono in telecamere con obiettivi particolarmente potenti e sensibili, le quali vengono orientate su un reparto di una fabbrica, consentendo la ripresa diretta di quanto in esso avviene, in visione generale e particolare, con contemporanea trasmissione delle immagini su un video installato in appositi ambienti della direzione aziendale.

Il primo esperimento effettuato in Italia è stato compiuto senza preavviso alle maestranze. Non risulta che a seguito delle prime riprese televisive siano state apportate modificazioni di sorta ai sistemi di produzione e di lavorazione; sembra, invece, che siano stati adottati provvedimenti disciplinari a carico di lavoratori sorpresi dalla telecamera in atteggiamenti ritenuti dalla direzione aziendale non corrispondenti agli obblighi del personale.

Per un'esatta impostazione del problema giuridico, appare necessario preliminarmente determinare quale sia attualmente la posizione delle parti del rapporto di lavoro e in particolare quali siano da un lato i poteri ed i limiti dell'attività dell'imprenditore, dall'altro i diritti e gli obblighi del prestatore di lavoro.

1. — La prima norma da prendere in considerazione è quella contenuta nell'art. 41 della Carta Costituzionale, col quale si è riconosciuta la libertà dell'iniziativa economica privata, a condizione che essa non contrasti con l'utilità sociale e non si svolga in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La semplice lettura di questa disposizione dimostra come sia stata superata largamente la vecchia concezione della proprietà "funzionale" cui si ispirava il sistema corporativo. Nel precedente sistema, l'iniziativa economica era pubblicizzata e funzionalizzata, almeno in apparenza in quanto la sua legittimità era subordinata ad una pretesa rispondenza alle esigenze della produzione nazionale. Conseguentemente, l'imprenditore, era, nell'impresa, una specie di "gerarca" e la sua attività, che — si diceva — doveva rispondere alle esigenze dell'interesse nazionale (anche se poi in pratica esso coincideva col suo stesso personale interesse), apparve sostanzialmente illimitata nei confronti del personale dipendente, proprio perché determinata da quelle superiori esigenze.

La Costituzione del 1948 ha ripudiato tale concezione, riconoscendo che l'iniziativa privata non può che avere uno scopo essenzialmente individualistico. Per conseguenza, l'imprenditore è un soggetto privato che opera per un interesse strettamente personale e nell'ambito della più rigorosa autonomia privata. La sua attività, peraltro, è assoggettata a due limiti essenzialmente negativi. Il primo di essi (che da taluni è ritenuto addirittura un carattere intrinseco della privata iniziativa) e, cioè, la necessità di non agire in contrasto con l'utilità sociale, risponde pur sempre ad una esigenza e ad un interesse di carattere generale. Il secondo (obbligo di non agire in contrasto con la sicurezza, la libertà, la dignità umana), è specificamente previsto in relazione ad un interesse peculiare, ancorché collettivo, che riguarda i soggetti lavoratori con l'ausilio dei quali l'attività suddetta si svolge. In questo senso può ben dirsi che nel secondo limite posto dall'art. 41 deve ravvisarsi una delle fondamentali garanzie previste dalla Costituzione a favore dei lavoratori.

Si tratta di una vera e propria garanzia di uguaglianza per i lavoratori, che investe l'intero rapporto di lavoro, considerandolo in ogni momento della sua esplicazione; ciò è reso manifesto dal richiamo esplicito alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana.

Si è, infatti, ritenuto che non bastasse garantire l'integrità fisica del prestatore, ma si dovesse anche garantire al medesimo l'esplicazione della propria personalità nell'ambito della formazione sociale nella quale si trova ad operare; infine, il richiamo al concetto di *dignità* investe tutto quel complesso di valori umani e morali che della personalità del soggetto è imprescindibile complemento.

È facile rilevare l'enorme progresso compiuto da tale disposizione rispetto alla sostanza, dell'art. 2087 cod. civ., anche se già in questa norma era contenuto un primo richiamo alla tutela della personalità morale del prestatore di lavoro. Non solo questa tutela si è ampliata ed è arrivata ad investire l'intera personalità del lavoratore, in ogni momento di esplicazione della sua attività; ma essa si è trasformata addirittura in una garanzia costituzionale, con tutte le conseguenze che naturalmente da ciò scaturiscono.

L'imprenditore non è dunque più un gerarca quasi dispotico, i cui poteri organizzativi e disciplinari non possono incontrare alcun concreto limite, salva la, in pratica, vuota retorica del superiore interesse nazionale; la sua attività è riconosciuta come libera, ma resta l'attività di un soggetto privato, svolta ed esplicata per il soddisfacimento di un interesse del tutto personale ed individuale. Ma ogni volta che tale attività venga a trovarsi in conflitto con le esigenze di tutela della sicurezza, libertà e dignità umana, la garanzia costituzionale prevista a favore dei lavoratori entra in funzione; di modo che il conflitto tra i due interessi – dei quali il primo è soltanto riconosciuto e in un certo senso tollerato, mentre l'altro è ritenuto costituzionalmente rilevante e meritevole di tutela – non può che risolversi in ogni caso a favore del secondo.

È interessante anche rilevare come in tal modo il concetto di *dignità umana*, finora appartenente alla sociologia, alla morale ed alla politica, abbia per la prima

volta assunto un significato giuridico tale da incidere profondamente sulle posizioni rispettive del datore di lavoro e del lavoratore. Vedremo più oltre le conseguenze particolari di tutto questo, particolarmente in relazione alla posizione delle parti nel rapporto di lavoro ed al complesso dei diritti e degli obblighi che viene a far carico a ciascuna di esse. Basti per ora rilevare come in nessun caso il secondo limite previsto dall'art. 41 della Costituzione possa essere valicato senza che l'iniziativa privata venga a collocarsi al di fuori dell'ordinamento giuridico, diventando sostanzialmente illegittima.

2. – Ma la portata dell'art. 41 particolarmente in relazione al problema di cui ci occupiamo, non può essere rettammente intesa se non in stretto collegamento con altre disposizioni di carattere generale e particolarmente con gli artt. 2 e 3 della Costituzione.

L'art. 2, come è noto, stabilisce il principio del riconoscimento e della garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, «sia come singolo, sia *nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*»; l'art. 3 stabilisce il principio di uguaglianza fra i cittadini e prevede come compito fondamentale della Repubblica la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione di tutti i lavoratori alla direzione del Paese.

Tali disposizioni sono di eccezionale importanza, in quanto introducono nel nostro ordinamento alcuni principi assolutamente nuovi e tali da modificare profondamente le strutture della vita sociale del nostro Paese. È chiaro che il legislatore costituente è partito dal presupposto della esistenza di una divisione della società in due parti, una delle quali è posta in condizione di inferiorità rispetto all'altra in conseguenza di precise ragioni di ordine economico e sociale. Sulla base di tale constatazione, il legislatore costituente ha indicato come esigenza fondamentale quella della progressiva instaurazione di una democrazia sostanziale e della realizzazione di una effettiva uguaglianza fra i cittadini. Ed ha ravvisato il mezzo fondamentale per la realizzazione di tale esigenza, appunto nella rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, che sono tuttora la causa della suddetta situazione di disuguaglianza. Al qual fine ha deliberato una serie di misure atte a garantire il pieno sviluppo della personalità umana. Fondamentale in questo senso appare poi il richiamo alle «formazioni sociali» in cui si svolge tale personalità, in quanto per la prima volta il cittadino viene preso in considerazione non solo come soggetto privato, ma anche come membro di un gruppo sociale.

Di non minore rilievo è, d'altra parte, il fatto che si indichino come operanti le cennate garanzie in ogni momento della vita dell'individuo, e quindi anche e soprattutto nel momento dell'esplicazione dell'attività lavorativa, in quelle «formazioni sociali», di cui parla appunto l'art. 2 e tra le quali deve considerarsi preminente, senza alcun dubbio, la “fabbrica”.

In questo sistema è, dunque, preminente il complesso delle garanzie destinate a tutelare l'attività e la personalità di quei soggetti che appartengono a quella parte della intera società che è stata riconosciuta in posizione di svantaggio economico e sociale rispetto all'altra.

È naturale allora che tali garanzie — per essere efficaci — debbano considerarsi operanti non solo nel rapporto tra il cittadino lavoratore e lo Stato, ma anche nell'ambito dei rapporti intersoggettivi. Ciò significa che esse si concretano in un sistema generale, che vede contrapposti certi diritti soggettivi particolari riconosciuti ai lavoratori in relazione all'esistenza di concreti rapporti di lavoro e certe situazioni di obbligo o anche di mera soggezione a carico delle altre parti dei medesimi rapporti. Inoltre, in certi casi in cui ancora non si possono identificare gli estremi del vero e proprio diritto soggettivo, si può riscontrare l'esistenza di situazioni di interesse protetto (destinate del resto ad evolversi col tempo in altrettanti diritti soggettivi) cui corrispondono particolari vincoli di subordinazione della legittimità di determinate attività dell'imprenditore al rispetto di fini di ordine eminentemente sociale.

Questo complesso di diritti e di obblighi, di interessi e di vincoli, costituisce la base strutturale ed essenziale del rapporto di lavoro, così come oggi deve essere concepito. Esso determina altresì una posizione assolutamente nuova dei soggetti del rapporto stesso. Le accennate garanzie operano, in sostanza, in due direzioni: da un lato riducono, vincolano e "discrezionalizzano" i poteri degli imprenditori, dall'altro incrementano i poteri ed i diritti dei lavoratori, eliminando, sia pure solo parzialmente, certi ostacoli che già si opponevano alla libera esplicazione della loro personalità.

È soprattutto sotto questo profilo che va considerato il collegamento tra la norma dell'art. 41 e quelle contenute negli artt. 2 e 3 della Costituzione. L'esatta portata di queste disposizioni non può essere individuata se non tenendo conto dello stretto collegamento fra esse esistente.

3. — Se si esamina, alla stregua dei citati principi, la posizione attuale dell'imprenditore, il primo rilievo che si deve fare è che essa risulta, come si è detto, profondamente modificata rispetto al passato.

Si riflette anzitutto su tale posizione il principio generale contenuto nell'art. 41, sì che può affermarsi con sicurezza che l'attività dell'imprenditore cessa di essere lecita allorché essa contrasti con la libertà, la sicurezza e la dignità dei prestatori di lavoro. In secondo luogo, tutti i tradizionali poteri del datore di lavoro vengono ad essere limitati; anzi, è più esatto dire che essi si riducono in sostanza ad uno solo, che è quello direttivo. Non si potrebbe infatti seriamente contestare il diritto dell'imprenditore ad organizzare l'attività aziendale. In qualunque formazione ed in qualunque attività di natura complessa, una organizzazione è necessaria ed è chiaro che essa deve far capo a chi ne assume anche il rischio. Ma questo potere organizzativo e direttivo non ha nulla a che fare con il potere gerarchico, col

potere disciplinare, col potere regolamentare, con tutti gli altri tipi di poteri insomma che solevano e ancora sogliono essere richiamati per definire la posizione del datore di lavoro. A ben guardare, tutti questi distinti poteri si ricollegano esclusivamente ad una figura tradizionalmente autoritaria e quasi incontrollata di datore di lavoro; ed è manifesto che essi non potrebbero materialmente esplicitarsi senza venire a contrasto con la libertà e la dignità dei lavoratori.

Orbene, a nostro parere, non vi è motivo di riconoscere al datore di lavoro tanti distinti ed autonomi poteri, il cui fondamento, di volta in volta potrebbe essere seriamente contestato. Mentre infatti alcuni di questi *poteri* devono ormai ritenersi come incompatibili con i principi sopra ricordati (ad es. il potere gerarchico) altri non sono che un aspetto di quell'unico potere direttivo ed organizzativo che abbiamo riconosciuto essere non solo legittimo ma addirittura necessario. Una disciplina è sempre necessaria, in ogni attività organizzata; ma altro è imporre gerarchicamente ed autoritativamente un complesso di regole a cui i dipendenti devono attenersi, altro è pretendere il rispetto di una disciplina determinata in via concordataria, la cui fonte, quindi, deve ravvisarsi non già nella esclusiva volontà dell'imprenditore, ma in un atto complesso scaturito dal concorso delle volontà dei rappresentanti delle due parti.

Lo stesso può dirsi del cosiddetto potere di regolamentazione; quando il datore di lavoro, per emanare un regolamento d'impresa, deve preventivamente consultare la Commissione interna (così come è disposto dall'art. 2, n. 3, dell'accordo interconfederale 8 maggio 1953), è chiaro che non può parlarsi di un suo potere autonomo ed incondizionato, ma ancora una volta soltanto di un aspetto del suo potere direttivo, inteso nel senso e con i limiti di cui abbiamo fatto cenno più sopra.

L'imprenditore è, dunque, oggi un organizzatore di beni e di persone, per l'esercizio di un'attività che è libera solo in quanto non contrasti con la sicurezza, la libertà e la dignità dei lavoratori. Il contenuto del suo potere direttivo, come è stato esattamente rilevato, consiste, perciò, nella possibilità di determinazione in concreto di quella parte della prestazione lavorativa che è per sua natura generica ed indeterminata.

Si tratta, in definitiva, di un potere caratteristicamente "tecnico" e funzionale, strettamente connesso alle necessità organizzative dell'azienda e vincolato da quel complesso di garanzie che abbiamo sommariamente ricordato più avanti.

4. – La posizione attuale del lavoratore risulta già implicitamente dalla esposizione dei principî generali e dalla rapida descrizione, che si è premessa, della posizione dell'imprenditore. Una volta precisato che la subordinazione del lavoratore deve essere considerata esclusivamente sotto il profilo tecnico e funzionale e senza alcuna implicazione della persona del prestatore come tale, non occorre insistere a lungo sui cosiddetti doveri autonomi di fedeltà e di obbedienza e sulla natura della cosiddetta «collaborazione» che egli dovrebbe. L'obbligazione

principale del lavoratore è sempre e soltanto quella attinente alla prestazione dell'attività lavorativa; ed è solo nel senso di cui all'art. 2105 cod. civ. che può parlarsi di un dovere di fedeltà.

Quanto alla «collaborazione», essa resta soltanto una vuota formula retorica, almeno fino a quando non ci si vorrà convincere che piuttosto che di un obbligo, si tratta di un diritto (art. 46 della Costituzione).

In effetti, tutta la posizione del prestatore di lavoro risulta fortemente influenzata da quel complesso di garanzie che la Carta costituzionale ha introdotto nel nostro ordinamento. Abbiamo visto come esse siano destinate ad operare anche nei rapporti intersoggettivi; sarebbe infatti, del tutto assurdo che esse operassero soltanto nei confronti dello Stato e non nei confronti dei soggetti privati, proprio in rapporto ai quali esse sono state riconosciute. Tanto più, del resto, esse debbono operare nei confronti del datore di lavoro, nel senso di una attribuzione di diritti soggettivi a favore del lavoratore *anche* nel rapporto di lavoro, poiché è proprio nella fabbrica (in quanto «formazione sociale»), che il cittadino-lavoratore esplica necessariamente e principalmente [la] sua personalità. Se, dunque, ieri il lavoratore poteva essere considerato come un soggetto che vendeva la sua forza-lavoro in cambio di denaro, oggi egli – almeno nel quadro tracciato dalla Costituzione – dovrebbe raggiungere il culmine della sua posizione sociale proprio quando esplica la sua attività lavorativa; è, infatti, in questo momento che l'ordinamento gli riconosce il massimo di diritti e di garanzie.

L'azienda non si presenta più come un'isola nella quale vi è un signore dispotico, dotato di pieni poteri su tutti gli altri soggetti; ma si pone, invece, come una formazione sociale, ritenuta rilevante anche e, in certo senso, soprattutto per il fatto che è in essa che si sviluppa al massimo la personalità del singolo, attraverso quell'attività, che è e deve essere il fondamento di tutta l'organizzazione e la vita del Paese e, cioè, attraverso il lavoro.

Per questo solo fatto, le parti che in essa instaurano e svolgono un particolare rapporto giuridico, quale è quello di lavoro devono considerarsi come sostanzialmente uguali e, a tale effetto, per equilibrare una situazione *naturalmente* pendente a favore della parte economicamente più forte, si riconosce all'altra una preminenza di ordine sociale e politico. Il che si traduce, sul piano giuridico, in conseguenze di cui alcune sono, appunto, quelle che più sopra abbiamo accennato.

5. – È interessante osservare in qual modo si riflettano sulla posizione delle parti contrapposte del rapporto di lavoro le acquisizioni del progresso tecnico. L'utilizzazione anche negli stabilimenti industriali di nuove tecniche e di nuovi sistemi produttivi è, infatti, del tutto naturale. Talvolta si tratterà della introduzione di nuove macchine, talvolta si tratterà, invece, di modificazioni strutturali dei sistemi lavorativi. Può darsi che questo comporti un certo sacrificio di interessi e di diritti soprattutto a carico della parte dei lavoratori.

In tal caso, dovrà ritenersi lecito tale sacrificio, in nome del progresso e dello sviluppo dell'attività produttiva, oppure si dovrà ancora ritenere preminente su ogni altra cosa l'esigenza del rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana? A noi sembra che la risposta scaturisca in modo inequivocabile dal complesso delle norme vigenti nel nostro Paese e delle quali ci siamo occupati più sopra. Nessuno può e deve porsi contro il progresso, che è la molla e la spinta fondamentale della vita dell'uomo; ma ogni volta che il progresso si risolve in un mostruoso meccanismo atto a sopprimere o limitare la personalità umana, è chiaro che a quest'ultima deve riconoscersi in ogni caso la preminenza. Non si può distruggere l'uomo per il denaro; e sarebbe un mondo squallido quello in cui un esercito di schiavi senza dignità producesse ad un ritmo crescente e mai raggiunto fino a quel momento. E ciò a maggior ragione quando poi le acquisizioni tecniche non tanto debbono giovare immediatamente alla collettività, quanto, piuttosto, rispondere all'interesse limitato ed egoistico di pochi privilegiati.

Reperire il punto di confluenza tra le esigenze del progresso e quelle del rispetto della dignità ed anzi dello sviluppo della personalità umana, è uno dei problemi fondamentali della società moderna. Ma non bisogna dimenticare che il problema, prima ancora che morale, sociale e psicologico, è anche ed essenzialmente giuridico. E il diritto non è un fenomeno astratto, ma una regola di vita e di convivenza che scaturisce dal complesso delle norme vigenti in un Paese in un'epoca determinata.

Deve, dunque, essere chiaro che il cittadino-lavoratore non può opporsi al progresso per semplice pigrizia o spirito di conservazione; ma può e deve richiamarsi alle garanzie che l'ordinamento gli appresta, ogni volta che il progresso minacci di calpestare la sua libertà, la sua dignità, la sua personalità.

6. – Ci sembra, a questo punto, di aver posto tutte le premesse di carattere generale necessarie per poter passare all'esame della questione, dalla quale abbiamo preso le mosse.

L'installazione di impianti di ripresa televisiva nelle fabbriche deve ritenersi indubbiamente consentita dal progresso notevole che la scienza ha raggiunto in ogni campo. Ed anche se non è dato ancora di vedere concretamente in qual modo tali impianti potranno essere utilizzati, appare chiaro fin d'ora che non avrebbe senso respingere a priori e senza fondamento la loro utilizzazione nelle fabbriche.

Risulta intanto che già in alcuni stabilimenti, nei quali si svolgono attività particolarmente pericolose, la televisione è stata utilmente impiegata per sorvegliare alcune fasi dell'attività produttiva. Ma si è trattato di impianti destinati a sostituire l'opera dell'uomo, in casi in cui il pericolo era tale da non poter praticamente essere annullato con nessuna – per quanto progredita – misura di prevenzione. Il controllo di una macchina particolarmente pericolosa o di

un forno che sviluppa un forte calore o esalazioni nocive e la sorveglianza di fasi di lavorazioni chimiche nocive e pericolose o di alcuni settori di attività di fabbricazione di esplosivi, possono utilmente effettuarsi a distanza, mediante installazione di telecamere nei punti più pericolosi, nei quali il lavoratore si troverebbe esposto a gravi pericoli. Ma in questi casi non sorge alcun problema di rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana; che anzi il progresso è posto proprio al servizio di queste fondamentali esigenze.

Sorge invece il problema, e in tutta la sua gravità, quando gli impianti di ripresa televisiva vengano collocati in un reparto, non già per sostituire l'attività del lavoratore, ma anzi per controllarla.

Si immagini la vita di un reparto in una fabbrica, nel quale operino le riprese televisive; un gruppo di uomini attende al proprio lavoro, mentre una telecamera li spia, in ogni loro movimento, in ogni loro azione. L'occhio della telecamera investe panoramicamente l'intero reparto, ma può soffermarsi anche sui singoli lavoratori. A seconda del modo in cui è installato l'apparecchio, il lavoratore non sa di essere osservato, oppure ne è edotto e si rende conto di essere posto sotto una continua e solo apparentemente impersonale sorveglianza. Nel primo caso, non vi ha chi non veda come si tratti di un abuso inconcepibile, che riconduce a sistemi addirittura medioevali. Quest'uomo che lavora e non sa di essere osservato, è offeso nella sua personalità e nella sua dignità. Egli non può difendersi dall'occhio che lo spia e non sa che ogni suo gesto, volontario o riflesso, è sottoposto a controllo. Sarebbe vano ricercare in lui quella figura di cittadino-lavoratore che è delineata dalla Costituzione, come fulcro essenziale della vita del nostro Paese.

Indubbiamente diversa è la situazione del lavoratore che sa che nel suo reparto è piazzata una telecamera e conosce, quindi, di essere sottoposto a continuo controllo. Molti psicologi hanno rilevato – a nostro parere, esattamente – che un simile fatto può provocare danni alla stessa attività lavorativa e determinare conseguenze più o meno gravi a carico del sistema nervoso del soggetto. Basterebbe già questo a suscitare una profonda preoccupazione, specialmente in questa nostra civiltà di macchine, in cui la personalità umana è già messa quotidianamente a dura prova.

Ma il problema diventa più squisitamente giuridico quando si passa ad osservare l'impiego che il datore di lavoro può fare di tali metodi di sorveglianza e di osservazione. Indubbiamente, egli può avvalersi di tali apparecchi per ragioni tecniche (miglior controllo complessivo dell'attività produttiva di un reparto); ma con altrettanta certezza egli può avvalersi di tali impianti anche a fini di sorveglianza del personale, per scopi eminentemente disciplinari. Non può sussistere alcun dubbio, a nostro avviso, sulla assoluta illiceità dell'impiego di tali strumenti a fini disciplinari. Un siffatto controllo su ogni momento dello svolgimento dell'attività lavorativa e magari anche sulle pause del lavoro, non può in alcun modo svolgersi senza una palese compressione della libertà dei prestatori

di lavoro e senza una clamorosa violazione della loro dignità umana. Una cosa è il controllo del sorvegliante, che interviene, contesta direttamente un'infrazione, dà modo al lavoratore di difendersi, di prospettare le sue ragioni; altra cosa, e ben diversa, è il controllo anonimo, odioso, scostante, spinto fino all'esasperazione, da parte di un meccanismo controllato soltanto dalla direzione aziendale e dai suoi incaricati.

Nessuno può contestare che l'imprenditore ha diritto ad assumere e mantenere in servizio guardiani e sorveglianti. Ma tutti ricordano l'ampio moto di protesta che si sollevò, anche fra i più autorevoli giuristi, quando in un grande stabilimento italiano si tentò di istituire una specie di polizia privata all'interno della fabbrica, dotata di poteri di sorveglianza, di controllo, di perquisizione del personale, ispirata a criteri odiosi e repressivi. Fu allora ritenuto dai più che un simile sistema era tipico di un ordinamento gerarchico oggi non più esistente; e che a tanto non poteva pervenire l'imprenditore, nell'ambito del suo potere disciplinare (inteso nel senso più sopra indicato) senza porsi in stridente contrasto con l'esigenza di rispetto della dignità e libertà umana. Le stesse considerazioni valgono oggi per quanto riguarda l'impiego, a tali fini, degli impianti di ripresa televisiva. L'imprenditore che li usa a tale scopo non si vale più soltanto di quel potere direttivo ed organizzativo, che è prospettato come legittimo dal nostro ordinamento, ma tende a ripresentarsi in quella veste di gerarca assoluto e dispotico che è definitivamente venuta meno col crollo del sistema corporativo e con l'entrata in vigore della Costituzione.

Nel conflitto tra i due opposti interessi, quello dell'imprenditore ad utilizzare ampiamente e dispoticamente il suo potere organizzativo e disciplinare, e quello del lavoratore al rispetto della sua personalità, dignità e libertà, è quest'ultimo – come si è detto – che deve prevalere. Anzi, è più esatto rilevare come – non appena insorge il conflitto e per ciò solo – l'attività e l'iniziativa dell'imprenditore divengano immediatamente illegittime.

Più delicato è il problema per quanto riguarda l'utilizzazione degli impianti in questione soltanto per fini tecnici. In questo caso, l'imprenditore può obiettare che egli utilizza il suo potere direttivo così come gli è riconosciuto dall'ordinamento, senza porsi in contrasto con alcun interesse o diritto dei lavoratori.

Ma intanto bisognerebbe poter stabilire un'esatta distinzione tra le due possibilità di utilizzazione degli impianti: chi potrà garantire i lavoratori che le telecamere inquadrino soltanto la fase di lavorazione e il ritmo produttivo e non le loro singole persone, i loro gesti complessivi o isolati? Chi potrà garantire i lavoratori che a seguito di tali riprese l'imprenditore non si serva del materiale raccolto per applicare sanzioni disciplinari? Si è detto che la direzione aziendale potrebbe astenersi dai provvedimenti disciplinari ed ignorare tutto ciò che di rilevante a tale effetto è emerso dalle riprese televisive. Ma l'argomento è specioso ed inconsistente. Tutti sanno che l'applicazione di sanzioni disciplinari vere e proprie è soltanto una – e spesso la meno rilevante – delle manifestazioni del

potere imprenditoriale. In molte aziende, anziché applicare multe o sospensioni, si preferisce operare una discriminazione fra i vari lavoratori, sottoponendone alcuni ad un regime tutto speciale: essi, ad es. saranno spostati continuamente da un reparto all'altro, saranno inviati nei reparti peggiori o in cui le lavorazioni sono più nocive, non avranno l'assegnazione di una casa quando ve ne è la disponibilità, non vedranno i loro figli inviati alle colonie aziendali, o saranno addirittura licenziati alla prima occasione.

Come difendersi da simili forme di repressione? Se l'imprenditore si servisse dell'impianto televisivo per individuare le future "pecore nere", cui applicare un siffatto sistema di sanzioni disciplinari, il lavoratore non avrebbe difesa. E resterebbe valida la scusa ufficiale dell'impiego degli impianti televisivi ad esclusivi fini tecnici.

Queste semplici osservazioni dimostrano come sia difficile stabilire un'esatta linea di demarcazione tra l'impiego, diremo così, tecnico e quello disciplinare delle apparecchiature più volte ricordate. E questo è – a nostro avviso – più che sufficiente per far ritenere come illecita ed inammissibile l'installazione di tali impianti, per qualunque fine ufficialmente dichiarato.

Ci si può chiedere se a tutto questo non possa trovarsi un rimedio, ove risulti che in effetti l'impiego di questi impianti può risultare utile ai fini della produzione.

7. – A nostro parere, il rimedio esiste ed è tale da far ritenere addirittura inesatto definirlo in tal modo. Non si tratta infatti di un ripiego, ma della soluzione più logica e coerente in relazione al sistema delineato dalla Costituzione italiana. Soccorre, infatti, a questo riguardo la norma di cui all'art. 46, che riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare alla gestione dell'azienda. Si tratta di una delle disposizioni più importanti – e purtroppo delle più neglette – della Carta costituzionale. Con essa, il sistema di garanzie predisposto dal legislatore costituente a favore dei lavoratori raggiunge il suo apice. Alla figura del lavoratore subordinato, che vende le proprie energie all'imprenditore, si sostituisce quella di un collaboratore, intendendosi con tale espressione non già quella vuota e retorica collaborazione di cui parlava l'art. 2094 cod. civ., ma una effettiva e concreta partecipazione alla gestione delle aziende. È proprio questa norma che ha fatto ritenere a molti studiosi che il rapporto di lavoro si sia trasferito dall'ambito puramente contrattuale ed obbligatorio a quello dei rapporti associativi. Naturalmente tali opinioni, per quanto fortemente giustificate, assumono ancora l'aspetto di un auspicio più che di una constatazione reale; è importante, tuttavia, sottolineare il fenomeno almeno sotto il profilo tendenziale.

Ma la disposizione assume un'importanza ancor più notevole, se si considera che l'art. 46 ha anche cura di precisare l[a] finalità che è alla base della proclamazione di tale principio: riconoscendosi infatti il diritto alla collaborazione alla gestione, «ai fini della elevazione economica e sociale del lavoratore», si compie

un passo fondamentale verso la abolizione di quegli ostacoli che si oppongono ad una effettiva uguaglianza fra i cittadini, di cui parla l'art. 3 della Costituzione.

È, altresì, manifesto anche il collegamento tra la norma dell'art. 46 e quella dell'art. 2, in quanto il riconoscimento del diritto alla collaborazione alla gestione aziendale significa anche garanzia di esplicazione di un diritto fondamentale nell'ambito delle formazioni sociali in cui si svolge la personalità del cittadino-lavoratore.

Vero è che in mancanza della legislazione ordinaria – cui fa riferimento il citato art. 46 – la norma mantiene ancora un valore di principio generale e non costituisce a favore del lavoratore un vero e proprio diritto soggettivo; tuttavia, da essa deriva il riconoscimento quanto meno di un interesse costituzionalmente rilevante, mentre appare evidente che in tal modo viene arricchita di un ulteriore e fondamentale contributo la figura moderna del lavoratore, considerato in sé ma anche, e soprattutto, nell'ambito del rapporto di lavoro. Così veramente può dirsi che il prestatore di lavoro assume una posizione del tutto nuova anche all'interno dell'azienda, venendo ad incidere non più soltanto nella fase esecutiva della lavorazione, ma addirittura in quella – ben più importante – della organizzazione dell'attività aziendale.

Orbene, è proprio in riferimento a questa nuova posizione del lavoratore che può trovarsi la soluzione del problema più sopra indicato. Se esistono nuove apparecchiature, che possano utilmente essere impiegate ai fini di un miglioramento tecnico dell'attività produttiva, sembra logico e naturale che i lavoratori vengano non solo consultati sull'opportunità di tali installazioni, ma anzi addirittura chiamati a studiare con la direzione aziendale i problemi che da esse potrebbero derivare e quindi – una volta effettuate le installazioni medesime – a partecipare direttamente all'impiego, all'utilizzazione, al controllo dell'uso di esse. In questo modo, da un lato si otterranno più fecondi risultati perché non v'è dubbio che è sempre utile, anzi indispensabile, il giudizio di chi partecipa direttamente alla fase esecutiva della lavorazione; dall'altro, verrà concretamente impedito un uso degli impianti in questione che risulti difforme dalle finalità tecniche di cui abbiamo parlato più sopra e tale da comprimere la personalità e la dignità dei lavoratori. Si attuerà così in concreto anche il precetto costituzionale che vuole che i lavoratori partecipino direttamente alla gestione delle aziende. Non vediamo quali ragioni possano concretamente opporsi ad una simile soluzione: un rifiuto da parte delle direzioni aziendali confermerebbe fortemente il sospetto che, in realtà, i citati impianti siano destinati più a scopi di sorveglianza e controllo disciplinare, che non alle finalità tecniche ufficialmente dichiarate.

D'altronde, quello che abbiamo indicato non è tanto un rimedio di opportunità, quanto una condizione di liceità dell'impiego delle installazioni di ripresa televisiva.

Non riusciamo a vedere quali altre soluzioni potrebbero essere reperite; quella che noi indichiamo consente di conciliare le esigenze del progresso con quelle

del rispetto della libertà e della dignità umana; per di più essa appare del tutto conforme ai principi costituzionali ed al sistema attualmente vigente nel diritto del lavoro. I rimedi parziali, già da qualche parte suggeriti (limitazioni nell'uso degli impianti, riduzione dell'orario di utilizzazione degli stessi, preavviso al personale dell'entrata in funzione degli impianti di ripresa, e così via), appaiono del tutto irrilevanti poiché in sostanza non risolvono affatto il problema fondamentale ed escludono comunque qualsiasi forma di partecipazione e di controllo da parte dei lavoratori. Il che significa che in ogni caso si tratta di una utilizzazione unilaterale delle nuove apparecchiature; e ciò è sufficiente – per le considerazioni esposte più sopra – perché si debba esprimere un giudizio del tutto negativo sulla legittimità delle soluzioni medesime.

Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*

Capitolo I Indisponibilità e inderogabilità: il sistema positivo

Sommario: 1. La protezione del lavoratore e le modalità d'intervento della legge – 2. Graduazione dell'intervento nel sistema positivo – 3. L'indisponibilità dei diritti del lavoratore ed i suoi effetti – 4. Ipotesi di protezione meno intensa: l'inderogabilità delle norme

1. La protezione del lavoratore e le modalità d'intervento della legge

È noto che il sistema del diritto del lavoro è largamente improntato a finalità protettive¹. Si riconosce cioè la sostanziale disuguaglianza economica delle parti e si tende a riequilibrare la situazione con vari strumenti e vari meccanismi. In buona sostanza, poiché la parità delle parti esiste solo in astratto e quindi non vi è coincidenza tra le rispettive libertà di autodeterminazione, la stessa autonomia contrattuale potrebbe risultare spesso come un puro *nomen*, se non intervenisse un complesso di norme diretto a salvarla, proprio con l'istituzione di una serie di limiti. Il che potrebbe apparire addirittura paradossale; ma non lo è, ove si consideri che all'antica esigenza di tutela del contraente più debole si è unita gradualmente anche tutta la problematica relativa all'implicazione della persona del prestatore nel rapporto, determinando così nuove ragioni di intervento. Se, infatti, nel rapporto di lavoro una delle parti – il datore – impiega soltanto aspetti economici e beni patrimoniali, mentre l'altra coinvolge ed implica la sua stessa persona, si ravvisa di tutta evidenza la necessità di attribuire a quest'ultima un complesso di garanzie particolari attinenti alla sua stessa posizione tipica di prestatore di lavoro.

* Saggio pubblicato in *Nuovo trattato di diritto del lavoro* diretto da L. RIVA SANSEVERINO e G. MAZZONI, Vol. II, Cedam, Padova, 1970, pag. 107.

1 Su queste caratteristiche del diritto del lavoro ci siamo già ampiamente soffermati nella monografia su *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, pag. 65 ss. [pubblicato nel Vol. III di quest'opera in <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/book/190>] e soprattutto in quella su *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, pag. 323 ss. [pubblicato nel Vol. IV di quest'opera in <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/book/202>]; ci limitiamo dunque, in questa sede, ad alcuni sommari accenni, rinviando, anche per la bibliografia, ai due studi suindicati. Del resto, l'argomento, in varia forma, è trattato in tutte le opere di carattere generale degli studiosi del diritto del lavoro ed anche in non poche monografie su argomenti particolari.

Ma questo intervento del legislatore non è diretto soltanto alla tutela di una delle parti e sarebbe senza dubbio assai più ristretto e limitato, se alla posizione della parte tutelata non si ricollegassero interessi di ordine generale, in molti casi addirittura di rilevanza pubblicistica.

Il legislatore, cioè, non attribuisce garanzie specifiche in favore del prestatore, né lo tutela contro il suo stato di sostanziale inferiorità nei confronti della controparte, solo per finalità di protezione individuale o di equilibrio in un tipo di contratto, sia pure di particolare delicatezza.

In effetti, l'intervento è giustificato anche e soprattutto dalla rilevanza generale degli interessi che si connettono a quella posizione tipica e dagli effetti – ancora una volta d'ordine generale – che da quella inferiorità economica e dalla stessa implicazione personale possono scaturire.

Ciò spiega l'intensità, del tutto peculiare, dell'intervento e giustifica la frequente compressione – fin quasi agli estremi limiti – dell'autonomia privata, realizzata con gli strumenti più vari e nelle forme più diverse.

L'abituale ricorso a norme imperative, la frequente previsione di sanzioni penali per l'inosservanza dei precetti, la penetrante disciplina dei rapporti collettivi, le ben note deviazioni rispetto alla disciplina di diritto comune, danno chiara evidenza al fenomeno e spiegano in modo inequivocabile la *ratio* che è alla base dell'intero sistema del diritto del lavoro.

La forza di penetrazione di questo tipo di intervento è tale da dirigersi talvolta anche nei confronti della stessa parte tutelata e garantita, quasi a sottolineare ulteriormente che gli interessi che determinano le scelte del legislatore non sono puramente individuali, ma piuttosto di carattere generale.

Accade così, ad esempio, che allorquando il legislatore si preoccupa di garantire la sicurezza del lavoro ed attua un complesso sistema, largamente permeato di obblighi a carico dei datori di lavoro, dei dirigenti e dei preposti, non manca tuttavia di istituire anche obblighi specifici a carico dello stesso prestatore di lavoro, sanzionandone penalmente l'inosservanza. Il che rende evidente che il legislatore considera un bene preminente, sul piano generale e pubblicistico, quello della integrità personale del lavoratore e quindi della sua sicurezza e tende dunque a porlo al riparo da ogni attentato, quand'anche provenga dalla stessa parte interessata².

In altri casi, invece, il legislatore interviene sulla stessa autonomia del prestatore di lavoro e sui suoi atti di disposizione, limitandoli in vario modo o condizionandone la validità alla sussistenza di determinati requisiti. Anche qui, la finalità è chiara, anche se diverso è il presupposto rispetto all'ipotesi precedente: in sostanza, il legislatore ritiene necessario garantire al prestatore un trattamento

2 Anche di questo aspetto ci siamo ampiamente occupati e siamo quindi costretti ad operare un «rinvio». Si veda, in particolare, lo studio su *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Milano, 1967, pag. 27 ss. [pubblicato nel Vol. V di quest'opera in <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/book/235>].

minimo, in considerazione delle sue stesse necessità di sussistenza; ed assicura tale trattamento mediante un complesso di disposizioni, la cui natura imperativa e cogente scaturisce dalla stessa finalità vitale che si vuole realizzare. La protezione, per essere efficiente, non potrebbe però arrestarsi a questo punto, perché l'intento finale sarebbe frustrato se il prestatore fosse libero di dismettere i diritti derivanti dal trattamento garantitogli o addirittura se i terzi potessero incidere su di esso con l'esecuzione forzata. Allora, l'intervento si estende fino al punto di invalidare gli atti dispositivi e di circondare di limiti i poteri di disposizione del titolare e gli atti di apprensione da parte dei terzi³.

2. Graduazione dell'intervento nel sistema positivo

Il problema è se tutta questa serie di interventi sia elevabile a sistema e se essa finisca per realizzare un quadro complessivo di indisponibilità dei diritti del prestatore di lavoro⁴.

Quando, infatti, il legislatore interviene in modo così penetrante, può darsi che la *ratio* che presiede alla scelta generale ed alle scelte specifiche sia la stessa; ma ciò non basterebbe ad attribuire natura sistematica e valore di principio generale – ad esempio – ad uno degli interventi, foss'anche il più importante.

Ciò che conta è vedere se i vari limiti introdotti, i vari divieti e l'attribuzione di effetti a determinati atti (quando non si tratti addirittura di privazione degli effetti naturali), trovino un unico fondamento giuridico e diano vita ad un unico sostanziale istituto, sia pure variamente atteggiato nelle diverse fattispecie. Orbene, per condurre un'indagine del genere, bisogna necessariamente far ricorso alle fonti, per accertare anzitutto in qual modo il legislatore abbia provveduto ad attuare il sistema protettivo cui si è accennato, nei particolari riflessi, però, che ci interessano in questa sede.

Se volessimo stabilire una graduatoria di intensità (si tratta, comunque, pur sempre di distinzioni relative e di comodo), potremmo distinguere tra ipotesi di assoluta limitazione al potere dispositivo ed ipotesi di limitazione parziale; tra le quali, poi, si collocano alcune fattispecie che possono essere assegnate all'una ed all'altra categoria solo sulla base dei principi, mancando una specifica previsione normativa⁵.

3 Su questi aspetti, la bibliografia è abbondantissima. Anziché richiamarla genericamente in questa sede, riteniamo preferibile farlo di volta in volta, a proposito degli argomenti specifici che dovranno essere trattati in seguito.

4 I tentativi in questo senso non sono mancati e spesso sono stati assai penetranti ed acuti. Tuttavia, non mancano vivaci oppositori e la gamma delle obiezioni è veramente assai estesa. D'altronde, è anche da rilevare come la terminologia adottata dai vari AA. e dalla stessa giurisprudenza non sia sempre omogenea, tanto da operarsi ben spesso una identificazione, se non addirittura una confusione, tra le nozioni, a nostro avviso assai diverse, di indisponibilità e di inderogabilità.

5 Nella dottrina prevalgono oggi le costruzioni, diremo così, gradualistiche, nel senso che si tende a cogliere la diversa estensione dell'intervento legislativo, in base ad una graduatoria degli

Nel primo gruppo, possiamo collocare: il disposto dell'art. 36, comma 3°, della Costituzione («Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale ed a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi»); il disposto dell'art. 2115, comma 3°, c.c. («È nullo qualsiasi patto diretto ad eludere gli obblighi relativi alla previdenza ed all'assistenza»); il disposto dell'art. 2117 c.c. («I fondi speciali per la previdenza e l'assistenza che l'imprenditore abbia costituiti, non possono essere distratti dal fine al quale sono destinati e non possono formare oggetto di esecuzione da parte dei creditori»); l'art. 22 del t.u. 30 maggio 1955, n. 797 (divieto di sequestro, pignoramento o cessione, se non per causa di alimenti, degli assegni familiari); l'art. 1 del d.p.r. 5 gennaio 1950, n. 180 (divieto di sequestro, pignoramento o cessione, degli stipendi, salari, assegni, pensioni, indennità e sussidi degli impiegati dello Stato e degli altri Enti pubblici, con le sole eccezioni di cui all'art. 2, limitato peraltro all'ipotesi di alimenti, debiti verso lo Stato e tributi); l'art. 369, comma 2°, del Codice della navigazione (indisponibilità assoluta della quota di retribuzione corrispondente al vitto e delle somme dovute dall'armatore per il rimpatrio e delle spese di cura); gli artt. 806 e 808 c.p.c. (divieto di arbitrato per le controversie del lavoro).

Nel secondo gruppo, invece, si collocano essenzialmente il disposto dell'art. 2113 c.c. («Le rinunzie e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore derivanti da disposizioni inderogabili della legge o da norme corporative non sono valide. L'impugnazione dev'essere proposta, a pena di decadenza entro tre mesi dalla cessazione del rapporto o dalla data della rinuncia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima») [C. S. si riferisce ovviamente alla formulazione originaria della norma antecedente alle modifiche apportate con le ll. n. 533/1973 e n. 183/2010]; il precetto contenuto nell'art. 545, comma 3° (Limitazioni alla pignorabilità della retribuzione e indennità); le norme degli artt. 369 e 930 c. nav. (Limitazioni alla cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità delle retribuzioni, da contenersi nella misura del quinto e ristrette comunque all'ipotesi di alimenti dovuti per legge o di debiti verso l'armatore dipendenti dal servizio della nave); la norma di cui all'art. 114, comma 2°, del t.u. infortuni (d.p.r. 30 giugno 19[65], n. 1124), secondo la quale le transazioni sul diritto all'indennità per infortunio o sulla misura della stessa non sono valide senza l'omologazione del Tribunale.

interessi tutelati. V. ad esempio: GUIDOTTI, *Il fondamento giuridico dell'indisponibilità dei diritti del prestatore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1955, 1, pag. 365; BRANCA, *Sulla indisponibilità dei diritti del lavoratore garantiti dalla Costituzione*, in *Foro padano*, 1959, pag. 804; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, 1967, pag. 466 ss.; PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore di lavoro*, Milano, 1950, pag. 185 ss.; MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1969, pag. 673 ss.; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, III, Torino, 1969, pag. 983 ss.; NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, pagg. 82-83; MANCINI, *Decadenza ex art. 2113 c.c. e diritti del lavoratore posti da norme inderogabili*, in *Riv. giur. lav.*, 1961, II, pag. 405 ss.; Id., *Ancora in tema di diritti indisponibili e diritti posti da norme inderogabili di legge*, *ivi*, 1966, II, pag. 23 ss.

Queste costruzioni, però, sono variamente motivate ed alcune sembrano anche far riferimento ad un sistema generale di indisponibilità oscillante tra un *minimum* ed un *maximum* di intensità.

Al gruppo «intermedio», di situazioni cioè da attribuire all'una o all'altra categoria secondo i principi, si possono assegnare il disposto dell'art. 36, prima parte, e quello dell'art. 40 della Costituzione. Nell'uno e nell'altro caso, infatti, il legislatore non ha posto vincoli specifici; si tratta quindi di stabilire (ma lo vedremo più oltre) se essi non sussistano o se invece derivino dalla stessa natura del diritto garantito.

Ora, chi osservi attentamente questo «sistema» noterà subito che il fondamento essenziale è sempre lo stesso, cioè la finalità protettiva e garantista che l'ordinamento persegue a favore del prestatore di lavoro; ma noterà anche che di «sistemico» (ci si permetta il bisticcio) in questo complesso di norme vi è ben poco. Quanto meno bisogna dire che è ben difficile costruire un principio generale di indisponibilità sia pur variamente atteggiata, sulla base di quella disordinata e non sempre coerente normativa⁶.

Ma per completare il quadro, bisogna anche aggiungere un elemento che fin qui si era trascurato e che invece ha un valore notevole, almeno dal punto di vista sintomatico. Si tratta delle conseguenze che l'ordinamento attribuisce, sempre nel nostro campo, all'inerzia del titolare del diritto posto che – per l'art. 2934, comma 2°, c.c. – non sono soggetti a prescrizione i diritti indisponibili.

Orbene, i crediti del lavoro – per usare un termine riassuntivo – si prescrivono nei termini di cui all'art. 2948 c.c. (salvo le riserve di cui faremo cenno a tempo opportuno) ed anzi sono soggetti anche a quella particolare forma di possibile estinzione che è la prescrizione presuntiva (artt. 2954 ss., c.c.).

I crediti dei lavoratori della navigazione si prescrivono nel termine di due anni, sia pure con decorrenza talora posticipata rispetto allo stesso momento di cessazione del rapporto (art. 373 c. nav.).

Perfino gli assegni familiari, che abbiamo visto essere colpiti dalle più penetranti limitazioni, sono soggetti alla prescrizione (già annuale ed ora biennale)⁷.

3. L'indisponibilità dei diritti del lavoratore ed i suoi effetti

Vi è quanto basta, a nostro avviso, per suscitare le più vive perplessità circa la possibilità di delineare un generale sistema di indisponibilità dei diritti del prestatore.

6 Aderiamo, quindi, completamente alle critiche assai acute e pertinenti formulate dal GIUGNI, *Limiti legali dell'arbitrato nelle controversie del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1958, I, pag. 66 ss..

7 Secondo il PROSPERETTI, *L'indisponibilità dei diritti previdenziali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1955, 1, pag. 11, si tratta di un fenomeno comune a tutti i diritti previdenziali, che sono soggetti ad una disciplina speciale della indisponibilità, nel senso che ne è stabilita espressamente la prescrizione, con esclusione del solo diritto alla pensione. Sul punto, v. anche: RUBINO, *L'indisponibilità dei diritti previdenziali*, in *La tutela del lavoro*, 1968, 5, pag. 486. Il GRASSELLI, *Indisponibilità del diritto di sciopero*, in *Riv. dir. lav.*, 1965, 1, pag. 245, nota 91, rileva l'anomalia, ma la spiega considerando che l'interesse pubblico che l'ordinamento protegge mediante la prescrizione è preminente rispetto a quello che giustifica l'indisponibilità degli assegni familiari.

Intanto, le ipotesi di vera indisponibilità sono assai ridotte e ristrette; le altre non appartengono – ci sembra – alla figura in esame o quanto meno vi si possono inserire solo a prezzo di consentire rilevanti deviazioni rispetto alla comune struttura di essa.

Il nostro Codice non definisce i diritti indisponibili, limitandosi semplicemente a richiamarli in varie occasioni (artt. 2934, 2733, 2739, 1260, 1966, ecc.); al massimo, arriva a fornire un criterio indicativo, ai fini chiarificatori, allorché, nell'art. 1966, allude ad una duplicità della categoria (diritti indisponibili per loro natura oppure per espressa disposizione di legge).

Ora, non è certo possibile qui affrontare il delicato problema della natura dei diritti indisponibili, delle loro caratteristiche e dei loro effetti, anche perché si tratta di materia tutt'altro che definita, allo stato attuale della dottrina⁸.

Basterà attenersi ai dati più pacificamente acquisiti per rilevare come in genere l'indisponibilità sia l'aspetto negativo del potere di disporre e come quest'ultimo sia una componente essenziale del diritto soggettivo (o una sua qualità intrinseca, come alcuni ritengono). L'indisponibilità è l'eccezione, in quanto incide sul contenuto del diritto soggettivo e limita la stessa volontà del soggetto, rispetto alla regola ordinaria secondo la quale il titolare del diritto soggettivo può esercitare liberamente tutte le facoltà che ad esso fanno capo, con la sola osservanza di limiti esterni che lo stesso ordinamento prevede e che sono comunque imposti dal necessario temperamento con l'esercizio di altri diritti.

Si ritiene, di norma, che questo trattamento eccezionale sia giustificato dalla stessa natura dell'interesse protetto e soprattutto dal fatto che la protezione è accordata non solo in rapporto alle esigenze ed ai bisogni del titolare, ma anche per fini che trascendono la sua persona.

È facilmente comprensibile, dunque, la ragione per la quale si ritengono pacificamente indisponibili tutti i diritti connessi strettamente alla persona, per la rilevanza che a quest'ultima è attribuita dal nostro ordinamento, sul piano generale. Ma può accadere che sia indisponibile anche un diritto patrimoniale (e in tal caso è lo stesso legislatore a fornire questa indicazione, attraverso la previsione

8 Sui diritti indisponibili, in genere, v.: SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, pag. 114; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1947, I, pag. 85; SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, pag. 121; VALSECCHI, *Gioco, scommessa, transazione*, in *Trattato di diritto civile* a cura di CICU e MESSINEO, Milano, 1954, pag. 267 ss.; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1959, I, pag. 81 ss.; MENGONI, *L'acquisto «a non domino»*, Milano, 1949, pag. 20 ss.; MENGONI, REALMONTE, *Disposizione* (atto di) in *Enciclopedia del diritto*, XII, 1964, pag. 189; ONDEI, *Persone fisiche. Diritti della personalità*, Torino, 1965, pag. 245 ss.; PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Annali Università Messina*, 1927, pag. 167; Id., *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, pag. 537 ss.; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, pag. 85 ss.; RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1962, pagg. 23, 88, 314 ss. Per un ampio esame delle varie teorie, v.: PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce e transazioni*, ecc., cit., pag. 99 ss.

di determinati effetti), sulla base di una valutazione normativa di essenzialità dell'interesse tutelato.

L'indisponibilità produce, di norma, due effetti fondamentali: limita il potere di disposizione del titolare e lo garantisce contro l'azione esecutiva da parte di terzi. Da ciò, il divieto di transazioni su diritti indisponibili, da ciò l'incedibilità, l'impignorabilità, la insequestrabilità e la non compensabilità. Ma il legislatore non può consentire che il potere di disposizione – vietato nella sua forma usuale – si ricostituisca sotto il profilo dell'inerzia del titolare; da ciò la normale imprescrittibilità di questi diritti e la stessa inderogabilità della disciplina legale della decadenza (art. 2968 c.c.)⁹.

Questi effetti sono tutti normalmente ricorrenti nell'ipotesi della indisponibilità di un diritto, proprio perché connessi alla stessa struttura del divieto ed allo stesso fondamento del medesimo. Può accadere, per ragioni particolari, che uno di questi effetti manchi; ma in questo caso, è lo stesso legislatore a disporre in tal senso con specifica normativa, ed è certo comunque che si tratta di ipotesi di ben rara verifica. D'altro lato, è tuttora aperto il dibattito sulla possibilità di concepire varie forme di indisponibilità, se cioè essa debba essere necessariamente assoluta oppure possa essere anche relativa. In linea di principio, bisogna riconoscere che se l'indisponibilità è legata all'idea di una destinazione necessaria del diritto soggettivo, qualsiasi distinzione è per lo meno opinabile, perché l'assolutezza del divieto scaturisce proprio dalla natura di esso e dal modo con cui l'ordinamento ritiene di poterlo attuare (revoca al soggetto del potere di influire su quella destinazione)¹⁰.

E bisogna anche dire che le ipotesi di indisponibilità relativa che fin qui sono state indicate dalla dottrina¹¹ sono scarsamente omogenee fra loro e soggette

9 Su questo effetto «normale» della indisponibilità si soffermano particolarmente: AZZARITI e SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, in *Commentario del c.c.* a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna, 1959, pag. 205 ss.; BIGLIAZZI, BUSNELLI, FERRUCCI, *Della tutela dei diritti*, in *Commentario c.c.*, Torino, 1964, pag. 388 ss.

10 La giurisprudenza è assolutamente prevalente nel senso della inammissibilità della distinzione tra diritti relativamente ed assolutamente indisponibili (v. ad es.: Cass. 14 ottobre 1958 n. 3254, in *Foro pad.*, 1959, pag. 802; Id. 6 dicembre 1958, in *Foro it.*, 1959, 1, pag. 586). *Contra*, però: App. Napoli, 30 aprile 1956, in *Orient. giur. lav.*, 1956, pag. 332. Sintomatica, peraltro, la confusione che la stessa Corte d'Appello di Napoli ha fatto in una successiva sentenza (10 giugno 1963 in *Orient. giur. lav.*, 1964, pag. 47), in cui nega la possibilità di distinguere tra diritti assolutamente o relativamente indisponibili, ma poi aggiunge che ciò deriva dal fatto che in tutti i rami del diritto, «unico è il concetto di inderogabilità».

In dottrina, il TILOCCA, *Il negozio di disposizione del prestatore d'opera*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, pag. 80 ss., ha rigorosamente sostenuto che l'indisponibilità è generale, assoluta e non è possibile configurare un'indisponibilità soggettivamente relativa, né stabilire graduatorie dell'indisponibilità. Nello stesso senso, v. anche: GIUGNI, *I limiti legali*, ecc., cit., pag. 67, e in certo modo anche GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano, 1963, pag. 373 ss.

11 In effetti la teoria della c.d. indisponibilità relativa è oggi predominante nella dottrina giuslavorista, anche se varie sono le motivazioni e le spiegazioni del fenomeno. In questo senso, v. particolarmente: GUIDOTTI, *Il fondamento giuridico dell'indisponibilità dei diritti del prestatore di lavoro*,

comunque tuttora ad ampio dibattito, non mancando ancora oggi chi sostiene che quando si ammette la libertà di esercizio del diritto, esclusi soltanto alcuni modi vietati, si esce dall'ambito della indisponibilità, intesa in senso stretto.

Ma, al limite, la questione potrebbe anche essere agevolmente superabile, ai nostri fini, ove si riducesse – come è probabile – semplicemente ad una classificazione terminologica.

Ciò che conta, per noi, è stabilire – come sembra evidente – che di una indisponibilità generale dei diritti del prestatore di lavoro non è possibile parlare, proprio per l'eccessiva varietà di forme che le limitazioni imposte dall'ordinamento assumono nei vari casi e per la stessa estrema diversità degli effetti, sia rispetto alle varie fattispecie, sia in relazione a quegli effetti che abbiamo visto essere normali per la categoria dei diritti indisponibili.

Bisogna infatti riconoscere che nel settore del lavoro, la piena indisponibilità (in senso stretto) è prevista ben di rado dal legislatore: non per gli assegni familiari, ai quali manca l'effetto della imprescrittibilità¹²; non per il riposo e per le ferie, per le quali manca ancora lo stesso effetto ed è comunque prevista solo la irrinunziabilità che – secondo la dottrina predominante – non coincide necessariamente con la indisponibilità¹³; non per gli stipendi, pensioni, ecc. degli impiegati pubblici, per i quali – comunque – alcune eccezioni al divieto sono previste. Resterebbero il divieto dell'art. 2117 c.c., quello dell'art. 2115, comma 3° (ammesso che qui si versi in un'ipotesi di indisponibilità) e quello dell'art. 369, comma 2°, del c. nav.

4. Ipotesi di protezione meno intensa: l'inderogabilità delle norme

Quanto alle norme che abbiamo inserito nel secondo gruppo, sembra da escludere che possa parlarsi di vera indisponibilità; e ciò non solo perché il divieto è contenuto in limiti ben ristretti, ma anche perché il potere di disposizione torna a sussistere sia in caso di inerzia del titolare (mancata impugnazione

in *Dir. lav.*, 1955, I, pag. 365 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Milano, 1958, pag. 233; PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1964, pag. 164; NATOLI, *Sulla compatibilità della normale azione di annullamento per vizio della volontà con l'impugnativa ex art. 2113*, in *Riv. giur. lav.*, 1949, II, pag. 44; ARDAU, *Sistema istituzionale del diritto del lavoro*, Milano, 1965, pag. 838 ss. La dottrina civilista ha enucleato altre ipotesi di indisponibilità limitata (beni vincolati da regime matrimoniale; diritto di sepolcro; diritto sul cadavere, ecc.); ma si tratta di fattispecie non omogenee tra loro e tuttora soggette a discussione (v. in proposito: VALSECCHI, *Gioco, scommessa, transazione*, cit., pag. 267 ss.).

12 Con ciò non vogliamo dire che per gli assegni familiari non si possa parlare di indisponibilità, come normalmente si ritiene. Bisogna però evidenziare che anche in questo caso, la figura dell'indisponibilità è priva di uno dei suoi effetti «normali».

13 In questo senso, v.: SIMI, *Sull'incapacità giuridica del lavoratore a dismettere diritti in costanza di rapporto*, in *Dir. lav.*, 1968, I, pag. 194.

nel termine di cui all'art. 2113), sia in caso di assistenza prestata al medesimo da parte degli organi indicati nell'ultimo comma dello stesso articolo¹⁴.

Resta il gruppo che abbiamo collocato in posizione per il momento dubitativa (norme dell'art. 36 e dell'art. 40 della Costituzione); ma qui il problema assume aspetti e connotati particolari, in quanto implica una valutazione della struttura e degli effetti delle garanzie costituzionali; e quindi non attiene strettamente al diritto del lavoro, ma si risolve piuttosto sul piano generale della problematica relativa ai diritti costituzionalmente garantiti.

Tutto questo non significa che al prestatore di lavoro non competano alcuni diritti indisponibili; ma solo che si tratta di fattispecie particolari non elevabili a sistema e soprattutto che non esiste un principio generale di indisponibilità (assoluta o relativa) dei diritti del prestatore di lavoro.

Esistono invece le valutazioni del legislatore, la finalità protettiva che egli intende realizzare; ed esiste un complesso di strumenti e di modalità, spesso assai diverse fra loro, con cui quella finalità viene perseguita. Anziché dunque cercare di costruire a tutti i costi una categoria generale, priva di omogeneità e composta di multiformi e devianti fattispecie, conviene prendere atto delle linee di tendenza del sistema del diritto del lavoro – del resto già ben note – e cercare di analizzare piuttosto il modo diverso con cui l'ordinamento si preoccupa di ristabilire l'uguaglianza sostanziale delle parti, compromessa dall'inferiorità economica del prestatore e dall'implicazione della sua persona nel rapporto, mediante introduzione di limiti all'autonomia contrattuale che tuttavia – per quanto possibile – non la escludano, ma anzi addirittura la rafforzino.

In questo quadro, assume valore preminente lo strumento della *norma inderogabile*; strumento certamente non comune nel diritto privato, salvo per i settori in cui l'interesse generale viene considerato preminente, al punto da indurre il legislatore ad intervenire con una delimitazione precisa e penetrante dell'autonomia negoziale delle parti. Si è detto che la norma inderogabile costituisce lo strumento più adatto per lo svolgimento e la garanzia di interessi generali e che esso si realizza allorché si ritiene necessario sostituire la valutazione e la volontà di organi pubblici alle valutazioni ed ai comportamenti dei singoli interessati¹⁵.

14 Dell'argomento ci occuperemo più diffusamente a proposito della struttura dell'art. 2113. Si vedano, intanto, nel senso del testo, gli AA. citati in nota 10; e in giurisprudenza, v.: Appello Napoli, 15 dicembre 1961, in *Orient. giur. lav.*, 1963, pag. 72.

15 JAEGER, *Diritto pubblico e diritto privato nella disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pag. 567 ss. Sulla norma inderogabile, v. anche: GRECO, *La transazione nei rapporti soggetti a regolamento imperativo*, in *Annali Università Macerata*, 1931, VIII, pag. 191; GIUGNI, *Limiti legali dell'arbitrato*, ecc., cit., pag. 75 ss.; D'EUFEMIA, *Norme inderogabili e interessi legittimi nel rapporto di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1969, 1, pag. 15 ss.; FLAMMIA, *Nota*, in *Mass. giur. lav.*, 1960, pag. 380; PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce e transazioni*, ecc., cit., pag. 107; CORRADO, *Il contratto di lavoro*, Milano, 1962, pag. 231 ss. ed ora anche in *Trattato di diritto del lavoro*, Torino, 1969, III, pag. 986; GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, cit., pag. 375 ss.; CESSARI, *Il favor verso il*

Si tratta dunque di una tecnica limitativa dei poteri riconosciuti ai privati, nel senso che ad essi non è consentito – in quei casi – di perseguire liberamente un risultato negoziale se esso non coincide con l'interesse sociale e generale che l'ordinamento ritiene maggiormente meritevole di tutela.

La norma inderogabile attiene dunque ad una fase antecedente a quella in cui si esercita in concreto il potere di disposizione; l'oggetto su cui incide la norma inderogabile non è il potere di esercitare le facoltà che compongono il diritto soggettivo, ma – se mai – soltanto quell'unico potere normativo privato che si risolve nella autonomia contrattuale. La norma inderogabile prescinde dunque dalle vicende future del diritto, pur essendo ovvio che anche di questo il legislatore può preoccuparsi, ma – allora sì – incidendo direttamente sul potere di disposizione.

Questo strumento – della norma inderogabile – è largamente usato dal legislatore nei settori in cui predomina l'interesse generale e quindi nel diritto di famiglia e nel diritto del lavoro, tanto per fermarsi agli esempi più evidenti. Ma non è affatto vero che il suo impiego si risolva in un divieto di disposizione: il legislatore si limita ad apporre alcuni confini alla libertà contrattuale; ma nel loro ambito oggettivo ed al di là della sfera temporale segnata dalla norma imperativa, il titolare è normalmente libero di disporre dei diritti che avrà validamente acquisito¹⁶.

prestatore di lavoro subordinato, Milano, 1966, pag. 2 ss.; BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1950, I, pag. 72.

16 La dottrina prevalente esclude che l'inderogabilità e l'indisponibilità coincidano e tende a distinguere nettamente le zone di operatività dei due fenomeni (e v. particolarmente, in questo senso: SANTORO PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunce e transazioni*, ecc., cit., pag. 53; PROSPERETTI, *Invalidità delle rinunce*, ecc., cit., pag. 113; TILOCCA, *Il negozio di disposizione del debitore d'opera*, cit., pag. 75; GIUGNI, *Limiti legali*, ecc., cit., pag. 76 ss.; GRECO, *La transazione*, ecc., cit., pagg. 190-191; GRANDI, *L'arbitrato irrituale*, ecc., cit., pag. 375; SIMI, *Sull'incapacità giuridica del lavoratore*, ecc., cit., pag. 194; FLAMMIA, *Nota*, in *Mass. giur. lav.*, 1960, pag. 380; MANCINI, *Decadenza ex art. 2113 c.c. e diritti del lavoratore posti da norme inderogabili*, in *Riv. giur. lav.*, 1961, 2, pag. 405). Non manca però chi ritiene che si verifichi coincidenza tra le due figure, nel senso che la norma inderogabile è quella che priva il titolare dello *jus disponendi* (COTTINO, *L'art. 2113 c.c. e l'annullabilità per errore, violenza o dolo delle transazioni e rinunce a diritti inderogabili dei lavoratori subordinati*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, pag. 74; MIGLIORANZI, *Diritti indisponibili del lavoratore e dichiarazioni liberative*, in *Dir. lav.*, 1946, I, pag. 48; MAZZIOTTI DI CELSO, *Profili dell'autotutela nel rapporto di lavoro*, Napoli, s.d., pag. 135). Nella giurisprudenza, come già si è accennato, regna una certa confusione, per lo meno sul piano terminologico e la distinzione tra diritti indisponibili e diritti nascenti da norme inderogabili non è sempre colta in modo corretto e puntuale. Qualche esempio: App. Milano, 27 ottobre 1949, in *Riv. giur. lav.*, 1950, 2, pag. 81: «Le norme degli artt. 2120 e 2121 c.c., in quanto relative a diritti indisponibili, sono inderogabili»; Pret. Pontecorvo 19 maggio 1951, in *Nuovo dir.*, 1952, pag. 617: «L'art. 2113 c.c. riguarda diritti derivanti da disposizioni inderogabili di legge e quindi sottratti alla disponibilità del titolare dei diritti stessi»; App. Lecce 23 marzo 1966, in *Orient. giur. lav.*, 1967, pag. 58: «L'indisponibilità dei diritti del prestatore di lavoro è prevista dall'art. 2113 c.c. in ragione dell'inderogabilità delle norme che li disciplinano». In numerose decisioni della Corte di Cassazione, invece, si afferma che non vi è differenza concettuale tra diritto indisponibile e diritto derivante da norma inderogabile,

Sicché, più ancora che il fenomeno della indisponibilità, finisce per interessare ai nostri fini soprattutto quello della inderogabilità di gran parte delle norme del diritto del lavoro. O, meglio ancora, deve dirsi che i due fenomeni operano in ambiti diversi, tra i quali può anche esservi coincidenza, ma non necessariamente. Possono dunque aversi: diritti del prestatore di lavoro disponibili derivanti da norme derogabili (ipotesi di assoluta libertà nella fase genetica ed in quella funzionale); diritti del prestatore indisponibili derivanti da norme inderogabili (assoluta mancanza di libertà in ambedue le fasi e conseguente nullità assoluta dei comportamenti contrastanti col divieto); diritti disponibili derivanti da norme inderogabili (privazione della libertà negoziale nella fase genetica, ma disponibilità – se pure condizionata – nella fase funzionale)¹⁷. A questo punto, non resta dunque che entrare nel merito delle singole situazioni, seguendo un criterio gradualistico e sottoponendole separatamente a vaglio critico per studiarne la struttura e l'obiettivo consistenza.

perché i due termini hanno riguardo a due momenti diversi, attenendo il primo al momento funzionale e il secondo a quello genetico (17 novembre 1965 n. 2388, in *Riv. dir. lav.*, 1966, 2, pag. 454; 11 giugno 1964 n. 1466, in *Giust. civ.*, 1965, pag. 171).

17 Di un sistema generale di indisponibilità non può parlarsi neanche nel diritto degli altri Paesi. In genere, esistono disposizioni variamente limitative dell'autonomia privata e dello stesso potere di disposizione, ma non elevabili a sistema. Ad es., in Germania, il lavoratore è libero di trasferire ad altri i diritti derivanti dal contratto di lavoro, salvo che siano di natura strettamente personale (ferie e, secondo alcuni, il minimo retributivo, ex § 400 B.G.B.) (BOLDT, *Il contratto di lavoro nel diritto della Repubblica federale tedesca*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della CEEA*, Eurolibri, [Giuffrè,] 1965, pag. 287). In Francia, il credito di retribuzione è sottratto al diritto comune delle obbligazioni, per la funzione vitale che gli è riconosciuta dal legislatore nello stesso momento in cui fissa i minimi retributivi; è per questo fine che sono previste non solo le modalità di versamento, ma anche restrizioni per la compensazione e restrizioni nei confronti dei creditori (insequestrabilità) (CAMERLYNCK, *op. cit.* più sopra, pag. 390; BRUN, *La jurisprudence en droit du travail*, Paris, 1967, pag. 252 ss.).

Capitolo II La protezione più intensa: i diritti indisponibili

Sommario: 1. I diritti costituzionalmente garantiti (art. 36, comma 3°; art. 36, comma 1°; art. 40) – 2. Rafforzamento della tutela inderogabile mediante garanzia costituzionale (il diritto alla sicurezza; il diritto all'assistenza e alla previdenza sociale) – 3. Altre ipotesi (art. 369, comma 2°, c. nav.; art. 2117; art. 1° d.p.r. 5 gennaio 1950 n. 180; art. 806-808 c.p.c.)

1. I diritti costituzionalmente garantiti (art. 36, comma 3°; art. 36, comma 1°; art. 40)

«La tutela costituzionale dà al diritto soggettivo una forza maggiore di quella che gli deriverebbe dalla legge ordinaria, ma non lo rende necessariamente perpetuo»: sono espressioni testuali di una notissima decisione della Corte Costituzionale¹⁸.

Non c'è dubbio che questa affermazione contiene una parte di verità, anche se non spiega del tutto il meccanismo e gli effetti della garanzia costituzionale.

Quando la Costituzione riconosce l'esistenza di un diritto fondamentale o solamente lo proclama, è chiaro che – per il solo fatto di essere stato elevato a livello costituzionale – questo diritto è dotato di una carica più intensa ed è protetto in modo più completo da ogni possibile aggressione: ma è anche protetto nei confronti dello stesso titolare, nel senso di privarlo del potere di disposizione?

Per quanto riguarda almeno i diritti fondamentali, non sembra dubbio che la risposta debba essere affermativa, posto che è evidente che essi sono vincolati a quella destinazione necessaria cui si è accennato nel precedente capitolo¹⁹. Da ciò la loro intrasmissibilità, la loro irrinunciabilità e l'esercitabilità solo da parte del titolare. Di norma, ricorre anche l'imprescrittibilità, affinché l'inerzia non faccia risorgere il potere di disposizione. Si noti bene, peraltro, che questo non significa che il titolare è obbligato ad esercitare il diritto, almeno quando l'obbligo non è specificamente previsto dalla legge. Semplicemente, egli non può disfarsene o comunque disporne la perdita.

Non è il caso di occuparsi delle eventuali distinzioni nell'ambito dei diritti pubblici soggettivi, costituzionalmente garantiti; quello che è certo è che la

¹⁸ 10 giugno 1966 n. 63, in *Riv. giur. lav.*, 1966, 2, pag. 369.

¹⁹ Sui particolari effetti della garanzia costituzionale, v. soprattutto: M. S. GIANNINI, *Profili costituzionali della protezione sociale delle categorie lavoratrici*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, 1, pag. 1 ss.; CRISAFULLI, *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, *ivi*, 1954, 1, pag. 67 ss. (che fra l'altro, sottolinea la irrinunciabilità dei diritti in questione); BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1962, pag. 129 (che li qualifica come intrasmissibili ed esercitabili solo personalmente); SANTI ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Milano, 1941, pag. 81 ss. (fra l'altro: «il titolare è libero di esercitarli o meno, ma non può disporne la perdita»); MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1960, pag. 813; BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, pagg. 243, 245.

regola su enunciata vale sicuramente per i diritti «inviolabili», per i diritti di libertà, e in definitiva per quelli che sogliono essere definiti come diritti fondamentali.

Non pochi di questi diritti interessano da vicino il sistema del diritto del lavoro e sono attribuiti espressamente in favore del prestatore²⁰.

Tra questi (tralasciando per ora quelle situazioni soggettive che derivano da enunciazioni di principio o da norme programmatiche) emergono i diritti previsti dagli artt. 36, 37, 38 e 40.

Sull'ultima parte dell'art. 36 (diritto irrinunciabile al riposo settimanale ed alle ferie), vi è un sostanziale accordo della dottrina e della giurisprudenza, nel ritenere che si tratti di un'ipotesi di indisponibilità assoluta²¹. È evidente, infatti, che il legislatore costituente – inserendo nella Carta Costituzionale una disposizione così specifica come quella relativa ai riposi ed alle ferie – ha voluto sottolineare il rilevante interesse generale che si collega al necessario recupero delle energie fisiche del prestatore ed all'esigenza che egli disponga di tempo libero per dedicarsi ad attività culturali, politiche, religiose, o altro, che possano comunque contribuire al progresso ed all'elevazione della sua persona. Ma l'intento del legislatore è reso ancor più evidente dall'eccezionale previsione, in un precetto costituzionale, dell'attributo della irrinunciabilità. A ben guardare, se si ha presente la natura assoluta e personale del «diritto di riposo»²² e se si considera l'interesse generale che viene normalmente collegato alla salvaguardia della persona umana in tutti i suoi aspetti, si dovrebbe concludere che la precisazione costituzionale è pleonastica, poiché – trattandosi di diritti assoluti – il diritto al riposo settimanale e quello alle ferie sarebbero indisponibili ugualmente anche se il legislatore non lo avesse con chiarezza indicato. Ma forse il legislatore costituente ha voluto proprio sottolineare la personalità e l'assolutezza di questi diritti, rafforzando e specificando quella tutela che in altri casi era accompagnata da sanzioni penali. In effetti, se è vero che sussiste tuttora una anomalia, nel senso che per le ferie manca la sanzione penale che invece accompagna l'inosservanza dei limiti d'orario e dell'obbligo di concedere altre pause di lavoro, bisogna peraltro riconoscere che l'intera materia ha ora assunto un assetto unitario, ed al più alto livello. La sanzione penale non è

20 Sul punto, ci permettiamo di rinviare al nostro *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958 [pubblicato nel Vol. II di quest'opera in <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/book/171>].

21 V. infatti: RIVA SANSEVERINO *Diritto del lavoro*, Padova, 1967, pag. 474; BRANCA, *Sull'indisponibilità dei diritti del lavoratore garantiti dalla Costituzione*, in *Foro pad.*, 1959, 1, pag. 803 ss.; CICALA, *Sull'indisponibilità del diritto alle ferie*, in *Rass. dir. pubblico*, 1963, 2, pag. 445; PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce*, ecc., cit., pag. 70; ID., *Valore del diritto irrinunciabile al riposo settimanale*, in *Giur. cost.*, 1962, pag. 894; SANDULLI, *Ferie dei lavoratori*, in *Enc. del dir.*, XVII, 1968, pag. 179 ss.; CERETTI, *Corso di diritto costituzionale*, Torino, 1963, pag. 207.

In giurisprudenza, v.: Cass. 14 ottobre 1958, in *Rep. Foro it.*, 1959, voce «Lavoro» (rapporto di) n. 421.

22 Sul quale ci siamo soffermati ampiamente nello studio su *La persona del prestatore del rapporto di lavoro*, Milano, 1967, pag. 376 ss. [pubblicato nel Vol. IV di quest'opera in <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/book/202>].

che uno degli indici della rilevanza pubblicistica che il legislatore attribuisce ad un interesse. Ma quando un diritto viene garantito costituzionalmente, mediante la inserzione tra i diritti fondamentali e mediante l'esplicita dichiarazione di irrinunciabilità, nessun dubbio può più sussistere sul fatto che l'interesse del lavoratore al godimento delle pause si identifica con un interesse proprio dello Stato a disporre di cittadini di costante capacità lavorativa e suscettibili continuamente di progresso morale e spirituale²³.

Da tutto questo deriva, ovviamente, il trattamento che la legge riserva ai diritti assolutamente indisponibili, allorché il divieto venga violato: la nullità assoluta di ogni pattuizione individuale o collettiva, che deroghi all'anzidetta disciplina. Se dunque si avranno patti contrari, si applicherà – ove possibile – l'art. 1339 c. c.; altrimenti, e specialmente nell'ipotesi di comportamenti individuali, si applicheranno o l'art. 1418 o – nell'ipotesi di transazioni – l'art. 1966 c. c.

Ciò vale anche per quelle clausole che prevedessero la commutabilità automatica dei periodi di riposo previsti dalla legge o da contratti collettivi, nella corrispondente indennità sostitutiva in denaro, essendo evidente come simili patti si porrebbero espressamente contro la volontà del legislatore, facendo venire meno l'interesse che esso intendeva tutelare²⁴.

Vi sono peraltro due aspetti, assai controversi e controvertibili, sempre in relazione a questo punto. Anzitutto, trattandosi di diritti indisponibili, dovrebbe operare la imprescrittibilità prevista dall'art. 2932, comma 2°, c. c.; e invece, comunemente si ritiene che anche questi diritti siano soggetti alla prescrizione ordinaria. Ma su questo aspetto converrà ritornare, più ampiamente, quando ci occuperemo della retribuzione e della prescrizione, affinché la trattazione sia più unitaria. In secondo luogo, si ritiene – in genere – che la indisponibilità assoluta non valga per quanto riguarda le indennità sostitutive, nel senso che ad esse dovrebbe applicarsi invece il disposto dell'art. 2113 c. c. Questa opinione è praticamente accolta da tutta la dottrina, la quale giunge – al massimo – a rilevare come ciò determini un'attenuazione del sistema di indisponibilità²⁵.

23 Esattamente, dunque, il SANDULLI, *Le ferie dei lavoratori*, cit., osserva che la disciplina relativa alle ferie ed al riposo è ispirata ad un principio di ordine pubblico (interesse alla conservazione delle energie del lavoratore).

24 Una completa rassegna delle ipotesi di clausole di contratto collettivo colpite da nullità per contrasto col principio enunciato nell'art. 36, comma 3°, Cost., si trova nel saggio già ricordato del Sandulli; ma sul punto, si veda anche il PROSPERETTI, *op. cit.*, in nota 4.

25 Si vedano, infatti: PROSPERETTI, *Le rinunce e le transazioni*, cit., pagg. 189, 190; SANDULLI, *Le ferie*, cit., pag. 198; BRANCA, *Sull'indisponibilità*, ecc., cit., pagg. 812, 813; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 474.

Peraltro, il Sandulli osserva che l'applicazione del 2113 alla c.d. indennità sostitutiva può condurre alla conseguenza di un totale svuotamento della disciplina in assenza di qualunque forma di sanzione penale; e da ciò trae argomento per riesaminare, con particolare ampiezza, il problema della natura e dei limiti di ammissibilità dell'indennità in questione.

Ora, a noi sembra che occorrerebbe intendersi sulla natura delle cosiddette indennità sostitutive, a tutt'oggi alquanto controversa.

L'opinione accolta dalla dottrina dominante potrebbe forse sostenersi solo nel caso in cui si ritenesse trattarsi di risarcimento del danno, derivante da illecito. Ma allora ci sarebbe perfino da dubitare dell'applicabilità dell'art. 2113.

A noi sembra che se lo scopo del legislatore è quello che più volte si è cercato di chiarire, le c.d. indennità sostitutive dovrebbero essere sottoposte alla stessa disciplina dei diritti fondamentali previsti dal comma 3° dell'art. 36. È vero che l'anomalia – nel sistema – resterebbe ugualmente, poiché lo scopo che il legislatore persegue non può, nella specie, essere assolto con una attribuzione patrimoniale.

Ma se questa soluzione diremo così accessoria si ammette, come ci sembra necessario, solo per le ipotesi di assoluta impossibilità di godimento delle ferie e dei riposi e quindi di incoercibilità dell'obbligo principale, le conseguenze – pur sempre anomale – dovrebbero essere attenuate almeno col riconoscere alla indennità la stessa struttura, funzione e natura del diritto principale.

Ciò corrisponderebbe, almeno, all'armonia del sistema ed eviterebbe quelle ulteriori anomalie o lacune a cui ha fatto riferimento la stessa dottrina più sopra ricordata. Del resto, che in materia regni ancora una certa disarmonia è reso evidente perfino dal comportamento delle organizzazioni sindacali, se è vero che in un contratto collettivo si può leggere che se il lavoratore non usufruisce delle ferie che gli sono state offerte non ha diritto né al compenso sostitutivo, né al ricupero negli anni successivi²⁶. Non importa tanto la evidente nullità di clausole siffatte (o un diritto è indisponibile o non lo è), quanto la valutazione che del principio costituzionale è stata fatta dagli stessi organismi sindacali, che dovrebbero essere i primi interessati alla piena osservanza dei principi costituzionali.

Più delicato e complesso è, invece, il problema per quanto riguarda la prima parte dell'art. 36 della Costituzione.

Dal fatto che qui manca una dichiarazione esplicita di irrinunciabilità si è dedotto che la maggior tutela prevista dalla Costituzione per riposi e ferie non potrebbe operare per ciò che attiene alla retribuzione²⁷. Non manca peraltro

26 V. contratto collettivo nazionale per i dipendenti dell'ENEL (art. 7) e contratto collettivo nazionale per il personale dipendente delle imprese private concessionarie di autostrade (art. 21), richiamati entrambi dal SANDULLI, *op. cit.*, pag. 199, il quale peraltro ritiene eufemisticamente «dubie» clausole del genere.

27 RIVA SANSEVERINO, *Rilevanza della volontà del prestatore di lavoro in materia di rinunzie e di transazioni*, in *Mass. giur. lav.*, 1958, pag. 40; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1960, pag. 233; CRISCI, *L'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore di lavoro*, in *Foro it.*, 1956, IV, col. 279.

È questa l'opinione che prevale nella giurisprudenza, la quale afferma pressoché costantemente che il principio dell'art. 36, comma 1°, dà luogo soltanto a un'ipotesi di indisponibilità «relativa», come tale soggetta alla disciplina dell'art. 2113 c. c. (App. Napoli 30 aprile 1956, in *Orient. giur. lav.*, 1956, pag. 332; Cass. 2 settembre 1958 n. 2951, in *Mass. giur. lav.*, 1959,

chi ha rilevato che – essendo la finalità identica ed essendo analogo l'interesse pubblico tutelato – non vi sarebbe motivo di operare distinzioni²⁸. A nostro avviso, vi sono ragioni più che valide per sostenere l'indisponibilità del diritto alla retribuzione minima sufficiente; e non solo in virtù di un parallelo, peraltro logico, col disposto del comma 3° dell'art. 36, ma anche e soprattutto per la stessa natura intrinseca di questo diritto.

In altro nostro studio²⁹ ci siamo soffermati ampiamente sul problema della trasformazione di alcune situazioni soggettive del prestatore di lavoro, trattate progressivamente dalla sfera puramente patrimoniale a quella personale. Dimostrammo in quella sede che se i diritti della personalità sono quelli essenzialmente legati alla persona, sì da non potersene concepire altrimenti l'esistenza, il diritto alla retribuzione minima è dotato oggi di tutte le caratteristiche fondamentali di questa categoria. È vero che nell'art. 36 è presente anche un aspetto economico; ma ciò non contrasta necessariamente con la struttura dei diritti della personalità, tanto più che esso è puramente funzionale e strumentale rispetto all'esigenza di garanzia integrale della personalità. Né può dirsi che tale inquadramento del diritto alla retribuzione sufficiente contrasti con la struttura di scambio del rapporto di lavoro, perché è ben noto quanto – nell'epoca più recente – si sia attenuata e modificata la rigida nozione dello scambio nel rapporto di lavoro. Per dirla col Mengoni³⁰ lo scambio ha subito rilevanti «correzioni» rispetto allo schema ordinario; ed è nell'ambito di queste che può concepirsi l'esistenza di diritti personali, che tuttavia si inseriscono nel quadro di un normale contratto, a completare il fascio di situazioni soggettive di una delle parti contraenti.

pag. 34; *Id.*, 14 ottobre 1958 n. 3254, in *Foro pad.*, 1959, 1, 1, pag. 802; App. Perugia 4 maggio 1959, in *Orient. giur. lav.*, 1959, pag. 323; Trib. Pesaro 30 maggio 1961, in *Orient. giur. lav.*, 1962, pag. 72; Cass. 30 maggio 1963 n. 1446, in *Riv. dir. lav.*, 1964, 2, pag. 81). In sostanza, questa opinione sembra essere stata accolta dalla stessa Corte costituzionale, con la decisione del 10 giugno 1966 n. 63, in *Riv. giur. lav.*, 1966, 2, pag. 369; ed è sicuramente alla base dell'ordinanza 3 novembre 1956 n. 496 (in *Foro it.*, 1956, 1, col. 1790), con la quale la Corte di Cassazione ha respinto l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 2113 in relazione all'art. 36 della Costituzione.

28 Così, sostanzialmente, anche se con varie motivazioni: GUIDOTTI, *Il fondamento giuridico dell'indisponibilità*, ecc., cit., pag. 365; BRANCA, *Sull'indisponibilità dei diritti del lavoratore garantiti dalla Costituzione*, in *Foro pad.*, 1959, 1, pag. 803; NOULLAN, *Sulla nullità assoluta di talune quietanze a saldo*, in *Riv. giur. lav.*, 1958, I, pag. 374.

Naturalmente, però, ci si riferisce esclusivamente alla minima retribuzione sufficiente, ritenendosi invece disponibile il trattamento superiore, eventualmente praticato. Una posizione particolare è quella del SIMI, *Sull'incapacità giuridica del lavoratore a dismettere diritti in costanza di rapporto*, cit., pag. 197, secondo il quale «non è tanto l'art. 36, comma 1°, che importa irrinunciabilità dei diritti inerenti alla retribuzione, ma è piuttosto il principio generale della protezione del soggetto in posizione di disuguaglianza che impedisce ogni forma di dismissione del diritto finché la disuguaglianza perdura».

29 *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 334 ss.

30 *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *Riv. soc.*, 1965, pag. 674 ss.

Del resto, lo si è già detto, sarebbe ben difficile spiegare altrimenti il fenomeno invero singolare di un contratto di scambio in cui una delle parti deve corrispondere all'altra non solo il corrispettivo della sua prestazione, ma anche quanto occorre perché egli stesso e la sua famiglia conducano un'esistenza libera e dignitosa. L'evidente anomalia non può spiegarsi, a nostro parere, se non con l'attribuzione di un particolare rilievo alla sfera personale del prestatore.

Ed è appena il caso di ricordare che l'idea di inserire tra i diritti della personalità la retribuzione minima sufficiente, pur di recentissima formazione, ha già fatto tanta strada da essere accolta anche in una ben nota decisione della Corte Costituzionale³¹.

È dunque per questa via che si risolve il problema relativo alla natura del diritto previsto dalla prima parte dell'art. 36, indipendentemente da un'esplicita dichiarazione del legislatore: si tratta di uno di quei diritti che – «per loro natura» – sono indisponibili, in quanto diritti della personalità.

Da ciò l'assoggettamento dell'autonomia contrattuale ai limiti ed ai divieti di cui si è fatto più volte cenno; da ciò la conseguenza della nullità assoluta di ogni pattuizione o di ogni comportamento negoziale derogatorio. Anche qui, peraltro, non manca l'anomalia. Tra le conseguenze più rilevanti dell'anzidetta classificazione del diritto alla retribuzione minima, dovrebbero esserci quella della imprescrittibilità³². Ed invece, la stessa Corte Costituzionale lo ha negato, distinguendo tra il diritto in sé – che sarebbe imprescrittibile – e le pretese patrimoniali che di volta in volta ne derivano. Una siffatta impostazione suscita le più vive perplessità, in linea di principio ed anche per il richiamo della Corte agli alimenti, quasi che vi fosse una qualsiasi omogeneità tra il regime di questi e quello della retribuzione³³.

A nostro avviso, per giustificare – sul piano positivo – la distinzione (e ciò vale, ovviamente, per quanto si è già accennato a proposito dei riposi e delle ferie) c'è soltanto un argomento di puro fatto e cioè le conseguenze che deriverebbero, sul piano pratico, dal riconoscimento della assoluta imprescrittibilità.

31 Ci riferiamo alla più volte ricordata sentenza 10 giugno 1966 n. 369 (v. da ultimo, nota 11).

32 Questa caratteristica, secondo il DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., I, pag. 91, è costante nei diritti della personalità, per i quali la proposizione che i diritti in questione debbono necessariamente permanere nella sfera del titolare è sicuramente applicabile anche per quanto riguarda l'efficacia di quel fatto giuridico che consiste nell'inerzia del titolare.

33 Si vedano infatti le puntuali critiche della BIGLIAZZI GERI, *Retribuzione e prescrizione*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, 2, pag. 374, alla decisione della Corte costituzionale su questo punto. Sostanzialmente adesivo alla impostazione generale della Corte costituzionale è il RUBINO, *L'indisponibilità dei diritti previdenziali*, cit., pag. 486 ss., il quale ritiene che anche per i diritti previdenziali si verifichi un fenomeno analogo, nel senso che al di là delle espressioni impropriamente usate dal legislatore è il godimento delle singole prestazioni che si prescrive e non il diritto che lo contiene «a somiglianza di quanto già previsto per il diritto a pensione di cui sono prescrittibili esclusivamente le rate non rimosse (art. 129 r.d.l. 4 ottobre 1935 n. 1827)».

È ovvio, invero, che ne nascerebbero problemi di una certa delicatezza, sul piano probatorio, sul terreno della contabilità delle aziende e in definitiva sullo stesso piano della certezza dei rapporti contrattuali. Ma, ripetiamo, si tratta di considerazioni del tutto metagiuridiche, che solo il legislatore potrebbe prendere in considerazione. Non è infatti vietato al legislatore di escludere un determinato effetto, ove lo ritenga opportuno; per cui, ben potrebbe giustificarsi – sul piano normativo – una deroga al rigido principio consacrato dall'art. 2934, comma 2°, c. c. Ciò è tanto vero che la dottrina parla di indisponibilità assoluta a proposito degli assegni familiari, che pure – come si è accennato – sono soggetti ad una prescrizione anche abbastanza breve.

O forse deve intendersi che già oggi questa deroga vi sia, risultando dal combinato disposto dell'art. 36 e dell'art. 2948 c. c.? In realtà, una soluzione del genere, sul piano giuridico, sarebbe piuttosto discutibile, perché sarebbe stata prevista la deroga quando la retribuzione era ancora considerata come diritto di credito e il problema non si poneva affatto. Sicché, parrebbe più logico che la materia venisse regolata *ex novo*, alla luce degli orientamenti della Corte Costituzionale, tenendo conto anche della mutata natura del diritto alla retribuzione minima e cercando di contemperarla con le esigenze obiettive di certezza e di prova cui si è accennato più sopra.

Ancora più delicato è il problema relativo al *diritto di sciopero*.

Non sembra dubbio che si tratti di un diritto fondamentale, la cui funzione è sicuramente di carattere altamente protettivo della personalità del prestatore, soprattutto in relazione alla chiara esigenza posta dall'art. 3, comma 2°, della Costituzione.

La dottrina aveva in prevalenza risolto il problema della natura del diritto di sciopero, inserendolo fra i diritti potestativi. In epoca più recente, peraltro, si è delineato un orientamento del tutto diverso, tendente ad inserire lo sciopero tra i diritti assoluti della persona³⁴. Poco conta che lo si consideri diritto della personalità in senso stretto o lo si annoveri fra i diritti di libertà³⁵: le conseguenze infatti non cambiano, rivestendo l'una e l'altra categoria i caratteri essenziali dell'assolutezza e della indisponibilità. È certo, invero, in ogni caso, che il diritto di sciopero non è attribuito solo per la tutela di un interesse individuale, ma è anche riconosciuto per la tutela di un interesse professionale collettivo ed ha rilevanza anche sotto un profilo pubblicistico, per quell'interesse che lo Stato riconnette (art. 3 Cost.) alla uguaglianza sostanziale dei cittadini.

34 Anche su questi aspetti generali del diritto di sciopero, ci permettiamo di rinviare al nostro *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 383 ss. (ed *ivi* ampi richiami).

35 Come fa, ad esempio, il SUPPIEJ, *Diritto di sciopero e potestà di sciopero nel sistema della Costituzione*, in *Riv. dir. lav.*, 1965, I, pag. 52, il quale peraltro ricorda che l'opinione dominante nella giurisprudenza recente è nel senso di considerare i diritti di libertà come una sottospecie dei diritti della personalità.

Ne consegue l'irrinunciabilità e l'indisponibilità del diritto, per il semplice fatto che non è possibile consentire al titolare di disporre di un diritto che non gli appartiene integralmente e che gli viene riconosciuto in vista di interessi che trascendono la sua persona³⁶. Non possiamo qui soffermarci sul problema della validità delle clausole di pace o di tregua sindacale, che troveranno più opportuna trattazione in sede di analisi del diritto di sciopero³⁷.

Ci limiteremo quindi a rilevare che non mancano esempi di clausole di questo genere, soprattutto nella contrattazione collettiva, secondo una tipologia abbastanza varia ma che può essere così schematizzata: clausole che contengono l'assunzione dell'obbligo di astenersi dallo sciopero per tutta la durata del contratto, con obblighi corrispettivi a carico della controparte; clausole che prevedono l'assunzione di obbligo analogo, senza contropartita; clausole che prevedono obblighi relativi alla determinazione di modalità procedurali; clausole che prevedono l'obbligo di astensione dalle c.d. forme «abnormi» di sciopero³⁸. Ora, non ci sembra sostenibile che queste clausole non comportino un'effettiva rinuncia al diritto di sciopero; e poco importa, a nostro avviso, che siano previsti obblighi corrispettivi a carico della controparte o meno. Si tratta solo di stabilire, in concreto, se queste clausole incidano sulla titolarità del diritto, nel senso che costituiscano una abdicazione (ancorché temporale) al medesimo. In caso affermativo, si dovrà concludere senz'altro per la loro nullità, facendo salve solo le ipotesi in cui si istituiscano eventualmente delle procedure che non

36 In questo senso: FERRUCCI, *Logica e teleologica nell'elaborazione interpretativa del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1969, I, pag. 157; GRASELLI, *Indisponibilità del diritto di sciopero*, in *Riv. dir. lav.*, 1965, I, pag. 207 ss. (ma v. particolarmente pag. 221 e 225); SCOTTO, *Il diritto di sciopero*, Roma, 1958, pag. 55; NATOLI, *La c.d. «Friedenspflicht» e il diritto italiano del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1961, I, pag. 319; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 473; MANCINI, *Ancora in tema di diritti indisponibili*, ecc., cit., pag. 25; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., III, pag. 995. *Contra*: PIERRO, *Sulla rinunciabilità dell'esercizio del diritto di sciopero*, in *Dir. lav.*, 1953, I, pag. 222 ss.; CICALA, *Sulla indisponibilità del diritto alle ferie*, cit., pag. 448; PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, 1960, pag. 181; PALERMO, *Manuale di diritto del lavoro e della sicurezza sociale*, Milano, 1957, pag. 461. Su posizioni particolari, il SIMI, *Il diritto di sciopero*, Milano, 1958, pag. 276 (che ammette la possibilità della rinuncia ad esercitare la pretesa, purché essa non si risolva nella rinuncia al diritto) e L'ARDAU, *Teoria giuridica dello sciopero*, Padova, 1962, pagg. 189, 190 (secondo il quale anche quando il lavoratore sembra rinunciare ad una determinata pretesa relativa ad un dato sciopero, si limita ad esercitare il proprio diritto al lavoro ex art. 4 Cost.).

37 Su queste clausole e sulla loro validità, v. in genere: GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Milano, 1963, *passim*; PERA, *Sulle clausole di pace sindacale*, in *Riv. dir. lav.*, 1964, I, pag. 295; ZANGARI, *Obbligo di pace sindacale e diritto di sciopero*, in *Studi in onore di Greco*, Padova, 1965, II, pag. 172; ARDAU, *Sanzionabilità disciplinare dello sciopero illegittimo per violazione di patto espresso di pace sindacale*, in *Riv. dir. lav.*, 1964, I, pag. 22 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, Torino, 1964, pag. 333; GRASELLI, *Indisponibilità del diritto di sciopero*, cit., pag. 207 ss.; PIERRO, *Sulla rinunciabilità dell'esercizio del diritto di sciopero*, cit., pag. 225 ss.; FERRUCCI, *Logica e teleologica*, ecc., cit., pag. 153 ss.

38 Per una simile classificazione, v. il saggio già citato del Ferrucci, pag. 158.

comportano dismissione neppure temporale del diritto, ma solo implicano la predeterminazione di alcune modalità dell'esercizio del medesimo³⁹.

2. Rafforzamento della tutela inderogabile mediante garanzia costituzionale (il diritto alla sicurezza; il diritto all'assistenza e alla previdenza sociale)

Le altre ipotesi da considerare riguardano il collegamento tra garanzia costituzionale e principi già operanti nel diritto positivo. Si tratta cioè di ipotesi in cui la tutela costituzionale si è aggiunta alla disciplina ordinaria, rinforzandola, ancorché – in definitiva – non ve ne fosse neppure bisogno. In queste fattispecie, dunque, l'affermazione costituzionale ha soprattutto valore di principio; mentre l'intensità della tutela e dei divieti scaturisce già dalla natura dei diritti considerati dall'ordinamento o dalla specifica normativa da quest'ultimo prevista.

Si tratta, in primo luogo, *del diritto alla sicurezza*. La Costituzione (art. 41, comma 2°) ha assoggettato l'esercizio dell'iniziativa economica privata al rispetto della sicurezza. L'interesse connesso a quest'ultima, è stato dunque elevato al rango costituzionale. Ma ne era già evidente la natura pubblicistica ed assoluta, ai sensi dell'art. 2087 c. c. e di tutte le norme speciali dirette a tutelare l'integrità fisica dei prestatori di lavoro. Anche del diritto alla sicurezza come diritto assoluto della persona ci siamo già occupati in altri studi⁴⁰, dimostrando come l'ordinamento si consideri complessivamente interessato alla conservazione di quel patrimonio che è costituito dalla capacità lavorativa. Ciò risulta con evidenza dalla complessa normativa che regola la materia, dalla costante e molteplice

39 In dottrina, prevale l'opinione secondo cui è ammessa la determinazione – da parte delle associazioni sindacali – di semplici condizioni di esercizio del diritto di sciopero. In tal senso, v. le opere già citate della Riva Sanseverino, del Pierro, dello Scotto; per il GRASSELLI, *op. cit.*, pag. 209 ss., non può parlarsi, a proposito di dette clausole, di un vero atto abdicativo del diritto, che sarebbe sicuramente invalido.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, va ricordata una recente sentenza del Tribunale di Massa, del 13 maggio 1969 (in *Foro it.*, 1970, I, col. 337, con ampia nota di richiami di dottrina e di giurisprudenza), secondo la quale è valido il patto col quale nella contrattazione collettiva ci si impegna a non far ricorso allo sciopero con la contestuale previsione di una procedura conciliativa o arbitrale per la soluzione di determinate controversie del lavoro. Secondo il Pretore di Milano (15 aprile 1966, in *Foro it.*, Rep., 1967, voce «Sciopero», n. 19-21), è radicalmente nullo il patto stipulato a livello aziendale col quale ci si impegna a non far ricorso allo sciopero in corrispettivo di determinati vantaggi economici; in senso analogo, v. anche: App. Milano, 18 marzo 1966, *ivi*, n. 18. Considerano invece legittimo il patto di tregua la sentenza 26 maggio 1962 del Pretore di Roma, in *Foro it.*, Rep., 1965, voce «Sciopero», n. 28, e quella 20 marzo 1964 della Corte d'Appello di Roma, *ivi*, nn. 26-27. Non risulta che la Cassazione abbia affrontato *ex professo* il delicato problema.

40 *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 375 ss. [pubblicato nel Vol. IV di quest'opera in <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/book/202>]; e *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Milano, 1967 [pubblicato nel Vol. V di quest'opera in <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/book/235>].

A questi studi rinviamo anche per la bibliografia e per i richiami giurisprudenziali.

previsione di sanzioni penali, anche a carico dello stesso lavoratore, dalla vastissima gamma di forme e strumenti attraverso cui il legislatore persegue la cenata finalità di carattere generale. Difficilmente dunque, potrebbe contestarsi l'assolutezza e l'indisponibilità di questo diritto, in tutte le sue manifestazioni⁴¹.

Altra fattispecie di analogo rilievo è quella relativa *al diritto del cittadino all'assistenza e previdenza sociale*, elevato a livello costituzionale con l'art. 38 della Costituzione, ma già presente nel sistema positivo come diritto assoluto e indisponibile⁴².

Anche qui ci limiteremo necessariamente a pochi accenni. È certo, peraltro, che la disposizione contenuta nell'art. 2115 c. c. (per tacere di quelle relative agli assegni familiari, di cui si è già fatto cenno), è dotata di una carica particolarmente intensa, sanzionando di nullità, nel comma 3°, «tutti i patti diretti ad eludere gli obblighi relativi alla previdenza o all'assistenza». La disposizione è così perentoria e generale, da non consentire né limitazioni né discussioni circa la portata e gli effetti del principio, chiaramente incidenti sulla stessa disponibilità dei diritti derivanti al lavoratore dal sistema previdenziale. Ne consegue la nullità di ogni pattuizione collettiva (con eventuale sostituzione *ex art.* 1419, cpv., c. c. delle clausole nulle) e individuale, ivi compresi – secondo la dottrina dominante – anche gli atti unilaterali (e quindi le rinunzie)⁴³.

Qualche problema può porsi unicamente per due aspetti, diremo così, accessori:

a) in ordine alle transazioni di cui al capoverso dell'art. 114 t. u. infortuni, almeno apparentemente in contrasto con la disciplina generale già accennata,

41 Dice esattamente il D'EUFEMIA, *Norme inderogabili e interessi legittimi nel rapporto di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1969, 1, pag. 15, che l'inderogabilità di molte norme del diritto del lavoro è strettamente connessa alla natura dell'interesse tutelato; per cui gli interessi che l'ordinamento valuta come di carattere generale sono sottratti alla disponibilità delle parti. E cita come esempio tipico, il diritto che scaturisce dal precetto dell'art. 2087 c. c. In senso analogo, a proposito dell'art. 2087, v. anche: MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., pag. 673.

42 Sui diritti previdenziali e sulla loro indisponibilità si soffermano in modo particolare: PROSPERETTI, *L'indisponibilità dei diritti previdenziali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1955, I, pag. 9 ss.; PALERMO, *Risarcimento del danno da omessa o irregolare contribuzione nell'assicurazione invalidità, vecchiaia, superstiti*, in *Mass. giur. lav.*, 1964, pag. 225 ss. (ma particolarmente, per gli aspetti generali, pag. 231); LEGA, *In tema di transazione sull'indennità da infortunio*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1953, pag. 346 ss.; ZAGO-GARELLI, *Osservazioni in tema di indisponibilità dei diritti previdenziali*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1957, pag. 443; MARAZZA, *Disponibilità del diritto al risarcimento del danno da omissione contributiva*, in *Mass. giur. lav.*, 1960, pag. 162 ss.; DONATI, *Nullità delle rinunce totali alle prestazioni dell'INAIL*, in *Riv. giur. lav.*, 1957, II, pag. 252 ss.; RUBINO, *L'indisponibilità dei diritti previdenziali*, in *La tutela del lavoro*, 1958, pag. 477 ss.

43 In questo senso, v. particolarmente: PROSPERETTI, *L'indisponibilità dei diritti previdenziali*, cit., pagg. 6-7.

In giurisprudenza, per quanto riguarda l'indisponibilità dei diritti previdenziali e l'inderogabilità degli obblighi imposti all'ente assicuratore: Cass. 11 ottobre 1954, n. 3583, in *Dir. lav.*, 1955, 2, pag. 177; per la nullità delle pattuizioni derogatorie, anche in sede collettiva: Cass. 9 giugno 1956, n. 2026, in *Prev. soc.*, 1955, pag. 1168.

secondo la quale – ponendo in correlazione l'art. 2115 con l'art. 1966 – si dovrebbe pervenire comunque alla nullità assoluta⁴⁴;

b) in ordine al risarcimento del danno *ex* art. 2116, comma 2°, c. c., per il quale la finalità perseguita dal legislatore è sempre la medesima, anche se diverso è lo strumento usato; per cui resterebbe pur sempre da stabilire se anche il relativo diritto rientri nella assoluta indisponibilità, oppure se esso rientri nell'ambito dell'art. 2113 c. c. oppure ancora se esso sia da considerarsi completamente disponibile⁴⁵.

Ma di questi problemi basti aver dato qui un semplice accenno, per pura completezza, trovando essi la loro specifica collocazione nell'ambito della trattazione relativa alla materia previdenziale.

3. Altre ipotesi (art. 369, comma 2°, c. nav.; art. 2117; art. 1 d. p. r. 5 gennaio 1950, n. 180; art. 806-808 c. p. c.)

Si è così esaurito il quadro delle fattispecie in cui la protezione opera in modo assoluto, incidendo sulla stessa disponibilità del diritto attribuito al lavoratore, pur con una certa varietà di conseguenze e di effetti, generalmente però determinati da ragioni pratiche o da esigenze di contemperamento di contrapposti interessi. Non vi è infatti ragione di soffermarsi specificamente su alcune situazioni, alle quali abbiamo già accennato, in cui la tutela opera in modo altrettanto penetrante, ma per le quali non insorgono problemi di sorta, essendo chiari sia il fondamento delle limitazioni dell'autonomia e della stessa disponibilità del diritto, sia gli effetti che dalla disciplina scaturiscono. Intendiamo riferirci, a titolo puramente riassuntivo, alle ipotesi previste dall'art. 369, comma 2°, del c. nav., che prevede l'indisponibilità assoluta delle attribuzioni patrimoniali dovute dall'armatore per il rimpatrio e delle spese di cura (ipotesi, queste, in cui

44 L'argomento è stato esaminato *funditus* negli studi già ricordati in nota 25. Per la giurisprudenza sul punto, v. particolarmente: App. Napoli, 27 marzo 1952, in *Riv. it. prev. soc.*, 1953, pag. 346; App. Genova, 12 settembre 1955, *ivi*, 1957, pag. 443.

45 Per quanto riguarda la dottrina, v. ancora gli studi citati in nota 25. Per la giurisprudenza, v. essenzialmente: App. Genova, 10 aprile 1959, in *Mass. giur. lav.*, 1960, pag. 162 (con ampia nota di Marazza e richiami); App. Venezia, 2 aprile 1958, in *Mass. giust. civ. app.*, 1958, pag. 48; Trib. Genova, 30 marzo 1960, in *Orient. giur. lav.*, 1960, pag. 570; Trib. Genova, 28 luglio 1962, *ivi*, 1963, pag. 73; App. Brescia, 31 marzo 1965, *ivi*, 1966, pag. 412. Da ultimo, la Corte di Cassazione (15 maggio 1967, n. 1007, in *Mass. giust. civ.*, 1967, pag. 522) ha dichiarato che ove le parti abbiano inteso transigere non già sugli obblighi del datore nei confronti dell'INPS, ma sul danno derivato al lavoratore da omesso o irregolare versamento dei contributi, è inapplicabile il disposto dell'art. 2115 c. c.

Va ricordato, proprio a proposito della disponibilità dei diritti del lavoratore in questo campo, la sentenza 22 ottobre 1958, n. 3398 (in *Mass. giur. lav.*, 1959, pag. 101), con la quale la Cassazione ha escluso la responsabilità del datore di lavoro per i danni da omessa contribuzione, nel caso in cui spettasse allo stesso lavoratore il compito di provvedere al versamento dei contributi.

le finalità alimentari ed assistenziali sono particolarmente evidenti)⁴⁶; alla particolare ipotesi dell'art. 2117 c. c., che vincola alla loro destinazione (anche nei confronti dei terzi) i fondi speciali di assistenza e previdenza costituiti dall'imprenditore; ed infine, alle ipotesi previste dall'art. 1 del d.p.r. 5 gennaio 1950, n. 180, che sancisce la sostanziale indisponibilità di tutti i compensi, pensioni, sussidi e assegni, degli impiegati degli enti pubblici, rispondendo all'evidente finalità dello Stato di evitare possibili perturbamenti nell'espletamento di funzioni di pubblico interesse⁴⁷.

Sulla particolare assolutezza del divieto di compromettere in arbitri le controversie di lavoro (806-808 c. p. c.) non è qui il caso di soffermarsi, trattandosi ancora una volta di materia meritevole di specifica trattazione⁴⁸.

46 BALLETTI, *Il rapporto di lavoro nautico*, Napoli, 1966, pag. 230 ss.; MINERVINI, *Il lavoro nautico*, Bari, 1957, pag. 156 ss.; TORRENTE, *L'impresa e il lavoro nella navigazione*, Milano, 1964, pag. 77 ss.

47 Sul punto, v. le precise considerazioni del GIUGNI, *Limiti legali dell'arbitrato*, ecc., cit., pag. 74, nota 143, della RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, 1967, cit., pag. 473, e del PROSPERETTI, *Le rinunce e transazioni*, ecc., cit., pagg. 227-238.

48 Sull'argomento, v. comunque, in generale: GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano, 1963, pag. 369 ss.

Capitolo III La protezione realizzata mediante norme inderogabili; l'art. 2113 c. c. nei suoi aspetti generali

Sommario: 1. L'art. 2113 ed i suoi precedenti – 2. Lineamenti generali del sistema – 3. Il fondamento del precetto

1. L'art. 2113 ed i suoi precedenti

Il passaggio dalla protezione assoluta ad una tutela limitata è segnato dalla norma contenuta nell'art. 2113 c. c., considerata – e non a torto – uno dei cardini del sistema del diritto del lavoro.

Si tratta, a dire il vero, di una disposizione che ha dato non poca materia di discussione alla dottrina ed alla giurisprudenza, sia per ciò che riguarda il suo fondamento giuridico, sia per ciò che attiene alla sua stessa struttura.

Si è perfino discusso, e il dibattito non è ancora concluso, se si tratti veramente di una norma di tutela del prestatore o se invece essa sia diretta a tutelare ben altri interessi⁴⁹. D'altronde, la discussione non poteva mancare ove si consideri: che la norma rappresenta sicuramente una deviazione rispetto al diritto comune⁵⁰; che la stessa presenta nel suo stesso seno non poche anomalie; che infine essa è nata in un sistema giuridico oggi in gran parte tramontato, con tutte le conseguenti difficoltà di adeguamento alla nuova situazione.

I precedenti sono noti: l'art. 17 del r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825, secondo il quale le disposizioni del decreto in questione dovevano essere osservate «malgrado ogni patto contrario»; e successivamente l'art. 59 del libro del lavoro, pubblicato separatamente, prima del testo unificato del nuovo c. c., secondo il quale le rinunce e transazioni erano nulle e l'azione di nullità doveva essere proposta, a pena di decadenza, entro tre mesi.

È chiaro che le formulazioni preesistenti – e soprattutto quella dell'art. 17 del decreto n. 1825 – conducevano alla radicale nullità di tutti gli atti dispositivi contrari alle norme di legge. Per ovviare agli inconvenienti pratici che da ciò derivavano, la dottrina e la giurisprudenza avevano elaborato la teoria del vizio di

49 Secondo il COTTINO, *L'art. 2113 c. c. e l'annullabilità per errore, violenza o dolo delle transazioni e rinunce a diritti inderogabili dei lavoratori subordinati*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, pag. 74, chi tutela il lavoratore è la norma inderogabile; l'art. 2113 non fa che attenuare, a vantaggio del datore, le più gravi conseguenze che da ciò dovrebbero derivarne ai sensi dell'art. 1966 c. c.; per cui, in tale norma «non si fa questione di difesa del lavoratore».

Sostanzialmente in senso analogo si esprimono il NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie*, Milano, 1953, pag. 120 ss., e il MIGLIORANZI, *Diritti indisponibili del lavoratore e dichiarazioni liberative*, in *Riv. lav.*, 1946, I, pag. 48.

Contra, tra gli altri: TILOCCA, *Il negozio di disposizione del debitore d'opera*, cit., pag. 75 ss.

50 In relazione a tutti gli altri contratti non esiste alcuna disposizione simile a quella del 2113. Ad ipotesi affini a quelle regolate dal precetto in questione si applicano normalmente l'art. 1418 e l'art. 1966 c.c., con effetti assai diversi, come è evidente.

consenso presunto, che consentiva di tenere per validi almeno gli atti compiuti dopo la cessazione del rapporto⁵¹.

La nuova disciplina dell'art. 2113 si è posta dunque sul terreno del compromesso, per cercare di mantenere la tutela imperativa, temperandola però con le esigenze pratiche di certezza, prospettate soprattutto da parte imprenditoriale⁵².

Alla nullità assoluta si sostituiva quindi la nozione di invalidità; gli atti dispositivi su cui cadeva la disciplina venivano limitati alle rinunce e transazioni; l'oggetto di queste veniva precisato nei diritti del prestatore derivanti da disposizioni inderogabili della legge o da norme corporative; veniva previsto un breve termine di decadenza per la «impugnazione», facendolo decorrere dal momento in cui il prestatore avesse ripreso la sua libertà; venivano infine fatti salvi alcuni casi in cui le rinunce e transazioni dovevano ritenersi come valide. In una normativa delicata e importante come quella del 2113, c'erano troppe cose e troppo complesse, perché alcune non risultassero perfino contraddittorie; ed è evidente altresì che l'intento di temperare esigenze contrapposte fra loro doveva necessariamente risolversi anche in una sorta di compromesso sul piano giuridico.

Da ciò il fondamentale contrasto che ha visto per lungo tempo – e in parte vede ancora – divise la dottrina e la giurisprudenza sullo stesso fondamento e sulla portata del 2113. Da ciò anche le perplessità di chi si trova di fronte ad una norma che sembra in parte accedere ad una visione soggettiva del fenomeno ed in parte ad una visione oggettiva⁵³, che per alcuni versi sembra assicurare

51 Di fondamentale importanza, per rendersi conto dello stato della dottrina prima dell'avvento del nuovo Codice, lo studio del GRECO, *La transazione nei rapporti soggetti a regolamento imperativo*, in *Annali Università Macerata*, 1931, XIII, pag. 181 ss.; dello stesso A. vedi anche le importanti osservazioni nel volume sul *Contratto di lavoro*, Torino, 1939, pag. 462 ss. Comunque, la teoria del vizio del consenso ha ancor oggi alcuni sostenitori, tra i quali ricordiamo: D'EUFEMIA, *Elementi di diritto del lavoro*, Napoli, 1949, pag. 133; SERMONTI, *L'invalidità delle rinunce e transazioni nel rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1948, pag. 129; PERETTI GRIVA, *Ancora in tema di validità delle rinunce a diritti inderogabili*, in *Mass. giur. lav.*, 1949, pag. 28; GRASSETTI, *La conciliazione delle controversie individuali*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, I, pag. 241.

52 Il carattere di compromesso dell'art. 2113 è posto in evidenza da buona parte della dottrina. Per tutti, v.: GIUGNI, *Limiti legali dell'arbitrato*, ecc., cit., pag. 71, secondo il quale l'art. 2113 «nasce appunto come linea mediana tra le varie posizioni della dottrina e come tentativo di temperare le esigenze della tutela imperativa con quella, posta in rilievo dalla prassi giudiziale, di contenerne le conseguenze più drastiche». In senso analogo, v. anche: ARANGUREN, nel volume *Problemi in tema di arbitrato nelle controversie del lavoro*, Milano, 1969, pag. 53 ss. Accenni all'esigenza di certezza dei rapporti si trovano anche in alcune sentenze, tra le quali, v.: Cass. 21 luglio 1958, n. 1183, in *Mass. giur. lav.*, 1948, pag. 269; Trib. Genova, 20 giugno 1956, in *Orient. giur. lav.*, 1956, pag. 471; Trib. Milano, 14 maggio 1959, in *Riv. dott. comm.*, 1959, pag. 1098.

53 La dottrina è infatti divisa in due grandi correnti che sostengono rispettivamente la teoria soggettiva e quella oggettiva del fondamento del 2113, anche se con notevole varietà di spiegazioni e di argomentazioni. Della teoria soggettiva sono principali sostenitori il SANTORO PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore*, cit., pag. 53 ss., e il TILOCCA, *Il*

una maggiore tutela al prestatore di lavoro e per altri invece sembra concedergli meno di quanto deriverebbe dalla semplice applicazione di alcune norme di diritto comune (ad es. artt. 1418, 1966 c. c.).

La spiegazione sta effettivamente nei precedenti accennati e nelle esigenze pratiche che il legislatore ha tenuto presenti nel dettare quella particolare disciplina; sicché non può apparire strano che accanto ad una peculiare tutela del prestatore si sia tenuto conto anche di alcune esigenze dei datori di lavoro.

Ciò che conta è il fatto che la norma ha intanto codificato la situazione di inferiorità economica e morale del prestatore nell'ambito del rapporto di lavoro⁵⁴, come si evince chiaramente dal fatto che il termine per l'impugnazione delle rinunce e transazioni viene fatto decorrere dalla cessazione del rapporto, se esse risalgono a data anteriore. Ma la norma ha fatto di più: ha cioè consentito di considerare *tout court* invalidi certi atti dispositivi, alla sola condizione della tempestiva impugnazione ed a prescindere da qualsiasi indagine di merito sul contenuto degli stessi.

Essa ha infine sottratto la materia alla rigidità delle conseguenze derivanti dall'applicazione del diritto comune, recando così un vantaggio – in definitiva – ad entrambe le parti.

Ciò non significa, peraltro, che essa non si sottragga ad alcune censure, in ordine alla brevità del termine di impugnazione, alla scarsa tecnicità del sistema previsto, alla genericità dell'oggetto delle rinunce e transazioni, ed infine alle eccezioni previste nel comma 3°, non tutte omogenee tra loro e non certo giustificabili nello stesso modo. Bisogna poi anche dire che, per quest'ultima parte,

negozio di disposizione del debitore d'opera, cit. Per il primo la *ratio* del 2113 è reperibile nell'incapacità relativa del prestatore di lavoro; per il secondo, invece, è più corretto parlare di capacità limitata, in relazione ad un'ipotesi particolare di negozio fuori dell'ordinaria amministrazione (*op. cit.*, pag. 85 ss.). All'impostazione del Santoro Passarelli aderisce anche il Simi, il quale rileva come esistano altri esempi di incapacità relativa, dipendenti dalle specifiche posizioni della persona rispetto ad altro soggetto (artt. 779, 780, 78, 323, 378, 1471 c. c.) (*Sull'incapacità giuridica del lavoratore di dismettere diritti*, ecc., cit., pag. 196 ss.).

La teoria «oggettiva» è sostenuta principalmente dal PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce*, ecc., cit., pag. 23, e dal GUIDOTTI, *Il fondamento giuridico dell'indisponibilità*, ecc., cit., pag. 365 ss., i quali sostengono che la *ratio* del 2113 va ricondotta principalmente alla natura dei diritti che formano oggetto degli atti abdicatori. La concezione del Prosperetti, peraltro, si fonda su un preteso collegamento della norma all'interesse professionale collettivo; e su questo punto essa è stata vivacemente criticata dal SANTORO PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunce e transazioni*, cit., pag. 53, il quale afferma che gli interessi considerati non sono di natura collettiva, ma di carattere generale.

Sostanzialmente adesivi alla teoria oggettiva anche: VALSECCHI, *Gioco, scommessa, transazione*, cit., pag. 285; NATOLI, *Sull'incompatibilità della normale azione di annullamento per vizio della volontà con l'impugnativa ex 2113*, in *Riv. giur. lav.*, 1949, II, pag. 44; ARDAU, *Il negozio di accertamento nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1946, I, pag. 85; CRISCI, *L'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore di lavoro*, in *Foro it.*, 1956, IV, col. 282.

54 Questa constatazione è comune, sostanzialmente, a tutta la dottrina ed alla giurisprudenza predominante.

la colpa non è da ascrivere solo al legislatore originario, ma anche e soprattutto al legislatore odierno, che non ha trovato il modo – a tutt'oggi – di sostituire all'antica formula una dizione più corrispondente alla situazione attuale.

2. Lineamenti generali del sistema

Ma procediamo per ordine, nell'analisi della norma e della sua struttura.

Va detto anzitutto, anche se ciò può ormai considerarsi come acquisito per gli argomenti svolti nei capitoli precedenti, che dall'ambito di applicazione del 2113 restano escluse tutte le ipotesi di protezione «assoluta» dell'ordinamento. È vero, infatti, che si parla – nel 2113 – di rinunce e transazioni su diritti derivanti da disposizioni inderogabili, e che tutte quelle che abbiamo ricordato nei capitoli precedenti sono dotate sicuramente del connotato della inderogabilità, al massimo livello. Ma è certo anche che là dove vi è indisponibilità assoluta non può farsi questione di applicazione dell'art. 2113, perché ciò significherebbe proprio negare la ricorrenza di quella caratteristica; la quale non tollera sanatorie, per sua natura, e non avrebbe più senso ove fosse consentito al titolare di disporre ugualmente dei suoi diritti, con la semplice inerzia di fronte al breve termine di decadenza previsto dalla legge. È lo stesso legislatore a metterci su questa strada allorché parla di nullità assoluta nell'art. 2115 c. c. e di irrinunciabilità nel comma 3° dell'art. 36 della Costituzione; ma poiché, – come si è visto – i diritti sono indisponibili o per legge o per loro natura, è logico che una volta che essi siano stati individuati come tali, debbano essere – per ciò solo – sottratti alla particolare disciplina dell'art. 2113. Questa disposizione, dunque, si riferisce alle ipotesi in cui alle situazioni soggettive è connesso un certo interesse pubblicistico o generale, ma non di rilevanza tale da non consentire in nessun caso l'esercizio del potere dispositivo⁵⁵. Ma soprattutto essa si riferisce alla fase genetica (è questo il senso del richiamo all'inderogabilità delle norme) e non già alla fase funzionale, nella quale i soggetti riprendono una loro – sia pur limitata – autonomia.

Così, giustamente si è detto⁵⁶ che il precetto del 2113 tende a ricostituire l'uguaglianza tra le parti, lasciando poi che l'autonomia dispositiva si eserciti (più o meno liberamente) una volta che il risultato è raggiunto.

55 Ecco perché la situazione disciplinata dal 2113 non può ricondursi sotto il profilo dell'indisponibilità. Ed infatti, per giungere a tale risultato, si è stati costretti a ricorrere alle figure dell'indisponibilità relativa o dell'indisponibilità limitata, che sono – come si è detto – fortemente discusse e discutibili. Per critiche decise al tentativo di ricondurre la disciplina del 2113 nel quadro dell'indisponibilità, v. particolarmente: TILOCCA, *Il negozio di disposizione*, ecc., cit., particolarmente pag. 78 ss.; GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, cit., pag. 373 ss.; GIUGNI, *Limiti legali dell'arbitrato*, ecc., cit., pag. 67 ss.; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., II, pag. 988 ss.; BRANCA, *Sull'indisponibilità dei diritti del lavoratore*, ecc., cit., pag. 806; MARAZZA, *Tentativo di conciliazione e art. 2113 c. c.*, in *Mass. giur. lav.*, 1959, pag. 174.

56 GIUGNI, *Limiti legali dell'arbitrato*, ecc., cit., pag. 68 ss., il quale osserva che la vera natura del sistema della tutela inderogabile non è quello di sottoporre il lavoratore ad una sorta di

3. Il fondamento del precetto

Il fondamento della norma è dunque pur sempre quello della tutela del contraente più debole e personalmente impegnato nel rapporto, anche se il legislatore ritiene opportuno apportare dei correttivi, nell'ambito del sistema, per eliminare alcuni effetti negativi della tutela inderogabile.

La ricerca se il fondamento della norma sia oggettivo o soggettivo rischia dunque di prospettarsi come un insolubile rompicapo⁵⁷.

Hanno ragione, invero, i «soggettivisti» a richiamare il fatto che il lavoratore è considerato come menomato, quanto meno moralmente, anche se non fino al punto di dar luogo ad un vero e proprio vizio del consenso; e si direbbe che il legislatore abbia voluto muoversi su questo piano allorché ha escluso dalla speciale disciplina del 2113 alcune ipotesi in cui il lavoratore è tutelato da organi pubblici di sicuro affidamento (il giudice e le organizzazioni sindacali). Ma non è meno vero che lo stesso legislatore pone poi l'accento sull'aspetto oggettivo e cioè sulla particolare natura degli interessi tutelati e dei diritti nascenti dalle norme inderogabili. D'altro lato, se il consenso del lavoratore fosse in qualche modo viziato o limitata la sua capacità, non si vede perché la disciplina dovrebbe essere limitata solo ad alcuni atti di disposizione (rinunce e transazioni) e comunque solo a quelli che hanno per oggetto diritti derivanti da norme inderogabili. Nello stesso tempo, bisogna anche dire che l'indisponibilità non può essere eliminata dall'intervento di un ufficio pubblico e che, per contro, se rilevante fosse solo l'aspetto oggettivo, non si vede perché non dovrebbe applicarsi *tout court* l'art. 1418 c. c.

La verità, a nostro avviso, è che il tentativo di spiegare il sistema del 2113 in modo unitario e secondo i principi generali è destinato a fallire, perché la norma è essenzialmente ibrida ed ha in sé aspetti diversi e spesso contraddittoriamente mutuati da nozioni disparate. Sicché ci sembra aver ragione, fundamentalmente, chi ha messo correttamente in evidenza la sostanziale ambiguità del precetto, dal punto di vista sistematico⁵⁸. Se lo sforzo costruttivo non è destinato ad approdare a risultati definitivi e probanti, tanto vale prendere la norma per quello che è: un compromesso fra varie tendenze, che colloca la disciplina delle rinunce e transazioni in un ambito intermedio tra le ipotesi di protezione assoluta

paternalistica tutela legale, bensì quello di garantire un'uguaglianza di punti di partenza, aperta alla duplice spinta dell'autonomia collettiva e dell'autonomia individuale.

57 D'altronde, la tendenza più recente della dottrina è nel senso di dimostrare che tra le due posizioni tradizionali non sussiste una vera incompatibilità e che l'art. 2113 si spiega adeguatamente solo col richiamo ad ambedue le dottrine, che in definitiva si fondano sullo stesso presupposto di tutela del contraente più debole. In questo senso, v. infatti: GIUGNI, *Limiti legali*, ecc., pag. 73, nota 142. Importanti anche le considerazioni del FLAMMIA, nota cit., in *Mass. giur. lav.*, 1960, pag. 380 ss.

58 V. ancora: GIUGNI, *op. cit.*, pag. 71.

(e quindi di indisponibilità) e quelle di piena libertà dispositiva riconosciuta a favore del soggetto sia nella fase genetica che in quella funzionale.

L'art. 2113 significa dunque semplicemente che il legislatore, dopo aver vincolato le parti attraverso l'emanazione di norme inderogabili a tutela di interessi generali, lascia poi libero il prestatore di disporre dei diritti ormai acquisiti, col solo vincolo materiale del sistema di «impugnazione» e del termine di decadenza previsto dalla norma⁵⁹.

59 È questa, del resto, la spiegazione più largamente accolta dalla dottrina, al di là delle divergenze di carattere costruttivo e sistematico. Molto spesso poi, le cennate divergenze si riducono a questioni terminologiche; l'importante è, peraltro, che si colgano gli aspetti essenziali della disciplina e soprattutto che non si pretenda di inserirla, a tutti i costi, nel quadro di figure tradizionali del diritto comune, delle quali possiede solo alcune caratteristiche.

Per un'esatta impostazione di principio, v. principalmente: RIVA SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, Torino, 1964, pag. 374; MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., pag. 668 ss.; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, III, cit., pag. 983 ss.; MANCINI, *Decadenza ex art. 2113 e diritti del lavoratore posti da norme inderogabili*, cit.; ID., *Ancora in tema di diritti indisponibili e diritti posti da norme inderogabili di legge*, cit.; BRANCA, *Sull'indisponibilità dei diritti del lavoratore garantiti dalla Costituzione*, cit., pag. 806 ss.; GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, cit., pag. 373 ss.

Capitolo IV La struttura del sistema delineato dall'art. 2113 c. c.

Sommario: 1. I presupposti – 2. L'oggetto delle rinunce e transazioni: i diritti derivanti da norme inderogabili – 3. La pretesa distinzione tra diritti e presupposti di fatto – 4. Il problema dei diritti derivanti da contratti collettivi di diritto comune – 5. Natura dell'invalidità e sua estensione – 6. Concorso con le altre azioni di annullamento – 7. Le rinunzie (oggetto determinato; diritti futuri; rinunzie tacite) – 8. Le transazioni (i presupposti; necessaria specificità; delimitazione rispetto ad altri negozi; gli effetti dell'invalidità della transazione)

1. I presupposti

Esaminiamo ora l'ambito e le modalità di applicazione dell'art. 2113.

Presupposto fondamentale di applicazione della norma è l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Ciò si ricava soprattutto dalla collocazione della norma e dal fatto che essa viene richiamata solo da alcune disposizioni specifiche, ad esempio dall'art. 2128, che pertanto ne estende l'applicazione al lavoro a domicilio. Negli altri casi, l'art. 2113 non è operante, anche se a rigore potrebbe configurarsi una situazione di soggezione economica da parte del soggetto che potrebbe essere interessato all'impugnazione (mezzadro, colono, lavoratore autonomo, agente)⁶⁰. Ma forse anche in questo si ha la prova del fatto che non è solo la soggezione economica il fondamento del 2113.

È invece assolutamente pacifica, per giurisprudenza e dottrina costanti, l'applicazione della norma al rapporto di pubblico impiego, naturalmente nei limiti in cui non sia prevista l'assoluta indisponibilità dei diritti dei dipendenti⁶¹.

2. L'oggetto delle rinunce e transazioni: i diritti derivanti da norme inderogabili

Il problema più delicato è quello relativo alla individuazione dell'oggetto delle rinunzie e transazioni e cioè dei «diritti derivanti da norme inderogabili della legge o da norme corporative».

⁶⁰ Si sono pronunciati in senso negativo per l'applicazione del 2113 a soggetti diversi dal lavoratore subordinato: Trib. Fermo, 28 febbraio 1951, in *Giur. it.*, 1952, I, 2, pag. 950 (mezzadro); App. Lecce, 6 dicembre 1955, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1956, pag. 267 (mezzadro e colono); App. Milano, 30 marzo 1956, in *Mass. giust. civ. app.*, 1956, pag. 28 (agente); Trib. Genova, 15 giugno 1967, in *Orient. giur. lav.*, 1968, pag. 66 (id).

⁶¹ V. ad esempio: *Cons. st.*, sez. VI, 17 luglio 1950, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1950, III, pag. 944; Id., 19 giugno 1963, n. 355, in *Mass. amm.*, 1963, II, pag. 325; Id., 27 giugno 1962, n. 494, in *Cons. st.*, 1962, I, pag. 1271. Il richiamo al 2113 è operato normalmente sulla base del disposto dell'art. 2129 c. c., che estende la disciplina del rapporto di lavoro privato ai lavoratori dipendenti da enti pubblici, in quanto non sussista incompatibilità.

Tralasciando quest'ultimo aspetto, del quale ci occuperemo in seguito, si tratta anzitutto di individuare quali sono i diritti nascenti da norme inderogabili. Si è già detto che cosa sia l'inderogabilità di una norma e si è già evidenziato come la maggior parte dei precetti del diritto del lavoro sia dotata di forza cogente. Tuttavia, non è sempre facile delimitare il campo, da un lato rispetto a quelle norme in cui la forza imperativa è tale da privare il soggetto della disponibilità dei suoi diritti e da garantirlo contro ogni attentato esterno ai medesimi, e dall'altro rispetto alle situazioni di piena disponibilità, sia nella fase genetica che in quella funzionale.

Per fissare dei criteri generalmente validi, non basta attenersi ad indicazioni che hanno pur sempre un certo margine di genericità (ad esempio definendo le norme inderogabili come quelle da cui deriva la nullità dei patti contrari o quelle da cui deriva la sostituzione di diritto delle clausole difformi)⁶², ma occorre far riferimento soprattutto alla natura dell'interesse tutelato ed alle finalità perseguite dal legislatore.

Se lo scopo perseguito è di pubblico interesse, pur tenendosi conto delle situazioni subiettive del titolare, e se l'interesse di quest'ultimo non può essere soddisfatto se non contemporaneamente ad un interesse di carattere generale, la norma è da considerare come inderogabile. Già il codice contiene una serie di disposizioni, la cui inderogabilità è evidente ed è stata quindi generalmente riconosciuta sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza: i limiti del periodo di prova (2096), l'obbligo di adibire il prestatore alle mansioni per le quali è stato assunto (2103), il principio di proporzionalità delle sanzioni disciplinari (2106), l'obbligo di conservazione del posto in ipotesi determinate dalla legge (2110 ss.), l'obbligo di corrispondere le indennità di cessazione del rapporto (2119-2120) e le modalità di computo delle indennità stesse (2121) sia in relazione alle componenti del trattamento da considerare, sia in relazione alla continuità del rapporto, i limiti del patto di non concorrenza (2125), sono tutti disciplinati da norme sicuramente inderogabili, così come è inderogabile anche il divieto di retribuzione a cottimo per gli apprendisti⁶³. Ma sono inderogabili anche molte

62 Per una sintetica definizione del genere, v.: PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce*, ecc., cit., pag. 107.

63 Un elenco dei diritti nascenti da norme inderogabili non esiste in dottrina; e del resto, sarebbe ben difficile che esso fosse completo. Si può dunque procedere più correttamente per esemplificazioni. Qualche indicazione giurisprudenziale: sulle norme del 2120-2121 c. c.: App. Milano, 27 ottobre 1949, in *Riv. giur. lav.*, 1950, II, pag. 81 e Cass., 7 novembre 1958, n. 3652, in *Foro it.*, Rep., 1958, voce «Lavoro», nn. 142-143; sul diritto al compenso maggiorato per lavoro straordinario: App. Venezia, 24 maggio 1963, in *Orient. giur. lav.*, 1964, pag. 219; sui diritti riconosciuti dalle leggi sulla tutela della maternità: App. Bologna, 1° luglio 1958, in *Riv. dir. lav.*, 1958, 2, pag. 425; sul diritto al compenso per le trasferte: App. Catanzaro, 5 giugno 1954, in *Calabria giur.*, 1955, pag. 366; sul diritto all'anzianità effettiva: Cass., 13 maggio 1954, n. 1540, in *Riv. dir. lav.*, 1955, 2, pag. 41; sul diritto del lavoratore ad essere retribuito in misura corrispondente alle mansioni effettivamente svolte: Cass., 2 agosto 1956, n. 3047, in *Dir. lav.*, 1957, 2, pag. 144; sul diritto ad un unico periodo di prova: App. Genova, 21 gennaio 1964,

delle leggi speciali che pullulano nella materia del lavoro e fra esse certamente quelle sul collocamento, sulla tutela delle lavoratrici madri, sul lavoro delle donne e dei fanciulli, sui limiti dell'orario di lavoro⁶⁴.

Qualche dubbio è insorto a proposito di alcuni istituti, ormai di costante e comune applicazione, nelle ipotesi in cui essi non siano previsti né dalla legge né dai contratti collettivi (ad es. la gratifica natalizia). Benché l'art. 2113 non richiami espressamente la consuetudine, riteniamo che essa debba essere equiparata – nei casi analoghi a quello accennato – alle norme inderogabili, ad ogni effetto e quindi anche a quello dell'impugnazione delle rinunzie e transazioni⁶⁵.

Ci sembra infine che non possano che essere considerate inderogabili le norme che stabiliscono limiti al potere di recesso, essendone evidente la forza cogente ed il collegamento ad un interesse di carattere generale⁶⁶.

3. La pretesa distinzione tra diritti e presupposti di fatto

La dottrina e la giurisprudenza si sono poste il problema se sia possibile distinguere, a proposito dell'oggetto delle rinunzie e transazioni, tra i diritti derivanti da norme inderogabili ed i correlativi presupposti di fatto. La giurisprudenza è

in *Foro pad.*, 1966, 1, pag. 584. Secondo la Corte d'Appello di Milano, 22 febbraio 1955, in *Foro pad.*, 1955, 2, pag. 21, sono soggetti alla disciplina del 2113 «tutti i diritti riconosciuti ai prestatori di lavoro in virtù di legge o di contratto collettivo, quali ad esempio la retribuzione, le varie indennità, le contribuzioni, le prestazioni, ecc. Derogabili sono invece soltanto i diritti fissati dalle parti nel contratto individuale di lavoro».

64 Sul punto, v. particolarmente: PALERMO, *Norme inderogabili e sanzioni nel diritto del lavoro*, in *Rin. giur. lav.*, 1954, 1, pag. 203 ss.; MIGLIORANZI, *Diritti indisponibili del lavoratore e dichiarazioni liberative*, in *Dir. lav.*, 1946, pag. 45; TERZAGO, *Noterelle intorno al 2113*, in *Foro pad.*, 1968, pag. 305 ss.; GUIDOTTI, *Il fondamento giuridico dell'indisponibilità*, cit., pag. 373 ss. Alcune importanti precisazioni circa la qualifica sono state formulate dal GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pag. 220 ss., il quale ha osservato che la c.d. indisponibilità della qualifica, in sé considerata, è priva di senso. Secondo il chiaro A., il richiamo al 2113 è lecito ogni volta che si faccia riferimento ad un atto di disposizione relativo a pretese patrimoniali già attualizzate in un diritto di credito esigibile. In altri casi, invece, si ha un patto derogativo, mediante il quale il lavoratore esprime la volontà di accettare un trattamento inferiore al minimo dovuto; ed allora, anziché di applicazione del 2113, si deve parlare di sostituzione di diritto della disciplina inderogabile a quella derogativa in *pejus* (e v. in questo senso: Cass., 14 ottobre 1958, n. 3254, in *Rass. giur. lav.*, 1958, 2, pag. 643).

65 In questo senso, sostanzialmente: App. Varese, 12 febbraio 1959, in *Orient. giur. lav.*, 1959, pag. 188; *contra*: Trib. Genova, 16 marzo 1965, in *Orient. giur. lav.*, 1966, pag. 401.

66 Manca ancora una giurisprudenza, su questo punto in sede di applicazione della legge 14 luglio 1966 n. 604. La Corte d'Appello di Genova, 31 dicembre 1951, in *Temi gen.*, 1952, pag. 41, ha ritenuto invalido il licenziamento intimato durante il periodo di comporta per malattia, assoggettando però tale invalidità all'obbligo di impugnazione entro tre mesi. Sul punto, v. anche: App. Napoli, 25 giugno 1964, in *Mass. rin. dir. lav.*, 1964, pag. 270.

Ben nota è la giurisprudenza relativa all'invalidità del licenziamento intimato in periodo di blocco. Si oscillò allora tra la declaratoria di nullità assoluta *ex art.* 1418, l'applicazione del 2113 e il riconoscimento di piena validità del licenziamento in caso di acquiescenza del prestatore.

tuttora oscillante⁶⁷, mentre in dottrina si avanzano non poche perplessità contro siffatta distinzione, la quale è sempre ardua, non si sa bene se sia giustificata e finirebbe comunque per sottrarre alla disciplina dell'art. 2113 una serie notevole di fattispecie.

Per quanto ci riguarda, riteniamo che la distinzione sia priva di significato e di fondamento. Si è detto che il presupposto di fatto altro non è che il fatto consacrato dell'effetto giuridico; in realtà, la fattispecie – semplice o complessa che sia – non tollera queste distinzioni, per operare le quali – del resto – mancherebbe qualsiasi valido criterio.

D'altronde, la correlazione tra l'art. 2731 e l'art. 2739 c. c. dimostra in modo assolutamente evidente la strettissima connessione che esiste tra il fatto e il diritto e quindi anche tra i cosiddetti presupposti e il diritto stesso⁶⁸.

Non ci sembra quindi che il problema meriti ulteriore approfondimento, tanto più che la stessa giurisprudenza che si attiene alla distinzione criticata è piuttosto apodittica e non è ancora riuscita a reperire argomenti probanti e tali da meritare un esame più dettagliato di quello, pur sommario, che può essere fatto in questa sede.

4. Il problema dei diritti derivanti da contratti collettivi di diritto comune

Di ben maggiore delicatezza è il problema relativo alla individuazione dei diritti «derivanti da norme corporative». Qui non è ripetuto l'aggettivo «inderogabili» per il semplice fatto che tutte le norme corporative erano dotate di questa caratteristica.

Ora, se non c'è dubbio sul fatto che nella categoria rientrino i diritti nascenti dai contratti collettivi sopravvissuti alla caduta dell'ordinamento corporativo e quelli previsti dalla disciplina transitoria dettata dalla legge 14 luglio 1959 n. 741, è assai discusso se vi rientrino invece i diritti nascenti dai contratti collettivi di diritto comune.

Dicono i sostenitori della tesi negativa che trattandosi di contratti di diritto privato e trovando la loro fonte in un vincolo volontario, i diritti che ne scaturiscono non sono equiparabili a quelli che nascono da norme inderogabili. In sostanza, alle associazioni sindacali del periodo corporativo era attribuito un potere normativo, in virtù di una preventiva valutazione di idoneità ad assicurare un massimo di garanzia per la tutela dei rappresentati. Tutto questo

67 Prevale però l'opinione secondo la quale i presupposti di fatto restano «nella piena disponibilità del lavoratore»: Pret. Milano, 7 gennaio 1943, in *Mag. lav.*, 1943, pag. 77; App. Genova, 9 novembre 1953, in *Temi genovese*, 1953, pag. 381; Cass., 5 maggio 1951, in *Mass. giur. lav.*, 1951, pag. 231. *Contra*: Trib. Foggia, in *Danna giur.*, 1962, pag. 189; App. Napoli, 13 ottobre 1959, in *Mass. giur. lav.*, 1960, pag. 90.

68 In questo senso, v.: MARAZZA, *Tentativo di conciliazione e art. 2113*, cit., pag. 176 e nota 13; PROSPERETTI, *L'indisponibilità dei diritti previdenziali*, cit., pag. 14. La tesi contraria fu prospettata per primo dal PERETTI GRIVA, *Il rapporto di impiego privato*, Milano, 1935, pag. 490.

mancherebbe, attualmente, perché lo stesso legislatore costituente non ha inteso attribuire siffatta idoneità se non alle associazioni sindacali di cui all'art. 39 Cost. ed ai contratti collettivi stipulati con le particolari modalità ivi specificate⁶⁹. Il ragionamento ha un valore soltanto apparente, dal punto di vista pratico e dal punto di vista strettamente giuridico.

Si è infatti rilevato che il mandato conferito dai soci alla propria organizzazione sindacale è irrevocabile ai sensi degli artt. 1723 e 1726 c. c., in quanto conferito non solo nell'interesse proprio, ma anche nell'interesse di terzi; da ciò l'inderogabilità del contratto collettivo, quanto meno per gli iscritti alle associazioni stipulanti⁷⁰.

Altri hanno formulato una suggestiva costruzione, secondo la quale – anche senza ricorrere al mandato – si giustificerebbe ugualmente l'inderogabilità del contratto collettivo sul piano della funzione istituzionale della autonomia collettiva, munita di efficacia reale nei confronti delle clausole difformi; sarebbe cioè nella stessa natura dell'autonomia collettiva la sottoposizione dell'interesse individuale a quello collettivo⁷¹.

Sono state date anche altre spiegazioni, richiamandosi alla forza che deriva dalla consuetudine⁷² o addirittura alla forza che può derivare all'associazione sindacale dal numero degli iscritti e dalla rispondenza attuale ad alcuni dei requisiti dettati dall'art. 39⁷³.

A nostro avviso, non c'è bisogno di andare tanto lontano e forse neppure di ricorrere alla ingegnosa costruzione relativa al mandato collettivo. Si tratta di chiedersi se davvero le attuali associazioni sindacali abbiano minor idoneità di quelle del periodo corporativo ad assicurare la tutela dei propri rappresentati, sì da non meritare la particolare protezione che l'ordinamento assicura mediante

69 Si vedano, in questo senso: ARDAU, *Sistema istituzionale di diritto del lavoro*, cit., pag. 841; SINAGRA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 194; BALZARINI, *Problematica del contratto collettivo nel diritto comparato*, in *Riv. dir. int. comp. lav.*, 1955, pag. 256; PERA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro e le clausole di decadenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 2, pag. 48; GUICCIARDI, *Appunti in tema di rinunce e transazioni*, in *Din. lav.*, 1958, I, pag. 198; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1967, pag. 471; FADDA, *Invalità delle rinunce e transazioni del lavoratore e contratti collettivi post-corporativi*, in *Foro it.*, 1958, IV, c. 231 ss.

70 È la notissima tesi del SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1949, pag. 137 ss., alla quale molti AA. hanno successivamente aderito (ad es. PROSPERETTI, *Sulla rinuncia ai diritti derivanti da contratti collettivi di diritto comune*, in *Riv. dir. lav.*, 1951, 2, pag. 507 ss.; MAZZIOTTI DI CELSO, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, Napoli, s.d., pag. 145; NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie nel diritto del lavoro*, Milano, 1953, pag. 80).

71 Questa tesi è stata prospettata, con ricchezza di argomenti, dal GIUGNI, *Limiti legali dell'arbitrato*, ecc., cit., pag. 79 ss.

Per qualche cenno in senso analogo, v. anche: GASPARRI, *Associazioni sindacali non riconosciute e contratti collettivi*, in *Dir. lav.*, 1951, I, pag. 29 ss.

72 FLAMMIA, *Deroga consensuale al contratto collettivo di lavoro e dimissioni per giusta causa del lavoratore*, in *Foro it.*, 1956, I, col. 952 ss.

73 TILOCCA, *Il negozio di disposizione del debitore d'opera*, cit., pag. 51 ss.

l'inderogabilità. La risposta è sicuramente negativa; che il legislatore del periodo fascista si fidasse solo delle garanzie prestate dall'unico tipo di organizzazione sindacale esistente, lo si può comprendere; ma una volta venuto meno quel sistema pubblicistico, perché mai non dovrebbe riconoscersi alle attuali organizzazioni sindacali una funzione ugualmente rappresentativa ed impegnativa, posto che esse si inseriscono comunque nello stesso sistema costituzionale ed in varie leggi ne viene riconosciuta la rappresentatività? L'unica differenza sta nei limiti di estensione della inderogabilità, oggi ristretta soltanto agli iscritti alle associazioni stipulanti. Ma, in questo ambito più limitato, negare l'inderogabilità dei diritti nascenti dagli attuali contratti collettivi significherebbe svuotare di continuo l'autonomia collettiva, contestando proprio quella funzione istituzionale che ormai comunemente le viene riconosciuta⁷⁴.

5. Natura dell'invalidità e sua estensione

Altri problemi, sempre relativi alla struttura della particolare disciplina che esaminiamo, sono di più agevole soluzione.

È ormai pacifico che l'invalidità di cui parla il 2113 è una forma di annullabilità, anche se nella norma vi è l'anomalia della previsione di un termine di decadenza anziché di prescrizione; l'importante è che per rimuovere la situazione considerata dal legislatore occorre l'intervento del soggetto interessato, il quale deve svolgere una determinata attività (poco correttamente, denominata «impugnabile»)⁷⁵.

Ci si è chiesti anche se l'invalidità riguardi tutti i negozi posti in essere dal lavoratore e relativi a diritti nascenti da norme inderogabili o solo quelli specificamente indicati nell'art. 2113. La risposta sembra evidente: poiché la legge non parla degli atti dispositivi in genere, ma solo di due atti negoziali specifici, è chiaro che solo a questi è limitata l'invalidità e la possibilità di impugnativa⁷⁶. La stessa considerazione vale anche per il negozio di accertamento, il quale – posto

74 Sembra peraltro tuttora perplesso il GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, cit., pag. 377 ss., il quale si limita a rilevare che il problema è difficile e che se la tesi del mandato collettivo è discutibile, quella del Giugni manca effettivamente di una base testuale.

In giurisprudenza, sono favorevoli alla validità delle rinunce e transazioni su diritti derivanti da contratti collettivi di diritto comune, ad es.: Trib. Roma, 27 ottobre 1950, in *Dir. lav.*, 1951, II, pag. 223; App. Firenze, 4 settembre 1956, in *Orient. giur. lav.*, 1957, pag. 73; App. Cagliari, 11 giugno 1957, in *Riv. dir. lav.*, 1957, II, pag. 463. *Contra*: App. Torino, 12 gennaio 1953, in *Orient. giur. lav.*, 1953, pag. 174; Trib. Milano, 14 ottobre 1954, *ivi*, 1955, pag. 324; Cass., 8 agosto 1957, *ivi*, 1958, pag. 199; App. Napoli, 20 luglio 1961, in *Riv. giur. lav.*, 1961, II, pag. 464; Trib. Roma, 14 maggio 1966, in *Dir. lav.*, 1967, II, pag. 202.

75 Sul punto, v. ampiamente: PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore di lavoro*, cit., pag. 50 ss. Sul punto, la giurisprudenza è costante (v., fra le altre: Cass., 19 luglio 1965, n. 1623, in *Orient. giur. lav.*, 1966, pag. 618).

76 Ed infatti, questa è l'opinione assolutamente prevalente.

In senso contrario, peraltro: TILOCCA, *Il negozio di disposizione*, ecc., cit., pag. 82 (ma v. una puntuale critica in: GIUGNI, *Limiti legali dell'arbitrato*, ecc., cit., pag. 73, nota 143).

che sia ammissibile – non rientrerebbe in alcun modo nella disciplina del 2113, a meno che esso non celasse sostanzialmente una rinuncia o transazione⁷⁷.

6. Concorso con le altre azioni di annullamento

Connesso a questi problemi è quello relativo alla esclusività o meno dell'azione di annullamento di cui al 2113. In realtà, anche qui la risposta non è difficile, poiché la norma delinea un particolare sistema che consente di invalidare le rinunce e transazioni vertenti su un determinato oggetto, prescindendo da qualsiasi indagine di merito da parte del giudice e da qualsiasi onere della prova da parte del soggetto legittimato. Ne deriva che una siffatta azione, del tutto particolare ed eccezionale, non può che concorrere con le altre cause di annullamento, previste per tutti i negozi giuridici. Naturalmente, in questi casi, spetterà – come di consueto – all'attore di fornire la prova del vizio di consenso, dell'errore, del dolo o di ogni altro vizio dell'atto; e il termine sarà quello ordinario prescrizione⁷⁸.

A nostro avviso, poi, non può contestarsi che in presenza di una causa di nullità assoluta, dovrebbe applicarsi comunque l'art. 1418 c. c., anziché il 2113, dato che non sarebbe mai possibile ottenere – per via dell'inerzia del titolare – la convalida di un atto nullo.

Sul punto vi è stato e vi è qualche contrasto anche in giurisprudenza⁷⁹, forse nel timore che la portata del 2113 finisca per essere troppo ristretta; tuttavia, si tratta di una preoccupazione che non ha ragione d'essere, soprattutto sul piano giuridico. Il precetto in questione è sicuramente eccezionale e derogatorio, in

77 Concordiamo pienamente con l'opinione del GIUGNI (*loc. cit.* in nota che precede, pag. 74).

Sul negozio di accertamento nel diritto del lavoro, è ancora attuale l'ampio studio dell'ARDAU, *Il negozio di accertamento nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1946, I, pag. 85 ss.

78 La questione è ormai pacifica, specialmente dopo gli attenti studi del NATOLI, *Sulla compatibilità della normale azione di annullamento per vizio della volontà con l'impugnativa ex art. 2113*, in *Riv. giur. lav.*, 1949, II, pag. 44, e del COTTINO, *L'art. 2113 c. c. e l'annullabilità per errore, violenza o dolo delle transazioni e rinunce a diritti inderogabili dei lavoratori subordinati*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, pag. 77 ss.

In giurisprudenza, qualche spunto inizialmente contrario è ormai «rientrato» ed ora si ammette comunemente il concorso delle normali azioni di annullamento col mezzo particolare di «impugnazione» previsto dall'art. 2113 (v. ad es.: Cass., 23 luglio 1960, n. 2099, in *Sett. Cass.*, 1960, pag. 1329; Id., 11 giugno 1964, n. 1466, in *Riv. giur. lav.*, 1964, II, pag. 545). La sentenza 18 maggio 1966 del Trib. di Ancona, in *Riv. giur. lav.*, 1966, II, pag. 891, che è ancora ferma alla vecchia impostazione, è ormai completamente isolata e del resto la motivazione è tutt'altro che persuasiva.

79 A favore dell'inapplicabilità dell'art. 2113 c. c. nell'ipotesi di negozi radicalmente nulli: Cass., 9 aprile 1948, n. 543, in *Mass. giur. lav.*, 1948, pag. 127; App. Roma, 9 giugno 1948, in *Riv. giur. lav.*, 1949, II, pag. 9; Cass., 6 aprile 1951, in *Riv. dir. lav.*, 1951, II, pag. 387; App. Bologna, 31 marzo 1958, in *Mass. giust. civ. app.*, 1958, pag. 14, ed altre. In senso analogo, v. anche gli AA. citati in nota 19 e particolarmente in COTTINO, [*op.cit.*] pag. 74, nota 1.

parte, rispetto alla disciplina comune; ma non può non essere armonizzato col sistema.

È evidente, da un lato, che la particolare disciplina in questione si riferisce solo a situazioni suscettibili di essere considerate valide per la semplice inerzia del titolare; dall'altro che essa non esclude che gli elementi costitutivi fondamentali dei negozi giuridici debbano in concreto ricorrere, perché i negozi stessi possono essere ritenuti validi, ancorché suscettibili poi della speciale «impugnazione» del 2113.

Quanto ai particolari negozi cui si riferisce la normativa, non occorrendo minutamente qui definire né la rinuncia né la transazione, basterà accennare a qualche aspetto particolare, di specifico interesse per la nostra trattazione.

7. Le rinunzie (oggetto determinato; diritti futuri; rinunzie tacite)

Cominciando dalle *rinunzie*, sembra logico che esse debbano vertere su diritti determinati o determinabili. La spinta psicologica che induce il titolare a dismettere un proprio diritto ha sicuramente un valore meramente interiore ed è irrilevante per il giudice; ma non bisogna confondere i motivi che inducono alla rinuncia con la conoscenza del valore del bene rinunciato. A nostro avviso, è necessario che il soggetto si renda conto di ciò che dismette e che pertanto l'oggetto della rinuncia sia determinato o determinabile⁸⁰.

Ciò vale anche per il problema relativo alla rinuncia a diritti futuri. È ben noto che si discute ancora sull'ammissibilità dell'intera categoria, poiché vi è chi sostiene che non è concepibile una rinuncia a diritti che ancora non sono nati e non appartengono al patrimonio del titolare⁸¹.

La dottrina, nella ricerca di una soluzione per il complesso problema, ha tentato di reperire qualche appiglio normativo; ma ha dovuto constatare che le stesse norme che prevedono specificamente il divieto di disposizione di beni futuri si fondano sulla particolarità dell'oggetto (artt. 458, 179, 771 c. c.); sicché da esse non è deducibile alcun argomento, neppure *a contrariis*⁸².

80 Si tratta di un principio valido in linea generale e non solo per le rinunzie di cui all'art. 2113 c. c. Ed invero, la giurisprudenza sul punto è assolutamente prevalente (App. Napoli, 10 ottobre 1956, in *Dir. e giur.*, 1957, pag. 201; App. Firenze, 16 maggio 1958, in *Mass. giust. civ. app.*, 1958, pag. 101; Cass., 14 ottobre 1958, n. 3254, in *Foro pad.*, 1959, I, pag. 802). Non sembra da condividere la tesi sostenuta nella sentenza 23 febbraio 1957, n. 664 della Cassazione, in *Foro pad.*, 1957, I, pag. 520, secondo la quale «la rinuncia a un diritto non presuppone la conoscenza del valore del diritto rinunciato»; si finisce infatti per confondere la spinta interiore con la conoscenza del diritto rinunciato, che è fenomeno del tutto diverso.

81 Si veda, ad esempio, la sentenza 14 ottobre 1958, n. 3254, in *Foro pad.*, 1959, pag. 802, in cui la Corte di Cassazione nega l'ammissibilità dell'intera categoria.

82 Così il PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce e transazioni*, ecc., cit., pag. 120 ss., secondo il quale – peraltro – l'ammissibilità della rinuncia a diritti futuri può ricavarsi dal principio generale dell'art. 1348 c. c., col limite, però, derivante dai requisiti dell'oggetto (possibilità e determinabilità). In senso conforme, v. anche: CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., III, pag. 990.

L'unico richiamo cui possa attribuirsi qualche valore è quello all'art. 1348 che consente la deduzione in contratto di cose future. Ma anche questo richiamo è soggetto ad alcune limitazioni. Da un lato vi è quella che deriva dall'art. 1346, secondo il quale l'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile. Sotto questo profilo, non c'è dubbio che le due disposizioni debbano essere poste in correlazione, nel senso che almeno la determinazione o la determinabilità dell'oggetto funzionano come condizione e limite per la disposizione della cosa (o del diritto) futuro.

Dall'altro lato, si è osservato che la prestazione concernente diritti futuri è ammissibile solo in relazione a contratti obbligatori o a quelli con effetti reali, ma non già ai contratti reali in cui la consegna della cosa è modalità stessa di perfezione del contratto. Poiché la rinuncia implica dismissione immediata del diritto, non sarebbe concepibile una rinuncia a diritto futuro, in nessun caso⁸³.

Probabilmente, questa seconda osservazione è improntata a eccessiva rigidità e potrebbe accogliersi solo a patto di correlarla con la prima. In buona sostanza, se l'oggetto non è né determinato né determinabile, si ha una abdicazione a qualche cosa che assolutamente non esiste, al momento della dismissione; e quindi la rinuncia è inammissibile. Se invece è possibile determinare l'oggetto o renderlo determinabile, vuol dire che esiste già almeno una previsione di sicura certezza, che consente di ritenere che se il bene non è ancora nel patrimonio del soggetto, tuttavia vi perrà, essendo incerta soltanto l'epoca.

In questi limiti, vi è però da ritenere che il problema, almeno nel diritto del lavoro, si riduca pressoché a livello teorico. Nei pochi casi che potranno sopravvivere alle anzidette limitazioni, ci sembra che non si ponga neppure la questione relativa alla necessità o meno che il titolare abbia esatta conoscenza del bene cui è disposto ad abdicare. In effetti, si tratta di una semplice conseguenza della prima limitazione già indicata, *ex art. 1346 c. c.*; se l'oggetto dev'essere determinato e determinabile, è ovvio che il soggetto non può non avere esatta nozione di ciò che abbandona; la possibilità di apprezzare convenientemente l'importanza della rinuncia scaturisce dunque direttamente dalla necessità che l'oggetto di essa abbia quei requisiti di determinatezza che l'art. 1349 chiaramente specifica⁸⁴.

È contrario, invece, il MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., 1969, pag. 671. Il GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pag. 223, ammette la figura generale della rinuncia su diritti futuri, ma nega che essa possa applicarsi alla disciplina del rapporto di lavoro, in quanto renderebbe del tutto evanescenti i contorni dell'inderogabilità e dell'irrinunciabilità.

83 Queste considerazioni sono affermate nella motivazione della sentenza 14 ottobre 1958 della Cassazione, richiamata in nota 22.

84 In questo senso sembra orientata quella giurisprudenza che ammette la rinuncia a diritti futuri solo quando essi sono determinati o determinabili nel contenuto (App. Napoli, 5 marzo 1957, in *Dir. e giur.*, 1957, pag. 202; App. Napoli, 10 ottobre 1956, in *Dir. e giur.*, 1957, pag. 201; App. Milano, 27 luglio 1955, in *Orient. giur. lav.*, 1955, pag. 322). Non mancano però decisioni drasticamente negative. Una ricerca di contemperamento si nota nella sentenza 1 febbraio

Ed è qui che la problematica si collega a quella relativa alla manifestazione della volontà abdicativa. La rinuncia non può mai presumersi, come è noto; ma anche la rinuncia tacita, sicuramente ammissibile, dovrà essere apprezzata con particolare rigore e con particolare cautela, trattandosi di atto che viene compiuto in un momento in cui lo stato di soggezione e le suggestioni derivanti dallo stato di bisogno sono particolarmente forti e tali da influenzare il comportamento del soggetto.

Ciò vale non già per addurre un eventuale vizio del consenso, ma per imporre l'esigenza di una ricerca attenta e penetrante del significato del comportamento tacito, di cui si assume il valore dimissorio⁸⁵.

Il solo dubbio, lo ha riconosciuto anche la giurisprudenza prevalente⁸⁶, giustifica l'esclusione della concludenza, in ogni caso, ma soprattutto nel momento in cui il soggetto si spoglia di una parte dei suoi diritti. In questo senso e con queste cautele, dunque, dovranno interpretarsi i comportamenti del titolare ed a maggior ragione, la sua inattività e il suo silenzio.

La volontà abdicativa potrà dedursi solo da un complesso di circostanze concomitanti che ne rendano assolutamente univoca la direzione ed il contenuto.

8. Le transazioni (i presupposti; necessaria specificità; delimitazione rispetto ad altri negozi; gli effetti dell'invalidità della transazione)

Per ciò che attiene alle *transazioni*, è noto che presupposto fondamentale è lo scambio di reciproche concessioni, anche in ordine a rapporti diversi rispetto a quello controverso; è altresì noto che l'eliminazione della controversia può riferirsi tanto ad una lite già iniziata quanto ad una meramente potenziale⁸⁷. Queste regole, del resto specificamente indicate nell'art. 1965 c. c., non subiscono modificazioni per quanto riguarda il rapporto di lavoro. Ciò che conta è che

1956 della Corte d'Appello di Torino, in *Mass. giust. civ. app.*, 1956, pag. 22, secondo la quale le rinunzie a diritti futuri sono ammissibili quando è certo che il soggetto ha prima conoscenza di ciò che abbandona.

85 Di questi aspetti ci siamo occupati ampiamente nel saggio sul *Comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, pag. 117 ss. [pubblicato nel Vol. III di quest'opera in <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/book/190>] (ed *ivi* richiami alla dottrina ed alla giurisprudenza).

86 Chiarissime, in proposito, le sentenze 4 agosto 1967, n. 2079 della Cassazione, in *Mass. giust. civ.*, 1967, pag. 1099, e 9 febbraio 1968 della Corte d'Appello di Firenze, in *Orient. giur. lav.*, 1968, pag. 404. E v. anche: Trib. Taranto, 30 maggio 1963, in *Orient. giur. lav.*, 1964, pag. 43; App. Bologna, 29 ottobre 1962, *ivi*, 1963, pag. 69; App. Catania, 27 marzo 1961, *ivi*, 1961, pag. 595. Eccessiva, invece, ci sembra la pronuncia del Tribunale di Cosenza del 22 ottobre 1955, in *Riv. giur. lav.*, 1956, II, pag. 159, secondo la quale «le rinunzie a cui è applicabile il disposto dell'art. 2113 c. c. sono solo quelle espresse e non anche quelle tacite». Ciò significa svalutare completamente il significato del comportamento concludente; laddove, il problema reale è solo quello della ricerca attenta e penetrante del medesimo.

87 Sulla transazione in generale, v.: PROSPERETTI, *L'invalidità*, ecc., cit., pag. 157 ss.; VALSECCHI, *Gioco, scommessa, transazione*, cit., pag. 267 ss.; SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963.

le concessioni siano reciproche e non a carico di una sola delle parti, che altrimenti non si avrebbe transazione; ed anche che il rapporto controverso venga specificamente indicato. Non bastano cioè formule generiche, se non risulti – anche *aliunde* – che l'oggetto della controversia era onnicomprensivo. Accade di frequente che si discuta tra le parti intorno ad una indennità o una attribuzione qualsiasi e si addivenga poi ad una transazione consacrata in formule generiche; non sembra che essa possa riferirsi anche a ciò che non fornì oggetto di controversia o di discussione, a meno che le parti non lo indichino specificatamente nel contenuto dell'atto, in conformità del disposto dell'art. 1965 cpv. c. c.⁸⁸

La transazione si distingue poi nettamente dal negozio di accertamento, ove ritenuto ammissibile, perché – comunque – con quest'ultimo le parti non fanno altro che conferire certezza ad un rapporto, senza che vi sia necessità alcuna di reciproche concessioni. Se dunque la *res dubia* è alla base sia della transazione che del negozio di accertamento, è il modo di uscire dall'incertezza che differenzia profondamente le due figure; il negozio di accertamento non produce altro effetto che quello di eliminare l'incertezza; se da ciò nascono attribuzioni patrimoniali, la conseguenza è da porsi solo apparentemente a carico del negozio di accertamento, mentre in realtà scaturisce direttamente dal precedente rapporto giuridico.

Ove poi, a seguito dell'accertamento, le parti si scambino concessioni, è chiaro che si rientrerà nell'ambito della transazione e quindi l'atto sarà sottoposto alle regole ormai ben note⁸⁹.

Resta da chiarire un ultimo aspetto, relativo alle conseguenze della dichiarata invalidità della transazione. Viene meno l'intero atto, con tutte le dichiarazioni, concessioni o riconoscimenti effettuati dalle parti, oppure è possibile conservare almeno ciò che non formò oggetto di specifica concessione, ma fu solo riconoscimento, confessione o altro?

Sembra che il problema – assai dibattuto in giurisprudenza⁹⁰ – possa essere agevolmente risolto ogni volta che all'atto di riconoscimento possa essere

88 Secondo la Corte d'Appello di Milano, 6 ottobre 1960, in *Riv. giur. lav.*, 1961, II, pag. 49, non ha valore negoziale l'espressione «in via di transazione», in quanto manca l'indicazione specifica dell'oggetto e cioè del rapporto incerto o controverso, sostituito, mediante reciproche concessioni, con un rapporto certo ed incontestabile. Cfr.: App. Brescia, 9 febbraio 1961, in *Orient. giur. lav.*, 1961, pag. 405; Trib. Pesaro, 30 maggio 1961, *ivi*, 1962, pag. 72; App. Napoli, 23 ottobre 1964, *ivi*, 1965, pag. 259.

89 Vi sono numerose sentenze che affermano che l'art. 2113 non si applica ai negozi d'accertamento. Non sempre, però, la distinzione tra questo negozio e la transazione è colta con esattezza. Per una corretta delimitazione, v.: Trib. Salerno, 23 giugno 1964, in *Orient. giur. lav.*, 1966, pag. 69; App. Napoli, 13 dicembre 1965, *ivi*, 1966, pag. 620. Soprattutto in quest'ultima sentenza viene esattamente chiarito che, al di là della soluzione che si ritenga di dare al problema sotto il profilo dogmatico, il più sicuro elemento differenziatore consiste nella circostanza che al negozio d'accertamento è estraneo l'elemento delle reciproche concessioni.

90 Alcune sentenze affermano la irretrattabilità del riconoscimento di diritti operato dal datore di lavoro in sede di transazione (Trib. Milano, 11 marzo 1961, in *Riv. giur. lav.*, 1961, II, pag.

attribuita autonomia rispetto alle concessioni reciproche delle parti. Supponiamo che si discuta sulle competenze del prestatore, in ordine alla maggior qualifica da lui rivestita in linea di fatto e che – riconosciutosi da parte del datore di lavoro che in effetti il prestatore svolse quelle mansioni – si addivenga a transazione sulla misura dei compensi dovuti. A noi sembra evidente che caduta la transazione a seguito dell'eventuale impugnativa, il riconoscimento della qualifica in effetti rivestita resti valido, appunto perché autonomo rispetto al contenuto della controversia e della successiva composizione⁹¹.

Le altre questioni che di solito si pongono in tema di transazione, coincidono sostanzialmente col problema delle cosiddette quietanze a saldo e quindi troveranno più conveniente trattazione in quella sede.

572; Trib. Foggia, 30 dicembre 1961, in *Orient. giur. lav.*, 1963, pag. 74; App. Roma, 24 maggio 1955, in *Mass. giur. lav.*, 1955, pag. 118). In senso contrario: Cass., 6 luglio 1957, n. 2667, in *Foro it.*, 1958, I, col. 1885, secondo la quale la declaratoria di invalidità *ex art.* 2113 c. c. travolge tutto. C'è però da osservare che anche questa sentenza si riferisce a ciò che è stato controverso ed ha quindi formato oggetto della transazione e non già ai riconoscimenti che – ancorché inseriti nel contesto dell'atto – hanno i caratteri di un negozio giuridico autonomo ed estraneo all'oggetto della transazione.

91 Cadono, invece, com'è logico, le voci non dotate di una propria autonomia, perché le parti debbono essere restituite nella situazione originaria, come se la transazione non fosse mai avvenuta (Cass., 17 giugno 1966, n. 1565, in *Mass. giur. lav.*, 1966, pag. 326).

Capitolo V Problemi procedurali

Sommario: 1. Modalità e contenuto dell'impugnazione – 2. Decadenza dal diritto ed estinzione del processo – 3. Rilevabilità della decadenza – 4. La decorrenza del termine di decadenza – 5. I soggetti dell'impugnazione (lavoratori, creditori, eredi, aventi diritto) – 6. Rinunzie e transazioni sottratte all'impugnativa (conciliazioni davanti al Giudice, extraprocessuali ma dopo l'inizio del giudizio, davanti agli Uffici del lavoro, davanti alle Associazioni sindacali)

1. Modalità e contenuto dell'impugnazione

Si può ormai prescindere dalla questione relativa al perché il legislatore abbia usato il termine «impugnazione» anziché quello di «domanda», abitualmente riferito all'azione di annullamento (v. art. 1441 c. c.). Probabilmente, si tratta di una dizione impropria tecnicamente e che poteva dar adito a qualche dubbio sulle modalità dell'impugnazione stessa, posto che le norme sulla decadenza fanno riferimento solo all'atto indicato dalla legge come l'unico idoneo ad impedirli (2964 e 2966 c. c.), e qui una definizione precisa di questo atto manca.

Ma ormai si è affermata una solida corrente dottrina e giurisprudenziale secondo cui l'impugnazione si identifica con l'azione giudiziaria, così come avviene – del resto – anche per le ipotesi analoghe contenute negli artt. 2377 e 2378 c. c.⁹².

Di conseguenza, né la preventiva denuncia all'Ufficio del lavoro o alle organizzazioni sindacali, né atti stragiudiziali sono idonei ad impedire la decadenza.

Ci si chiede piuttosto se occorra una richiesta formale di annullamento, oppure se basti la proposizione di domande relative a diritti nascenti da norme inderogabili e in precedenza rinunziati e transatti.

La giurisprudenza – dapprima oscillante⁹³ – sembra attualmente orientata nel senso che è sufficiente la proposizione della cennata domanda, senza necessità di specifica impugnazione; poiché la giurisprudenza è mutevole e in definitiva

92 Sulla questione, e sui precedenti, v.: PROSPERETTI, *Questioni procedurali sulle rinunce e transazioni del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1955, I, pag. 189 ss.

La giurisprudenza è ormai costante (e v., da ultimo: Trib. Monza, 30 ottobre 1965, in *Orient. giur. lav.*, 1966, pag. 621; Trib. Milano, 26 giugno 1967, *ivi*, 1968, pag. 63). Sull'irrelevanza degli atti stragiudiziali: App. Bari, 28 aprile 1965, *ivi*, 1966, pag. 617; Trib. Firenze, 20 dicembre 1957, in *Riv. giur. lav.*, 1958, II, pag. 165.

93 V. ad es., la sentenza del Tribunale di Napoli, 29 novembre 1952, in *Orient. giur. lav.*, 1953, pag. 175, secondo la quale l'annullamento dell'atto transattivo o abdicativo deve essere espressamente richiesto.

Ma poi questo orientamento è stato superato dalla giurisprudenza predominante, secondo la quale è sufficiente l'inizio dell'azione davanti alla competente autorità giudiziaria, avente ad oggetto anche i diritti cui si riferivano gli atti abdicativi (v. tra le altre, App. Bologna, 16 giugno 1964, in *Mass. riv. dir. lav.*, 1965, pag. 139; Trib. Milano, 15 luglio 1965, in *Orient. giur. lav.*, 1966, pag. 402; App. Genova, 26 febbraio 1964, *ivi*, 1964, pag. 322; Cass., 5 luglio 1964, in *Foro it. rep.*, 1964, voce «Lavoro» (rapporto di) n. 736).

l'una e l'altra tesi sarebbero pur sempre sostenibili, sembrerebbe consigliabile che la domanda giudiziale – così come del resto avviene abitualmente – fosse corredata anche dalla impugnazione, sia pur generica, di tutti gli atti abdicativi in precedenza compiuti dal prestatore di lavoro.

2. Decadenza dal diritto ed estinzione del processo

Assai più delicata la questione relativa agli effetti dell'estinzione del processo sulla impugnazione effettuata nei termini.

Nonostante non pochi contrasti, prevale l'opinione secondo la quale l'estinzione del giudizio travolge anche l'atto iniziale, per cui l'effetto impeditivo della decadenza non può più verificarsi. In questo senso, si esprime ormai costantemente anche la Cassazione, seguita da non poche Magistrature di merito⁹⁴.

Eppure la questione non è affatto semplice e pacifica come si dovrebbe evincere dalla sommarietà con cui quelle decisioni sono motivate. Tanto più che in epoca più remota, la giurisprudenza era consolidata proprio nel senso diametralmente opposto, sia in relazione al Codice abrogato che in rapporto al Codice vigente⁹⁵.

Nuoce forse alla questione l'essere stata sempre impostata su un piano eminentemente processuale, laddove sono evidenti anche i suoi profili di carattere sostanziale⁹⁶. Del resto, è ben noto come neppure in dottrina sia stato ancora chiarito in modo pacifico se la decadenza sia istituto destinato ad operare solo nell'ambito del giudizio, oppure abbia natura sostanziale, oppure ancora sia da considerare come istituto di carattere generale. Ora non è certo qui possibile affrontare il delicato problema dogmatico, nei suoi lineamenti generali; si può

In dottrina, v. in senso conforme: PROSPERETTI, *loc. cit.*, in nota 1, pag. 190; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 477.

94 Così ha deciso, ad esempio, la Cassazione, 6 luglio 1960, n. 1770, in *Foro pad.*, 1961, I, pag. 305, affermando che l'estinzione del processo rende inefficaci gli atti compiuti; per cui l'atto introduttivo non è più idoneo ad impedire il verificarsi della decadenza. In senso analogo: Trib. Napoli, 23 giugno 1947, in *Dir. lav.*, 1947, II, pag. 225; App. Milano, 2 ottobre 1958, in *Riv. giur. lav.*, 1959, II, pag. 301; Trib. Genova, 27 marzo 1962, in *Orient. giur. lav.*, 1962, pag. 535; App. Genova, 26 febbraio 1964, *ivi*, 1964, pag. 322. In senso contrario, non si va molto oltre una remota decisione del Pretore di Milano, 30 luglio 1957, in *Riv. giur. lav.*, 1957, II, pag. 351, ed una della Corte d'Appello di Palermo, 2 febbraio 1951, in *Foro it.*, 1951, I, col. 936. In dottrina, in senso conforme all'orientamento prevalente in giurisprudenza: CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., III, pag. 1007 ss.

95 Un ampio esame della questione, con riferimento alla dottrina ed alla giurisprudenza ed anche in relazione al vecchio Codice, in: LA FARINA, *Effetti dell'estinzione del processo sui diritti soggetti a decadenza*, in *Scritti in onore di E. Eula*, 1957, II, pag. 181 ss.

96 Il rilievo è stato già esattamente formulato da un Autore che si è occupato del problema con particolare acutezza, e precisamente dal BENANTI, *Decadenza dal diritto ed estinzione del processo con particolare riguardo all'art. 2113 c. c.*, in *Riv. giur. lav.*, 1959, II, pag. 485 ss. Si tratta di un saggio veramente indispensabile per chi voglia approfondire adeguatamente la delicata questione.

però tentare almeno di mostrare qual è il fondamento delle opinioni che si contendono il campo.

Solitamente, per dimostrare che l'impedimento della decadenza non si verifica quando il giudizio si estingue si fa richiamo:

– all'art. 2945, comma 3°, nel senso che – trattandosi di norma eccezionale – esso non sarebbe estensibile in via analogica alla decadenza e quindi sarebbe probante il solo fatto che il legislatore non abbia previsto una norma analoga nel disciplinare la decadenza;

– all'art. 310 c. p. c., nel senso che da esso risulterebbe che l'estinzione del giudizio produce l'inefficacia di tutti gli atti compiuti e quindi anche di quelli impeditivi della decadenza;

– all'art. 2966, prima parte, c. c., nel senso che l'atto ivi indicato verrebbe a coincidere con lo svolgimento dell'intero processo; altrimenti, si dovrebbe ammettere la possibilità di un'azione con effetti meramente conservativi e si toglierebbe alla decadenza la sua funzione di dare certezza ai rapporti giuridici.

Ora, a nostro avviso, nessuno degli argomenti solitamente addotti è veramente convincente e decisivo. Nei limiti della necessaria sommarietà della trattazione dell'argomento, ci siano consentite alcune sintetiche proposizioni.

Anzitutto, non sembra che si possano trarre argomenti di alcun genere dal disposto dell'art. 2945, il cui valore normativo è stato del resto contestato da una parte della dottrina⁹⁷; invero, anche ammessa l'eccezionalità della norma, ciò non basterebbe ad escludere che ad impedire la decadenza sia necessaria e sufficiente la citazione, potendosi a tale conclusione pervenire anche per altre strade e per altre fonti, non solo processuali, ma sostanziali.

In secondo luogo, lo stesso Chiovenda⁹⁸ aveva – a suo tempo – rilevato che la perenzione non può togliere agli atti processuali il valore autonomo che eventualmente il diritto sostanziale loro attribuisca o che da quest'ultimo, comunque, possa essere dedotto. Nel nostro caso, non sembra dubbio che l'atto processuale impeditivo della decadenza ha un valore in sé, ai sensi dell'art. 2113, anche distaccato dal processo, trattandosi semplicemente di una modalità di esercizio di quell'azione di annullamento che la norma prevede a ben altri fini.

Per quanto riguarda l'art. 2966, poi, bisogna stabilire con esattezza qual è l'atto di cui si esige il compimento⁹⁹; sembra evidente che esso non coincida

97 V. in proposito lo studio richiamato nella nota precedente, pag. 486.

98 *Principi di diritto processuale civile*, 1928, pag. 883. Ma successivamente, in senso analogo, v. anche: FURNO, *Estinzione del processo ed impedimento della decadenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, pag. 101 ss.

99 La Cassazione (sent. 6 luglio 1960, cit.) non ha dubbi in proposito e ritiene che la questione debba essere risolta proprio collegando l'art. 2967 con l'art. 2966 e con lo stesso art. 310, comma 2° c.p.c.

Sulla distinzione tra atti in senso stretto e negozi: SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, pag. 107; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, I, pag. 455.

necessariamente con l'atto processuale e tanto meno col processo, se non altro perché esistono atti impeditivi della decadenza, che non si concretano affatto in una citazione (art. 1109 cpv. c. c.). Ma poi, quando può dirsi che tale atto sia compiuto? È davvero necessario pensare all'esaurimento dell'intero processo, oppure può ritenersi – come crediamo – che per il solo fatto dell'impugnazione, il prestatore abbia validamente impedito la decadenza, perché quello (la citazione) era l'unico atto che egli doveva realmente compiere?

L'art. 2966 sembra rinviare ad una norma che non è solo di diritto processuale e che anzi, nel nostro caso, è sicuramente di diritto sostanziale (art. 2113); il che reca sicura conferma a quanto siamo andati esponendo¹⁰⁰.

Quanto poi alla certezza dei rapporti, è intanto assai discusso che sia davvero questo il fondamento della decadenza¹⁰¹; ma poi, non si comprende perché essa dovrebbe venire in gioco all'atto dell'estinzione del processo, quando è evidente il divario, spesso enorme, tra la brevità del termine e la durata di un giudizio.

Ma infine, ci sia permessa una considerazione di pura logica: se la parte ha inteso impugnare la rinuncia o la transazione, e lo ha fatto, nel termine brevissimo del 2113, è davvero consentito fare soggiacere questa inequivoca manifestazione di volontà alle vicende future di un processo?

Insistiamo sulla brevità del termine¹⁰², una specie di forca caudina che il prestatore che vuole impedire la decadenza riesce tuttavia a superare. Non è ammissibile che poi si mostri tanto rigore nel contestare un effetto impeditivo che, peraltro, si è già compiuto. Vero è che la giurisprudenza è estremamente rigorosa, su questo e su altri piani, tanto da considerare irrilevanti – agli effetti del termine – non solo le lungaggini di una procedura conciliativa¹⁰³, ma addirittura il comportamento doloso della controparte che, maliziosamente, abbia cercato di far decadere dal termine il lavoratore. Se questo, da un punto di vista strettamente giuridico, è esatto (art. 2964 c. c.), bisogna tuttavia riconoscere che non bisogna spingere il rigore oltre i limiti consentiti, proprio in considerazione della cennata brevità del termine e della volontà chiaramente espressa – nell'ipotesi fin qui considerata – di impedire il verificarsi della decadenza.

100 In questo senso, con dovizia di argomenti, si esprime il BENANTI, nel saggio più volte ricordato (ma v. particolarmente, sul punto, pag. 489 ss.).

101 Secondo il SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag. 121, la decadenza non è ispirata dall'esigenza di conformare la situazione di diritto a quella di fatto, ma piuttosto da quella di limitare nel tempo l'esercizio di un diritto quando il sollecito esercizio di quel diritto sembri conveniente a un interesse superiore o individuale.

102 Sulla brevità del termine si soffermano la RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 477, e il PROSPERETTI, *Questioni procedurali*, ecc., cit., pag. 190.

103 App. Palermo, 4 aprile 1945, in *Foro sic.*, 1945, pag. 132; App. Brescia, 8 giugno 1955, in *Mass. giust. civ. app.*, 1955, pag. 31; App. Roma, 13 aprile 1957, *ivi*, 1957, pag. 70.

3. Rilevabilità della decadenza

Altra questione di un certo interesse è quella relativa alla rilevabilità d'ufficio della decadenza *ex* 2113. Si ritiene prevalentemente che unica legittimata a proporre l'eccezione sia la controparte¹⁰⁴; ma le motivazioni sono varie e spesso contrastanti: si sostiene infatti, in alcuni casi, che trattasi di decadenza posta solo a tutela di interessi individuali, e vertente su diritti disponibili, mentre in altri si fa invece riferimento a diritti indisponibili. Non manca anche qualche decisione che proprio in ordine a quest'ultimo argomento sostiene la rilevabilità d'ufficio¹⁰⁵. E si è anche detto, in giurisprudenza, che l'eccezione può comunque proporsi in qualunque grado del giudizio, trattandosi di materia d'ordine pubblico¹⁰⁶.

È evidente che si riproduce, a questo proposito, la confusione già denunciata sulla disponibilità o meno dei diritti di cui all'art. 2113 c. c.; a nostro avviso, poiché non si ha, nella specie, una vera indisponibilità dei diritti (l'art. 2969 non fa distinzioni di sorta, sul punto), l'eccezione dev'essere sollevata dalla parte interessata e solo da essa; la decadenza è infatti prevista a tutela immediata di un interesse individuale, ancorché la normativa si riferisca a diritti derivanti da disposizioni inderogabili¹⁰⁷.

4. La decorrenza del termine di decadenza

Sorgono varie questioni circa la decorrenza del termine di decadenza, particolarmente in ordine alla data di effettiva cessazione del rapporto. A nostro avviso, la legge non può far riferimento semplicemente ad un dato fattuale, ma si richiama ad una cessazione del rapporto che sia anche giuridicamente valida. Sicché, ogni volta che si sia in presenza di un licenziamento nullo o comunque inefficace, non può prodursi l'effetto dell'inizio del decorso del termine di decadenza. La questione è di un certo interesse, anche pratico, in relazione alle disposizioni della legge 15 luglio 1966 n. 604, ma non risulta ancora affrontata *ex professo*¹⁰⁸.

104 In questo senso, ad es.: RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pagg. 478-479; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., III, pag. 1008.

Cfr. in giurisprudenza: Pret. Salerno, 21 gennaio 1955, in *Dir. e giur.*, 1955, pag. 162; App. Genova, 7 maggio 1956, in *Orient. giur. lav.*, 1956, pag. 474; Cass., 21 giugno 1961, n. 1487, in *Riv. giur. lav.*, 1961, II, pag. 403; App. Genova, 26 febbraio 1964, in *Orient. giur. lav.*, 1964, pag. 322.

105 App. Catanzaro, 30 agosto 1956, in *Orient. giur. lav.*, 1957, pag. 471.

106 App. Napoli, 20 ottobre 1961, in *Orient. giur. lav.*, 1962, pag. 77.

107 In certo modo affine è la problematica esaminata dal PROSPERETTI, *Questioni procedurali*, ecc., cit., pag. 195, a proposito della possibilità dell'effetto impeditivo della decadenza determinata dal riconoscimento del diritto da parte del datore di lavoro (questione che l'A., risolve in senso positivo).

108 Fu invece esaminata a proposito del blocco dei licenziamenti. Secondo la Corte d'Appello di Genova, 30 dicembre 1947, in *Mass. giur. lav.*, 1948, pag. 75, la valutazione della decadenza di

Quanto al problema della decorrenza in relazione al periodo di preavviso, non c'è che da applicare le regole consuete circa l'estinzione del rapporto, la quale si verifica solo una volta che sia completato il periodo di preavviso; sicché irrilevanti sarebbero la liquidazione e gli eventuali patti intervenuti prima di quella data. Solo nell'ipotesi in cui, al preavviso non lavorato, si sostituisca la corrispondente indennità, col consenso del prestatore di lavoro, la cessazione del rapporto si verifica al momento della liquidazione stessa e quindi è da allora che decorre il termine di decadenza¹⁰⁹. Così va sempre considerata la data di effettiva cessazione del rapporto (intesa in senso giuridico) in tutti i casi in cui si ha continuità del rapporto stesso o nonostante alcune modificazioni (art. 2112 c. c.) o nonostante il verificarsi di cause di sospensione (servizio militare, infortunio, malattia, gravidanza, puerperio, sciopero, adempimento funzioni pubbliche elettive, ecc.).

Se la rinuncia o la transazione vengono effettuate durante un rapporto, a cui ne succeda immediatamente un altro, tra le stesse parti, si tratta di vedere se si sia verificata un'ipotesi di frode alla legge: nel qual caso, essendo il negozio nullo ex artt. 1344 e 1418 c. c., si avrebbe continuità del rapporto e quindi il termine di decorrenza della decadenza avrebbe inizio soltanto con la cessazione definitiva del rapporto, unitariamente considerata¹¹⁰. Non sembra invece che alla stessa conclusione si potrebbe giungere nell'ipotesi di due rapporti fra le stesse parti, susseguitisi immediatamente nel tempo, ma realmente e validamente autonomi: se infatti è vero che lo stato di soggezione del lavoratore, in linea di fatto, perdurerebbe fino al termine del secondo rapporto, non si potrebbe però trascurare la giuridica autonomia dei due rapporti contrattuali e la conseguente necessità di applicare l'art. 2113 alle rinunce o transazioni effettuate nel corso o al termine del primo. Il secondo rapporto funzionerebbe, infatti, ai fini della soggezione e della decorrenza del termine, come una pura situazione di fatto, giuridicamente non deducibile e quindi irrilevante¹¹¹.

cui all'art. 2113 è subordinata al preventivo esame della legittimità o meno della risoluzione del rapporto a seguito del quale fu rilasciata quietanza transattiva o abdicativa. Cfr.: Cass., 4 luglio 1950, n. 1730, in *Rin. giur. lav.*, 1950, II, pag. 406; Id., 20 aprile 1955, n. 1107, in *Rin. dir. lav.*, 1956, II, pag. 92.

In senso contrario: App. Roma, 12 giugno 1948, in *Mass. giur. lav.*, 1948, pag. 219.

109 Da ultimo, la Corte di Cassazione, 23 luglio 1966, n. 2021, in *Foro Pad.*, 1966, I, pag. 866, ha affermato che se sia stato intimato il preavviso di licenziamento con continuazione delle prestazioni e la liquidazione dei diritti avvenga prima della scadenza del preavviso, la decorrenza del termine d'impugnazione non può essere anticipata.

È invece rilevante, sempre secondo la sentenza citata, ai fini della decorrenza del termine, la sostituzione del preavviso non ancora effettuato, con la corrispondente indennità, accettata dal lavoratore.

110 In questo senso, v. PROSPERETTI, *Questioni procedurali*, ecc., cit., pag. 193 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 478; e in giurisprudenza: Cass., 25 ottobre 1956, in *Orient. giur. lav.*, 1957, pag. 70; App. Palermo, 28 giugno 1965, *ivi*, 1966, pag. 232, ed altre numerose decisioni.

111 La questione è, come si intuisce agevolmente, assai dubbia. Il PROSPERETTI, ad esempio, *Questioni procedurali*, ecc., cit., pag. 1941, propende per la soluzione opposta, sia pure con

5. I soggetti dell'impugnazione (lavoratori, creditori, eredi, aventi diritto)

Un ulteriore problema si pone, sul piano processuale, ed è quello relativo ai soggetti legittimati a proporre l'impugnazione.

Dalla stessa formulazione della norma risulta chiaramente che il soggetto legittimato è unicamente il prestatore di lavoro. Trattandosi poi di azione giudiziarie, è chiaro che essa potrebbe essere proposta soltanto da persona munita di specifico mandato¹¹². Di nessuna rilevanza, per le ragioni più volte accennate, sarebbe l'impugnazione da parte dell'associazione sindacale, perché non potrebbe trattarsi che di atto stragiudiziale, da ritenersi, come si è visto, irrilevante ai fini dell'impedimento della decadenza.

Sembra altresì pacifico che l'impugnativa possa essere proposta anche dal creditore del prestatore. Non sembra infatti che si tratti di un'azione personale ed esercitabile solo dal titolare; mentre è evidente che il contenuto del diritto e dell'azione è di carattere patrimoniale; per cui ricorrono tutti i presupposti per l'azione surrogatoria (art. 2900 c. c.)¹¹³.

La questione ha quindi qualche interesse unicamente per ciò che attiene agli eredi e aventi diritto del lavoratore defunto¹¹⁴.

Gli eredi, in quanto titolari di una situazione giuridica identica a quella del defunto, sono sicuramente legittimati a proporre l'impugnazione di cui al 2113 per gli atti abdicativi posti in essere dal *de cuius*¹¹⁵.

qualche esitazione, affermando che ciò che rileva è la situazione di fatto (stato di dipendenza del prestatore di lavoro). In senso analogo v. anche: App. Genova, 6 aprile 1954, in *Riv. lav.*, 1955, II, pag. 19, e Pret. Napoli, 18 giugno 1955, in *Riv. giur. lav.*, 1955, II, pag. 391; e in dottrina, il TORRENTE, *nota* a sent. 24 marzo 1960, n. 616, della Cassazione, in *Foro it.*, 1961, I, c. 114. La Cassazione invece, sembra orientata nel senso indicato nel testo (v. appunto la sentenza qui sopra ricordata); cfr. anche Trib. Ancona, 18 maggio 1966, in *Riv. giur. lav.*, 1966, II, pag. 891.

112 La Corte di Appello di Palermo, 2 maggio 1960, in *Foro sic.*, 1961, pag. 165, ha rilevato che l'impugnazione di un atto abdicativo è atto della parte e non del procuratore (a meno che egli sia munito di mandato *ad hoc*).

113 Cfr.: RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 477; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., III, pag. 1006.

114 Sulla questione, v. essenzialmente, oltre alla RIVA SANSEVERINO, *loc. cit.*, in nota che precede: PROSPERETTI, *Questioni procedurali*, ecc., cit., pag. 191; NAPOLETANO, *Diritti jure proprio e jure successionis conseguenti alla morte del lavoratore. Impugnabilità ed efficacia delle rinunce e transazioni dallo stesso effettuate su tali diritti*, in *Mass. giur. lav.* 1955, pag. 33; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., III, pag. 1006; TORRENTE, *Transazione in tema di indennità per causa di morte del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 1965, II, pag. 217 ss.

115 Cfr.: App. Venezia, 14 gennaio 1957, in *Riv. dir. lav.*, 1957, II, pag. 519; Trib. Genova, 19 gennaio 1954, in *Mass. giur. lav.*, 1955, pag. 33; App. Torino, 5 gennaio 1957, in *Orient. giur. lav.*, 1958, pag. 66.

Non mancano invece decisioni contrarie, per quanto riguarda le rinunce e transazioni sottoscritte direttamente dagli aventi diritto: Trib. Milano, 23 novembre 1959, in *Foro pad.*, 1960, I, pag. 102; App. Roma, 13 aprile 1957, in *Mass. giust. civ. app.*, 1957, pag. 70; Trib. Milano, 3 febbraio 1964, in *Mass. giur. lav.*, 1964, pag. 126.

Il problema si pone in termini diversi per ciò che attiene alle indennità di cui all'art. 2122 c. c. Se è vero, come si ritiene ormai comunemente, che l'attribuzione è effettuata *jure proprio* e non già *jure successionis*, si dovrebbe concludere nel senso che in questi casi non è consentita l'impugnazione ai sensi del 2113.

Peraltro, se si riconosce all'indennità di anzianità la natura di retribuzione differita (e tale sembra la conclusione cui deve pervenirsi a seguito dell'art. 9 della legge 15 luglio 1966 n. 604 e della stessa sentenza 27 giugno 1968 n. 75 della Corte Costituzionale), la predetta opinione dovrebbe essere sottoposta ad attenta revisione. Quell'indennità, infatti, benché corrisposta al termine del rapporto sarebbe già in sostanza di pertinenza del prestatore man mano che matura; la modalità di pagamento non potrebbe influire sulla struttura del diritto e sulla sua appartenenza al titolare. Per cui, trattandosi di beni patrimoniali già di competenza del defunto essi dovrebbero pervenire alle persone indicate nell'art. 2122 *jure successionis* come tutte le altre attribuzioni economiche; e non vi sarebbe quindi più motivo di distinguere tra l'una e le altre, ai fini dell'impugnazione delle rinunzie e transazioni.

Proprio in virtù di queste considerazioni diventa poi di particolare delicatezza il problema sollevato da un Autore¹¹⁶ il quale aveva sostenuto che per gli aventi diritto ex 2122, il problema dell'impugnazione di eventuali rinunce alla indennità di anzianità e di preavviso non si porrebbe neppure, dato che il negozio di rinuncia non avrebbe potuto perfezionarsi per essere venuto meno il soggetto del negozio al momento del verificarsi dell'acquisizione del diritto oggetto della rinuncia. In realtà tutto sta a vedere se l'acquisizione del diritto si verifica al momento della liquidazione oppure se essa si verifica al maturare delle varie scadenze, anche se di fatto non si ha la materiale corresponsione. Il problema, come si è detto, è assai delicato e andrà attentamente riconsiderato alla luce dei nuovi orientamenti derivanti dalla legge e dalle decisioni più sopra ricordate.

6. Rinunzie e transazioni sottratte alla impugnativa (conciliazioni davanti al Giudice, extraprocessuali ma dopo l'inizio del giudizio, davanti agli Uffici del lavoro, davanti alle Associazioni sindacali)

Da ultimo, va considerata, ancorché non si tratti di un problema puramente processuale, l'ipotesi delle rinunce e transazioni sottratte all'impugnativa in virtù del disposto dell'ultimo comma dell'art. 2113.

È evidente che il legislatore aveva ritenuto di sottrarre alla sanzione di invalidità tutte quelle ipotesi in cui, per l'esistenza di un organo pubblico, di assoluta imparzialità, il lavoratore potesse considerarsi convenientemente assistito e sottratto comunque alla sua condizione di menomata libertà di determinazione¹¹⁷.

¹¹⁶ PROSPERETTI, *Questioni procedurali*, ecc., cit., pag. 191.

¹¹⁷ Circa questa *ratio* delle eccezioni previste dall'art. 2113 c. c.: RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 474; PROSPERETTI, *Questioni procedurali*, ecc., cit., pag. 195 ss.; GRASSETTI, *La*

Si trattava, con ogni probabilità, di una concezione alquanto formalistica, potendosi seriamente dubitare, in molti casi, della effettività di quella assistenza ed anche del fatto che solo un organo pubblico sia idoneo a garantire l'assoluta imparzialità.

La norma, comunque, è rimasta monca a seguito della caduta del sistema corporativo, essendo sopravvissuta espressamente soltanto l'ipotesi della conciliazione raggiunta davanti al Giudice.

Che debba trattarsi di un intervento *effettivo* del giudice non sembrerebbe dubitabile, dato lo spirito della norma. Che poi, nella pratica, l'intervento del giudice si riduca spesso ad una mera formalità, è questione diversa, ma certamente di comune conoscenza.

Ha quindi un sapore piuttosto formalistico la problematica relativa alla validità o meno delle conciliazioni effettuate dopo l'inizio della causa, ma in sede extragiudiziale e successivamente «convalidate» dal giudice¹¹⁸.

In realtà, pretendere che siano valide solo le conciliazioni effettuate col diretto intervento di quest'ultimo, significherebbe escludere praticamente dal comma 3° dell'art. 2113 l'unica ipotesi ancora normativamente disciplinata. Chi poi ha esperienza di cose giudiziarie, conosce bene in che cosa consista l'intervento del giudice, anche quando effettivamente si realizza: un tentativo di conciliare le parti «a mezza strada» con quella efficace tutela del contraente più debole che ognuno può immaginare. È vero che addurre un inconveniente pratico non significa risolvere il problema giuridico; ma l'argomento fattuale è utile per impostare il problema quanto meno in modo non astratto e formalistico.

In realtà, se la parte ha promosso il giudizio, vuol dire che ha ripreso una certa sua libertà e – normalmente – vuol dire anche che è dotata di conveniente assistenza legale. Non si comprende la ragione per cui un Autore¹¹⁹, pur così attento a questi problemi, ha dimostrato una assoluta sfiducia in situazioni del genere, nelle quali – invece – vi è motivo di ritenere (salvo i casi limite) che l'assistenza sia quanto meno adeguata. Dire che la scelta del legale può essere determinata dalle condizioni di bisogno corrisponde ad una realtà, nel cui

conciliazione delle controversie individuali, in *Riv. giur. lav.*, 1950, I, pag. 239 ss.; TILOCCA, *Il negozio di disposizione del debitore d'opera*, cit., pag. 86 ss.

118 Nella giurisprudenza, prevale l'opinione secondo la quale la pendenza del giudizio, sia pure iniziato dal lavoratore, non muta la posizione di quest'ultimo di contraente più debole; né questo stato d'inferiorità, sempre secondo la giurisprudenza, viene meno per la presenza del legale rappresentante del lavoratore (App. Bologna, 30 luglio 1959, in *Orient. giur. lav.*, 1959, pag. 471; App. Milano, 20 novembre 1959, *ivi*, 1960, pag. 220; Cass., 6 febbraio 1962, *ivi*, 1962, pag. 221; App. Napoli, 30 aprile 1964, *ivi*, 1965, pag. 65).

In senso contrario, peraltro: App. Milano, 14 giugno 1957, in *Dir. lav.*, 1957, II, pag. 440.

119 TILOCCA, *Il negozio di disposizione del debitore d'opera*, cit., pag. 87.

Contra: CATTANEO, in *Mon. trib.*, 1958, pag. 221, in nota adesiva alla sentenza 14 giugno 1957 della Corte d'Appello di Milano, in cui si affermava che la rinuncia fatta, dopo la notifica dell'atto di citazione, da parte del lavoratore assistito dal suo legale, non è impugnabile (in senso analogo, ancora App. Milano, 13 aprile 1953, in *Mass. giur. lav.*, 1953, pag. 125).

quadro però occorre tener conto dell'assistenza delle organizzazioni sindacali e degli istituti di patronato; dire invece che la scelta può essere influenzata dalla potenza economica del datore di lavoro è semplicemente un assurdo.

Concluderemo quindi nel senso che la conciliazione avvenuta dopo l'esperimento del giudizio è perfettamente valida anche se si realizzi in sede extragiudiziale.

C'è piuttosto da vedere se l'ambito delle controversie cui si applica l'art. 185, correlato al 2113, non debba essere limitato: l'art. 185, invero, reca un inciso assai importante: «se la natura della causa lo consente». Il che dovrebbe significare, a nostro avviso, che se la controversia verte su diritti indisponibili, vi è un serio motivo per non ammettere in nessun caso né l'applicazione del 2113 né l'eccezionale ipotesi di cui al comma 3° della norma¹²⁰.

Si è detto, più sopra, che la disposizione in esame è rimasta monca; tuttavia, dottrina e giurisprudenza ormai concordi hanno provveduto ad integrarla, inserendo tra le ipotesi di non impugnabilità le conciliazioni raggiunte davanti all'Ufficio del lavoro. È superfluo ripercorrere il cammino seguito dalla dottrina e dalla giurisprudenza, visto che – come si è detto – si è, una volta tanto, raggiunta l'unanimità¹²¹. Del resto, questo orientamento ha una base normativa nell'art. 3 del d.l. 15 aprile 1948 n. 381 e nell'art. 12 della l. 22 luglio 1961 n. 628, con cui si è incluso tra i compiti istituzionali dell'ufficio del lavoro anche quello di provvedere alla conciliazione delle vertenze individuali di lavoro. Si tratta di una linea di tendenza rivelatasi anche nella l. 15 luglio 1966 n. 604, che all'art. 7 demanda ai suddetti uffici compiti conciliativi in ordine ai licenziamenti individuali. E su ciò, evidentemente, *nulla quaestio*. Ben più opinabile ci sembra invece l'ipotesi di validità delle conciliazioni realizzate in sede di arbitrato irrituale una volta che l'opera dell'Ufficio del lavoro non abbia dato esito positivo¹²². Qui, in effetti, manca la base normativa, proprio perché la conciliazione non è avvenuta davanti all'organo «imparziale» e pubblico.

Ad ogni modo, così integrando la norma del comma 3° del 2113, si è creato un altro formalismo, poiché è noto come avvengono le conciliazioni davanti agli uffici del lavoro ed è di comune conoscenza che esse sono diventate un facile rimedio per rendere inoppugnabili le transazioni effettuate in via extraprocessuale.

120 Secondo l'ARDAU, *Sistema istituzionale del diritto del lavoro*, cit., pag. 846, bisogna invece collegare pur sempre l'art. 185 al 2113, perché altrimenti si raggiungerebbero effetti sfavorevoli per l'economia dei giudizi e per la stessa tutela del contraente più debole. Non ci sembra, però, che tale impostazione possa essere condivisa, alla luce delle considerazioni già ampiamente svolte fin dal primo capitolo.

121 Resta fondamentale lo studio del GRASSETTI, *La conciliazione delle controversie individuali*, cit., sulle cui conclusioni si è poi allineata tutta la dottrina, che qui non occorre richiamare. La giurisprudenza, dal canto suo, è ormai costante nel senso di includere le conciliazioni raggiunte davanti agli uffici del lavoro nell'ambito delle ipotesi considerate nel comma 3° dell'art. 2113.

122 Ipotesi considerata dalla RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 476.

Ancora una volta, non facciamo questo rilievo per denunciare un inconveniente pratico, ma piuttosto per segnalare l'incongruità delle resistenze che ancora da più parti si frappongono ad integrare il precetto col riferimento anche alle conciliazioni che si effettuano davanti alle associazioni sindacali di diritto comune. Non manca, tuttora, chi – in dottrina e in giurisprudenza – nega a queste associazioni un grado di obiettività, di imparzialità e di rappresentatività idoneo a far ritenere che il loro intervento possa convenientemente equilibrare la posizione delle parti¹²³.

Proprio perché le altre ipotesi, come si è detto, sono piuttosto formalistiche, sembra davvero incongruo che si voglia escludere dal novero del 2113 l'unico caso in cui l'assistenza è davvero concretamente effettiva. Poiché l'organizzazione sindacale è basata sull'adesione volontaria, non c'è dubbio che essa ha interesse ad una conveniente tutela dei suoi rappresentanti; ché altrimenti verrebbe meno ogni sua funzione ed ogni sua capacità di movimento. Ma non è il caso di ripetere qui ciò che si è detto già a proposito dei diritti derivanti dalla attuale contrattazione collettiva.

Occorre solo precisare che il problema non può risolversi altro che in linea generale, non sembrando ammissibile un giudizio di idoneità, che dovrebbe essere reso di caso in caso¹²⁴. Intanto, non si vede chi sarebbe abilitato a formulare tale giudizio; e tanto meno, sulla base di quali elementi. Si è proposto di tener conto, nel giudizio di idoneità, del numero di iscritti dell'associazione e del fatto che lo statuto interno garantisca un certo controllo democratico. È assai agevole obiettare che il numero degli iscritti di una associazione sindacale può non significare assolutamente nulla e comunque non è controllabile in alcun modo,

123 In questo senso, v. CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., III, pag. 1009 ss.; GRASSETTI, *La conciliazione delle controversie individuali*, cit., pag. 240; NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie*, Milano, 1953, pag. 135.

Nel senso del testo, invece: RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 475; TILOCCA, *Il negozio di disposizione del debitore d'opera*, cit., pag. 88; PERETTI GRIVA, *Limiti all'applicazione dell'art. 2113*, in *Mass. giur. lav.*, 1963, pag. 124.

La giurisprudenza è alquanto oscillante, anche se tende a prevalere la tesi favorevole all'impugnabilità ex 2113 delle conciliazioni raggiunte in sede sindacale (così, ad es.: Trib. Napoli, 5 settembre 1952, in *Mass. giur. lav.*, 1953, pag. 149; App. Genova, 13 maggio 1953, in *Dir. lav.*, 1953, 2, pag. 329; App. Napoli, 13 ottobre 1959, in *Mass. giur. lav.*, 1960, pag. 90; App. Bologna, 10 marzo 1960, in *Orient. giur. lav.*, 1960, pag. 407; Trib. Milano, 17 giugno 1961, in *Riv. dott. comm.*, pag. 580).

Contra: App. Roma, 23 aprile 1947, in *Mass. giur. lav.*, 1947, pag. 152; App. Napoli, 26 marzo 1953, *ivi*, 1953, pag. 126; Trib. Chiavari, 6 aprile 1961, in *Orient. giur. lav.*, 1962, pag. 228; App. Brescia, 27 novembre 1964, *ivi*, 1965, pag. 422).

124 Questa tesi è stata prospettata dal TILOCCA (*op. cit.* in nota che precede, pag. 88 ss.), con le implicazioni di cui più oltre nel testo. Ma è un assunto del tutto privo di base normativa; è chiaro, del resto, il riferimento a quella parte dell'art. 39 Cost. che finora è rimasta inattuata e che può considerarsi come precettiva solo nel quadro dell'intera disciplina ivi prevista.

trattandosi di associazione di fatto; quanto al secondo criterio, nessuna norma lo impone, non essendo ancora entrato in vigore l'art. 39 della Costituzione.

Bisognerà dunque ammettere, *tout court*, la validità delle conciliazioni raggiunte davanti al giudice, delle conciliazioni raggiunte davanti all'Ufficio del lavoro ed infine di quelle raggiunte con l'ausilio delle attuali associazioni sindacali.

Di un ultimo problema basterà dare un rapido accenno: della possibilità cioè di applicare l'art. 431 c. p. c., comma 2° e 3°, alle conciliazioni raggiunte davanti agli uffici del lavoro ed alle associazioni sindacali. La risposta dovrebbe essere positiva, in base alle considerazioni già svolte ed a un principio di logica consequenzialità. Se infatti la conciliazione in esame ha la stessa funzione della conciliazione sindacale prevista dagli artt. 430 e 431 c. p. c., non c'è dubbio che tutti gli effetti già previsti dovrebbero essere estesi anche alle nuove forme di conciliazione più sopra considerate¹²⁵.

Potrebbe tuttavia sussistere qualche dubbio in ordine alla conciliazione raggiunta davanti alle associazioni sindacali. L'art. 431, invero, richiede un processo verbale sottoscritto dalle parti e dai rappresentanti sindacali, che certificano l'autografia delle sottoscrizioni delle parti stesse. L'Ufficio del lavoro può ritenersi senz'altro autorizzato a compiere un atto del genere, che assume il valore di un negozio di diritto pubblico, come fu felicemente intuito dal Grassetti¹²⁶. Ma potrebbe ammettersi un simile potere certificante anche a favore di associazioni di puro fatto? Probabilmente, la risposta più esatta è quella negativa, anche se ciò può – ancora una volta – condurre ad una disarmonia del sistema.

125 In questo senso: GRASSETTI, *La conciliazione delle controversie giudiziali*, cit., pag. 247; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 476; PROSPERETTI, *Questioni procedurali*, ecc., cit., pag. 196; Trib. Ascoli Piceno, 4 maggio 1951, in *Dir. lav.*, 1951, I, pag. 422.

126 *Op. cit.*, pag. 247.

Capitolo VI Le quietanze a saldo

Sommario: 1. Natura giuridica delle quietanze «liberatorie» – 2. Il problema del valore negoziale delle quietanze – 3. L'interpretazione delle quietanze – 4. L'apposizione della riserva; la riserva non contestuale

1. Natura giuridica delle quietanze «liberatorie»

È frequentissima, nel rapporto di lavoro, di norma all'atto della cessazione, ma talora anche durante il rapporto (e in tal caso, quasi sempre limitatamente a voci specifiche), la sottoscrizione, da parte del lavoratore, di documenti spesso predisposti dalla controparte in cui, all'attestazione del ricevimento di somme per determinati titoli, si accompagnano dichiarazioni genericamente liberatorie («a saldo», «a saldo e stralcio», «dichiaro di non aver altro da pretendere o da avere per nessun titolo», ecc.).

Ora, se nessuna questione insorge per la prima parte di tali documenti, in cui l'attestazione di ricevimento di una data somma ha sicuramente valore confessorio e quindi, per quel titolo, liberatorio, grave e delicata è la problematica relativa alle generiche dichiarazioni di soddisfazione di saldo, sia per ciò che attiene alla loro natura giuridica, sia per quanto riguarda la loro efficacia.

La dottrina e la giurisprudenza sono da tempo divise, soprattutto in ordine al primo aspetto, essendo il secondo una diretta conseguenza della tesi cui si ritiene di aderire appunto in ordine alla natura giuridica delle dichiarazioni liberatorie¹²⁷.

Si è quindi sostenuto, di volta in volta, trattarsi di negozi di accertamento, di negozi «liberatori», di rinunzie e di transazioni.

Va detto, prima di ogni altra cosa, che alcune di queste figure sono quanto meno discusse e discutibili sul piano del diritto comune, onde appare comunque scarsamente opportuno il volerle richiamare a proposito di una delicata fattispecie del diritto del lavoro, dove i problemi si complicano ben spesso per la stessa natura del rapporto, per la singolare posizione delle parti, per la complessità dei canoni ermeneutici da applicare.

127 In generale: NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie nel diritto del lavoro*, Milano, 1953; PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce e delle transazioni del prestatore di lavoro*, cit., pag. 143 ss.; SMURAGLIA, *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, pag. 121 ss. (ed *ivi* altri richiami); RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 469 ss.; BENANTI, *Sul valore negoziale delle c.d. quietanze liberatorie nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1959, I, pag. 1; BRUNETTI, *Sulla retta interpretazione delle quietanze a saldo*, in *Mass. giur. lav.*, 1967, pag. 274 ss.; SANDULLI, *Questioni in materia di quietanze liberatorie rilasciate dal lavoratore*, in *Foro it.*, 1961, I, c. 822 ss. (con ampia rassegna di giurisprudenza); ARDAU, *Il negozio di accertamento nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1946, I, pag. 85 (ma v. particolarmente pag. 101 ss.); NATOLI, *In tema di interpretazione delle c.d. quietanze liberatorie*, in *Riv. giur. lav.*, 1957, II, pag. 217 ss.

Ciò va rilevato, anzitutto, a proposito dei cosiddetti negozi liberatori¹²⁸, la cui ammissibilità nel nostro ordinamento, in mancanza di una disposizione testuale, è fortemente opinabile; ma va rilevato anche a proposito del negozio di accertamento, per il quale ferve ancora la discussione sia in ordine all'ammissibilità, sia in relazione alla natura (necessaria bilateralità o meno), sia infine all'oggetto (fatti o soltanto rapporti giuridici?)¹²⁹. D'altro lato, appare ben arduo parlare di negozio di accertamento con effetti liberatori, di fronte ad un documento che attesta un fatto ed è accompagnato da una dichiarazione di valore; ed altrettanto difficile appare il riferimento ad un negozio di accertamento puramente unilaterale, su rapporti in parte sottratti all'autonomia dei singoli e comunque esauriti; infine, lo stesso presupposto su cui dovrebbe riposare il negozio di accertamento – l'esistenza di una situazione di incertezza da rimuovere – potrebbe ricorrere tutt'al più in qualche caso particolare, ma non è certamente un elemento diremo così strutturale della quietanza liberatoria. Si potrebbe poi anche osservare che la quietanza a saldo è normalmente uno strumento di prova, mentre il negozio di accertamento dovrebbe essere diretto a fini eminentemente sostanziali¹³⁰.

2. Il problema del valore negoziale delle quietanze

Ma, a prescindere da queste considerazioni, che pongono fuori causa già alcune delle fattispecie a cui di solito ci si richiama, sembra preliminarmente lo stabilire se possa attribuirsi valore negoziale a dichiarazioni non solo assolutamente generiche, ma addirittura di stile.

128 Sui quali, v. ampiamente, in senso critico: NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie*, ecc., cit., pag. 41. E v. anche: CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, s. d., pag. 248.

129 Sul negozio di accertamento, in generale: CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Studi per B. Scorza*, Roma, 1940, pag. 115; GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939; CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942; FURNO, *Accertamento giudiziale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948.

Sul negozio in questione, nel diritto del lavoro: ARDAU, *Il negozio di accertamento nel diritto del lavoro*, cit.; SEVERINO, *Questioni pratiche in materia di quietanze liberatorie, rinunce e transazioni nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1957, I, pag. 299; NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie*, ecc., cit., pag. 21 ss. (con ampi richiami).

130 Nella giurisprudenza non è dato di riscontrare un orientamento preciso a proposito di quietanze liberatorie e negozi di accertamento.

Vi sono diverse decisioni che affermano che la quietanza a saldo, integrando gli estremi del negozio di accertamento, non è soggetta all'impugnazione ex art. 2113 (ad es.: Pret. Genova, 12 febbraio 1953, in *Riv. giur. lav.*, 1953, II, pag. 335; Trib. Firenze, 14 ottobre 1964, in *Orient. giur. lav.*, 1966, pag. 68; App. Genova, 16 marzo 1967, *ivi*, 1968, pag. 65; Trib. Taranto, 9 gennaio 1968, *ivi*, 1968, pag. 224; Trib. Terni, 1 giugno 1955, *ivi*, 1956, pag. 57). Altre, invece, negano la configurabilità del negozio d'accertamento nelle quietanze liberatorie (Trib. Genova, 26 marzo 1956, in *Orient. giur. lav.*, 1957, pag. 472; App. Firenze, 24 ottobre 1960, *ivi*, 1961, pag. 414; App. Napoli, 1 febbraio 1960, in *Mass. riv. dir. lav.*, 1960, pag. 49).

Ora, se un documento non rivela né la volontà dell'atto, né la volontà del contenuto, cioè l'intento pratico che la parte persegue e che dev'essere sempre presente in ogni negozio giuridico, c'è da ritenere che un qualsiasi valore negoziale debba essere escluso, in linea di principio¹³¹.

Se tutto si riduce all'espressione di un personale convincimento del soggetto circa la completezza del pagamento, è chiaro che non si ha né confessione (poiché la dichiarazione avrebbe per oggetto non già i fatti, ma la loro valutazione giuridica), né accertamento, ma neppure un qualsiasi negozio, mancando proprio quella manifestazione di volontà che dovrebbe caratterizzarlo. Né basta, a questo fine, che la dichiarazione possa essere rivolta alla produzione di un effetto giuridico, perché non da questo deriva il valore negoziale di un atto.

Non vi è quindi bisogno di ricorrere alla norma dell'art. 1341 c. c., come pure sarebbe giustificato dal fatto che questi documenti sono ben spesso predisposti da uno dei contraenti (fra l'altro, non ricorrerebbero neppure i presupposti di cui al capoverso del 1341) e neppure al successivo disposto dell'art. 1342 c. c.¹³². Il problema si risolve infatti ancor prima di entrare in quest'ordine di idee, sotto il profilo della assoluta mancanza di un qualsiasi valore negoziale.

Né gioverebbe richiamarsi al principio dell'affidamento e della certezza dei rapporti giuridici, perché anche a tal fine occorre pur sempre un comportamento idoneo e soprattutto una non equivoca manifestazione di volontà: tutte cose che nella specie, in linea di principio, difettano nel modo più assoluto.

Ciò non significa, peraltro, che questi documenti – di per sé privi, come si è detto, di valore negoziale – non possano essere inseriti nello schema di un particolare negozio abdicativo, allorché ricorrano determinate condizioni. In presenza di circostanze nonquivoche, essi potranno insomma assumere il valore di rinuncia o di transazione¹³³. Ma ciò non avverrà mai per il semplice fatto della presenza delle citate clausole di stile, formulate in modo generico.

131 Sul punto ci siamo già soffermati nel nostro studio sul *Comportamento concludente*, cit., pag. 126 [pubblicato nel Vol. III di quest'opera in <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/book/190>], al quale ci permettiamo di rinviare anche per ulteriori richiami. Da ultimo, comunque, nel senso del testo: RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 470; e v. anche, in giurisprudenza: Cass., 17 luglio 1959, in *Orient. giur. lav.*, 1960, pag. 37; Cass., 12 marzo 1964, in *Riv. giur. lav.*, 1964, II, pag. 166; Cass., 7 gennaio 1965, in *Riv. dir. lav.*, 1965, II, pag. 448. *Contra*: BRUNETTI, *Sulla retta interpretazione delle quietanze a saldo*, cit., pag. 276, secondo il quale la quietanza a saldo è atto negoziale sempre valido, a meno che non contenga una rinuncia o transazione.

132 V. in questo senso: Pret. Pianella, 23 febbraio 1959, in *Rep. foro it.*, voce «Lavoro» (rapporto di), n. 705. *Contra*: App. Roma, 6 novembre 1954, *ivi*, 1955, nn. 796-797.

133 Questa è oggi l'opinione di gran lunga prevalente, in dottrina e in giurisprudenza. Le decisioni sono oltremodo numerose e non possono qui essere richiamate, anche perché ben spesso si riferiscono a specifiche situazioni di fatto e quindi la semplice massima ha scarso rilievo.

Il confronto tra il momento logico e quello teleologico consente solo la conclusione che la parte ha inteso certificare l'avvenuto pagamento di una somma; per andare al di là di questo e reperire una non equivoca direzione ulteriore della volontà del soggetto occorrono elementi diversi dalle semplici formulazioni generiche, ancorché reperibili *aliunde*.

In buona sostanza, si potrà ravvisare nella quietanza una rinuncia allorché vi siano dichiarazioni più esplicite e tali da rivelare comunque una volontà abdicativa, oppure quando siano chiaramente individuabili gli elementi strutturali della rinuncia (oggetto, volontà abdicativa, causa). Parimenti, potrà individuarsi una transazione allorché risulti che vi è stata una controversia, che le parti si sono fatte reciproche concessioni, che insomma la quietanza liberatoria non è che il momento conclusivo di un dibattito e successivamente di un accordo che essa è semplicemente destinata a certificare¹³⁴.

3. L'interpretazione delle quietanze

Insomma, si può ravvisare nella quietanza uno dei negozi di cui all'art. 2113 solo quando un complesso di circostanze e di elementi oggettivi consenta di individuare – al di là della formulazione generica – uno specifico contenuto negoziale ed una non equivoca manifestazione di volontà.

Ovvio che in tale indagine si debba procedere con estrema cautela, sia in relazione alla posizione particolare del prestatore di lavoro, sia perché l'atto è solitamente predisposto dalla controparte, sia infine per la gravità delle conseguenze¹³⁵. L'ordinamento fornisce dei criteri interpretativi di sicuro affidamento e prima di tutto quello contenuto nell'art. 1364 c. c., chiaramente delimitativo dell'oggetto dell'atto negoziale; il che spiega per quale motivo la giurisprudenza prevalente esiga un riferimento puntuale ai titoli

Si veda comunque, in proposito, l'ampia e completa rassegna contenuta nel volume *Rinunce, transazioni e quietanze a saldo nel diritto del lavoro*, a cura di JANNIMBERTO, Roma, 1969, pag. 254 ss.

134 I criteri generali non possono che essere indicati in modo molto sommario. Essi tuttavia servono a fornire una guida sufficientemente sicura per l'interprete e si ricavano, del resto, dalla stessa abbondante giurisprudenza cui si è accennato.

Si suol spesso dire, ad ogni modo, che in questi casi si verifica – a favore del datore – un'inversione dell'onere della prova (v. ad es. App. Ancona, 12 febbraio 1960, in *Orient. giur. lav.*, 1960, pag. 404; Trib. Taranto, 24 dicembre 1964, *ivi*, 1965, pag. 417).

135 Sull'interpretazione del contenuto delle quietanze a saldo, rinviamo ancora a quanto osservammo nel *Comportamento concludente*, pag. 128 ss., cit. In proposito, v. anche: RIVA SANSEVERINO, *Rilevanza della volontà del prestatore di lavoro in materia di rinunce e transazioni*, in *Mass. giur. lav.*, 1958, pag. 39; NATOLI, *In tema di interpretazione delle cosiddette quietanze liberatorie*, cit.; NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie*, ecc., cit., pag. 42.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, sono di particolare rilievo le sentenze 4 febbraio 1953 del Tribunale di Napoli, in *Orient. giur. lav.*, 1953, pag. 177; 8 giugno 1957 della Cassazione, in *Riv. giur. lav.*, 1957, II, pag. 215; 22 giugno 1959 della Cassazione, *ivi*, 1959, II, pag. 399; 23 luglio 1962, ancora della Cassazione, in *Riv. dir. lav.*, 1963, II, pag. 306, nelle quali è contenuto un espresso richiamo alla norma di cui all'art. 1364 c. c.

specificamente indicati nell'atto ed alle reciproche concessioni, da individuarsi ugualmente in termini specifici.

Ma certo sono applicabili anche le regole previste dall'art. 1366 c. c. (se esiste il principio dell'affidamento, esiste anche la buona fede da parte di chi predispone l'atto e lo sottopone alla controparte solo per la sottoscrizione) e quelle dell'art. 1370, che altro non è se non un'applicazione del principio di tutela del contraente più debole.

Ma a tutto questo deve aggiungersi anche il richiamo alla particolare natura del rapporto in cui tali documenti si rendono operanti. Se, in linea di principio non c'è una disciplina particolare delle quietanze liberatorie per quanto riguarda il diritto del lavoro, bisogna però ammettere che l'interprete non può mai prescindere dall'ambito di applicazione in cui la manifestazione di volontà è destinata ad operare ed alla peculiare natura delle parti e dei rapporti fra loro intercorrenti. È solo in questo senso che può dirsi che una quietanza a saldo rilasciata da un prestatore di lavoro dev'essere osservata con particolare rigore, specialmente se rilasciata nel corso del rapporto, ma in definitiva anche se essa viene sottoscritta dopo la cessazione dello stesso. Non si vuol dire, con questo, che vi sono canoni ermeneutici particolari per il diritto del lavoro, ma semplicemente che l'opera dell'interprete non può non essere influenzata da quei principi generali che permeando il sistema normativo, debbono investire necessariamente anche l'operazione ermeneutica¹³⁶, come si cercherà di dimostrare più oltre, quando ci occuperemo del fenomeno dell'acquiescenza da parte del prestatore di lavoro.

4. L'apposizione della riserva; la riserva non contestuale

Resta da vedere quale sia l'efficacia da attribuire alle quietanze accompagnate da riserva; questione che si pone, naturalmente, solo nei casi in cui alla dichiarazione si possa attribuire un valore negoziale (abdicativo)¹³⁷.

Un tempo, nel contrasto tra un comportamento concludente e una riserva, si affermava il valore del primo (*«protestatio contra factum non valet»*); ma è un'opinione che si è dovuta necessariamente sottoporre a revisione, posto che non sembra possibile istituire criteri di prevalenza tra due manifestazioni contrastanti fra loro. Né è vero, ancora una volta, che a risolvere il problema

136 Abbiamo cercato di chiarire questo punto, anche in risposta ad alcune formulazioni in senso critico di vari AA., nel volume su *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, pag. 386 ss. [pubblicato nel Vol. IV di quest'opera in <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/book/202>] (*ivi*, ampi richiami alla dottrina che si è occupata della interpretazione del contratto di lavoro e degli atti unilaterali ad esso riconducibili).

137 Sul problema, in generale: VISCONTI PRASCA, *Effetti della dichiarazione di saldo accompagnata da riserva in quietanza rilasciata a seguito di cessazione del rapporto di lavoro*, in *Temi gen.*, 1951, pag. 427; BONDUÀ, *Dichiarazione di saldo e riserva di azioni per maggiori diritti*, in *Mass. giur. lav.*, 1950, pag. 224; NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie*, ecc., cit., pag. 47; SMURAGLIA, *Il comportamento concludente*, ecc., cit., pag. 130.

potrebbe essere richiamato il principio dell'affidamento, o quello della buona fede.

È stato rilevato che se il soggetto si preoccupa proprio dell'interpretazione che altri potrebbero dare al suo contegno, al punto da eliminare con una esplicita riserva ogni eventuale illazione, egli non può incorrere – perciò solo – in alcuna responsabilità.

La verità è che se si tratta di apprezzare il valore di un comportamento, bisogna attribuire un corretto significato a tutte le circostanze; e se queste sono in sé contraddittorie, non c'è altro da fare che riconoscere che non esiste una inequivoca manifestazione di volontà.

Abbiamo visto più sopra come si ritenga che basti il dubbio per privare di qualsiasi valore una rinuncia tacita; e si tratta di un principio pacificamente accolto anche dalla giurisprudenza. Orbene, la riserva è ben più di un dubbio, è una manifestazione di volontà contraria a quella che si vorrebbe dedurre dal contenuto di un atto¹³⁸.

E non si dica che si tratta di due negozi distinti, uno estintivo e l'altro riaffermante il diritto di impugnazione. Se la riserva è contestuale, essa non può che operare nel senso di escludere che al comportamento principale possa attribuirsi valore abdicativo¹³⁹.

Il problema può prospettarsi con maggior delicatezza quando la riserva non sia contestuale. Può allora accadere realmente sia che si tratti di due negozi completamente distinti (dei quali, però, il secondo sarebbe ormai tardivo), sia che i limiti imposti dalla buona fede e dall'affidamento risultino in concreto sopravanzati.

Ciò vale per la riserva non contestuale (ma la contestualità va intesa con raziocinio) ed anche per la riserva poco seria o poco adeguata. Ma si tratta di una valutazione da effettuare caso per caso, alla luce di tutte le circostanze e con opportuna cautela¹⁴⁰.

138 In questo senso si esprime ormai la giurisprudenza predominante, in gran parte richiamata nella rassegna citata del SANDULLI, in *Foro it.*, 1961, I, col. 827. Da ultimo v. App. Milano, 18 marzo 1966, in *Orient. giur. lav.*, 1967, pag. 52; Pret. Milano, 16 maggio 1968, *ivi*, 1968, pag. 402.

Contra (nel senso, cioè, che la riserva, per la sua origine unilaterale, non possa porre nel nulla l'accordo tra le parti): Trib. Bologna, 5 novembre 1956, in Rep. *Foro it.*, voce «Lavoro» (rapporto di), 1957, n. 546; Trib. Venezia, 7 agosto 1951, *ivi*, 1951, n. 425; Pret. Genova, 22 gennaio 1951, *ivi*, n. 427.

139 Così, esplicitamente: NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie*, ecc., cit., pag. 47.

140 In giurisprudenza, prevale l'opinione della irrilevanza della riserva non contestuale (App. Bari, 20 maggio 1953, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, pag. 515; App. Genova, 1 luglio 1958, in *Orient. giur. lav.*, 1958, pag. 468; Trib. Roma, 15 luglio 1957, *ivi*, 1958, pag. 468; tutte riferite ad ipotesi di riserva comunicata in epoca successiva alla rinuncia o transazione).

Di un certo interesse sono anche le sentenze 20 maggio 1953 della Corte d'Appello di Bari, in Rep. *Foro it.*, 1953, voce «Lavoro», n. 630, che esclude la rilevanza della riserva mentale e 3 dicembre 1959 della Corte d'Appello di Genova, in *Orient. giur. lav.*, 1960, pag. 217, che ha

Capitolo VII La prescrizione dei crediti di lavoro

Sommario: 1. La prescrizione estintiva e il problema dell'art. 2948, n. 4, c. c. – 2. Decorrenza della prescrizione – 3. Le prescrizioni presuntive – 4. Gli effetti della decisione n. 63 della Corte Costituzionale e il problema della sopravvivenza delle prescrizioni presuntive – 5. Problemi particolari: concorso fra prescrizione estintiva e presuntiva; sospensione e interruzione della prescrizione

1. La prescrizione estintiva e il problema dell'art. 2948 n. 4 c. c.

I problemi relativi alla prescrizione dei crediti di lavoro trovano la loro collocazione in questa sede, perché l'inerzia del titolare costituisce pur sempre un modo di estinzione dei rapporti giuridici e finisce quindi per produrre effetti analoghi a quelli derivanti dagli atti dispositivi¹⁴¹.

Naturalmente, non si perdono per prescrizione quei diritti la cui appartenenza al soggetto non dipenda dalla volontà del medesimo; ma a questo problema si è già accennato, per quanto riguarda i crediti relativi alla minima retribuzione sufficiente e non è qui il caso di soffermarsi ulteriormente sul punto.

Il sistema dedica alla prescrizione dei crediti di lavoro alcune disposizioni inserite nel quadro delle prescrizioni estintive brevi ed altre inserite nel quadro delle prescrizioni presuntive.

L'art. 2948, al n. 5, dispone che si prescrivono in cinque anni le indennità spettanti per la cessazione del rapporto di lavoro. E fin qui, *nulla quaestio*.

Il problema comincia a porsi a proposito degli altri crediti di lavoro, che dovrebbero considerarsi inseriti, secondo l'opinione dominante, nel disposto dell'art. 2948 n. 4, che riguarda «gli interessi e, in generale, tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi». Comunemente, si ritiene che il legislatore abbia inteso far riferimento anche a tutte le altre voci retributive

ricosciuto l'invalidità di una quietanza, per vizio del consenso, nel caso in cui il datore di lavoro, approfittando dello stato di bisogno del lavoratore, abbia impedito l'apposizione di qualsiasi riserva nella quietanza stessa.

Altra questione è quella relativa agli effetti specifici della clausola di riserva. Secondo alcune decisioni, una riserva apposta su una quietanza all'atto della cessazione del rapporto si riferisce solo al *quantum* e non già alla possibilità di impugnazione del licenziamento (App. Genova, 15 luglio 1950, in *Mon. Trib.*, 1950, pag. 275; Cass. 14 febbraio 1953, n. 373, in *Riv. giur. lav.*, 1953, II, pag. 109). Si tratta di una affermazione che solleva non pochi dubbi, sul piano interpretativo; ma sul punto ci soffermeremo più ampiamente nel capitolo dedicato al problema della acquiescenza da parte del lavoratore.

141 Sul fondamento della prescrizione in generale e sugli effetti della stessa, v.: SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag. 113 ss.; AZZARITI e SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, in *Commentario al c. c.*, a cura di Scialoja e Branca, VI, Bologna, 1959; BIGLIAZZI, BUSNELLI, FERRUCCI, *Della tutela dei diritti*, in *Commentario al c. c.*, Torino, 1964, libro VI, tomo IV.

diverse dalle indennità di cessazione del rapporto¹⁴². Una vivace corrente dottrinale ha peraltro sollevato non poche obiezioni contro tale inclusione. Ci si è chiesti, cioè, se sia possibile che il legislatore, che pure aveva dedicato un richiamo specifico alle indennità di cessazione, abbia poi «dimenticato» gli altri crediti di lavoro o li abbia inclusi nella cennata dizione, oltremodo generica¹⁴³.

In effetti, in queste considerazioni c'è qualcosa che induce alla riflessione; se il legislatore avesse usato soltanto una formulazione generale, si potrebbe essere d'accordo con l'opinione dominante. Ma poiché nello stesso art. 2948 si fa riferimento alle pigioni delle case, ai fitti dei beni rustici, ai corrispettivi delle locazioni in generale, sembra veramente assurdo che l'omissione riguardi i crediti di lavoro. D'altro lato, se il criterio cui si è inteso fare riferimento è quello della periodicità (v. n. 4 del 2948), va anche riconosciuto che il legislatore parla di ciò che «deve» essere pagato periodicamente, laddove è noto che nel rapporto di lavoro la periodicità non è in relazione alla maturazione temporale del diritto, ma dipende da semplici ragioni di comodità.

E sembra anche esatta la considerazione che la norma del 2948 è derogativa di quella di cui al 2946, che ha carattere generale; per cui essa non può essere interpretata estensivamente.

Sono argomentazioni di indubbio rilievo, a torto trascurate – ci sembra – da gran parte della dottrina, che continua a ritenere pacifica la prescrizione quinquennale, anziché quella decennale. La stessa giurisprudenza, se ha visto qualche decisione di merito favorevole alla citata impostazione, ha peraltro aderito – soprattutto con le decisioni della Corte Suprema – alla tesi dominante¹⁴⁴.

Sembra comunque che tutta la materia debba essere sottoposta a revisione, sia in ordine a questa problematica, sia in ordine a quanto si è già detto circa l'indisponibilità del diritto alla retribuzione minima, sia infine in ordine a quanto deciso in epoca recente dalla Corte Costituzionale.

142 RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 459; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., III, pag. 1018; HERNANDEZ, *La prescrizione del diritto del lavoratore alla retribuzione*, in *Dir. lav.*, 1964, II, pag. 109 ss.; ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, Milano, 1960, pag. 378 ss.; BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1957, III, pag. 446 ss.; MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., pag. 674 ss.; PASCASIO, *La prescrizione quinquennale nei rapporti di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1942, pag. 51 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1968, pag. 239.

143 In questo senso, ma con varia motivazione: BIGLIAZZI, BUSNELLI, FERRUCCI, *op. cit.*, pag. 471 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Retribuzione e prescrizione*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, II, pag. 376; D'ABBIEIRO, *Prescrizione decennale o quinquennale?* in *Riv. giur. lav.*, 1959, II, pag. 11 ss.; BONAMORE, *Crediti di lavoro e prescrizione*, in *Riv. giur. lav.*, 1962, I, pag. 237 ss.

144 A favore della tesi della prescrizione decennale: App. Milano, 12 maggio 1956, in *Mass. giur. lav.*, 1956, pag. 186.

Per la prescrizione quinquennale si pronuncia invece la giurisprudenza dominante.

E v., fra le altre: Cass., 21 ottobre 1958, n. 3883, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, pag. 1232; Cass., 18 ottobre 1960, n. 2792, in *Giust. civ. rep.*, voce «Lavoro» (rapporto di), 1960, n. 443; Cass., 9 agosto 1963, in *Dir. lav.*, 1964, II, pag. 106.

2. Decorrenza della prescrizione

È noto che quest'ultima, con la sentenza 10 giugno 1966 n. 63¹⁴⁵ ha stabilito che la prescrizione non può decorrere se non dalla data di cessazione del rapporto, e ciò in relazione allo stato di soggezione del prestatore di lavoro. Si tratta di una sentenza che ha suscitato critiche ed accuse tempestose, tra cui non ultima quella di esorbitanza dai compiti attribuiti alla Corte e di invasione del campo riservato al potere legislativo¹⁴⁶.

Può darsi, in effetti, che la Corte Costituzionale sia andata un po' al di là dei suoi poteri (cosa, del resto, tutt'altro che nuova), nel pur lodevole tentativo di sopperire ad alcune esigenze cui finora il legislatore è rimasto piuttosto insensibile¹⁴⁷.

La sentenza, però, ha una sua logica ed un suo fondamento, che non ci sembra possano essere contestati, anche perché la disciplina della prescrizione – pur restando carente – è stata così in certa misura armonizzata col resto del sistema e in definitiva con lo stesso art. 2113 c. c.

Né va dimenticato che un orientamento del genere non costituisce neppure una totale novità. Nel Codice della navigazione, ad esempio (art. 373), era già previsto che la prescrizione (biennale), avesse decorrenza dal giorno dello sbarco nel porto di arruolamento, successivamente alla cessazione del rapporto.

La Corte costituzionale, dunque, pur procedendo attraverso vie spesso tortuose e sicuramente discutibili¹⁴⁸ ha finito per cogliere nel segno, rilevando la sostanziale incoerenza di un sistema che consentiva al prestatore di lavoro di

145 In *Foro it.*, 1966, I, c. 985.

146 In particolare: D'EUFEMIA, *Art. 36 della Costituzione e prescrittibilità dei crediti di lavoro*, in *Mass. giur. lan.*, 1966, pag. 138 ss.; SERMONTI, *Alla ricerca di un precetto costituzionale e di una disposizione che lo violi*, in *Mass. giur. lan.*, 1966, pag. 134 ss.; STANZANI, *Prescrizione e rapporto di lavoro*, in *Riv. trim.*, 1967, pag. 1109; GUALTIEROTTI, *La prescrizione dei crediti di lavoro nel giudizio della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. lan.*, 1966, II, pag. 568 ss.; LEMBO, *Garanzia del minimo retributivo e disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. lan.*, 1966, II, pag. 561; MIGLIORANZI, *Funzione della Corte Costituzionale e decorrenza della prescrizione per crediti di lavoro*, in *Dir. lan.*, 1966, II, pag. 354 ss.; PERA, *Sulla decorrenza della prescrizione per il diritto al salario*, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1652 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Retribuzione e prescrizione*, cit.; SIMI, *Sull'incapacità giuridica del lavoratore a dismettere diritti in costanza di rapporto*, cit.

È da notare, però, che non tutte le critiche sollevate dalla dottrina investono le conclusioni cui è pervenuta la Corte Costituzionale. Alcuni Aa. le ritengono infatti accettabili, pur dissentendo dal procedimento tecnico adottato e dalla motivazione della decisione (v. ad es. BIGLIAZZI GERI, PERA, STANZANI). Altri aderiscono *in toto* alla decisione, senza sollevare particolari riserve (SIMI, *op. cit.*; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., III, pag. 1021 ss.).

147 Si è rilevato, ad esempio, che la Corte, anziché eliminare una norma illegittima (o una parte della norma), ha integrato la normativa, nel senso di aggiungere una nuova ipotesi di sospensione della prescrizione, fondata su un ostacolo di fatto all'esercizio del diritto (LEMBO, *op. cit.*, pag. 563).

148 Ben poco convincente è, ad esempio, il ragionamento della Corte nel punto relativo alla possibile imprescrittibilità del credito relativo alla retribuzione minima sufficiente. Il parallelo con gli alimenti sembra scarsamente fondato e difficilmente sostenibile, come esattamente è stato rilevato dalla BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, pag. 374 ss..

impugnare le rinunce e le transazioni fino a tre mesi dopo la cessazione del rapporto, ma nello stesso tempo faceva decorrere – durante il rapporto stesso – i normali termini prescrizionali. Sicché, non sembra si potessero porre altre alternative: o era infondato e illegittimo il sistema del 2113, per l'insussistenza del presupposto su cui esso riposava (soggezione del prestatore durante il rapporto), oppure era infondata e illegittima la normativa che consentiva la normale decorrenza dei termini prescrizionali in costanza di rapporto.

Non sembra che aver eliminato questa incoerenza della disciplina sia riprovevole, come taluno vorrebbe sostenere, anche se forse meglio avrebbe fatto il legislatore ad intervenire tempestivamente ed a provvedere in modo più rigoroso all'armonia interna del sistema¹⁴⁹.

Delicatissimo, peraltro, il problema relativo alla efficacia nel tempo della già ricordata decisione della Corte costituzionale. Ci si è chiesti, cioè, se la prescrizione decorra ora dalla cessazione del rapporto anche per quei crediti per i quali siano già decorsi, all'atto della pubblicazione della decisione, i termini prescrizionali.

In dottrina e in giurisprudenza si sono creati due schieramenti nettamente contrapposti, così come – del resto – era già avvenuto a proposito di altre decisioni della Corte costituzionale¹⁵⁰.

149 D'altronde, la disarmonia del sistema perdura tuttora, per altri versi. La stessa Corte Costituzionale, con sentenza 20 dicembre 1969, n. 143, in *Sent. e ordinanze della Corte Cost.*, 1969, pag. 897, ha respinto l'eccezione di incostituzionalità relativa all'art. 2, comma 1°, del d.l. 19 gennaio 1939, n. 295, sulla prescrizione biennale di stipendi, pensioni, emolumenti dovuti allo Stato. Secondo la Corte, le ragioni che indussero a dichiarare parzialmente illegittimo l'art. 2948, n. 4, c. c., non sono estensibili al pubblico impiego, caratterizzato da una particolare forza di resistenza, dalla stabilità del rapporto e da garanzie di rimedi costituzionali contro l'illegittima risoluzione di esso.

In effetti, si tratta di un'opinione assai discutibile, anche perché la Corte estende tali considerazioni perfino ai rapporti a carattere temporaneo, per i quali le predette caratteristiche sono sussistenti solo in parte.

D'altro lato, la distinzione tra i rapporti di lavoro privato e quelli di pubblico impiego è difficilmente giustificabile, proprio quando si ravvisa la tendenza verso una sostanziale unitarietà di disciplina.

150 L'orientamento giurisprudenziale è stato inizialmente restrittivo (App. Roma, 20 luglio 1967, in *Foro it.*, 1967, 1, col. 2449; App. Napoli, 30 novembre 1966, *ivi*, 1967, 1, c. 542). Successivamente è prevalsa la tesi di maggior ampiezza, soprattutto attraverso una serie di decisioni della Cassazione ma anche di alcuni giudici di merito (Cass., 20 novembre 1968, n. 2972, in *Rep. Foro it.*, voce «Prescrizione civile», 1968, n. 27; 19 luglio 1968, n. 2607, *ivi*, n. 26; App. Brescia, 18 luglio 1968, in *Foro it.*, 1968, 1, c. 3119; Trib. Treviso, 8 maggio 1967, in *Rep. Foro it.*, voce cit., nn. 30-33; Trib. Alessandria, 27 giugno 1966, in *Dir. lav.*, 1966, 2, pag. 361; da ultimo: Cass., 21 luglio 1969, n. 2743, in *Foro it.*, 1969, 1, col. 2416, secondo la quale la sentenza della Corte Costituzionale spiega i suoi effetti nelle controversie pendenti in merito ad arretrati di retribuzione). Permane tuttavia qualche decisione contraria di giudici di merito (ad es. Trib. Milano, 1 aprile 1968, 4 ottobre 1968, 19 ottobre 1968, in *Rep. Foro it.*, 1968, voce cit., nn. 36, 37, 37 bis). In dottrina, sono a favore della tesi restrittiva: MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., pag. 676; MAGRINI, *La pronuncia di illegittimità costituzionale della normativa sulla decorrenza della*

Il problema, come si è detto, è particolarmente delicato perché investe tutta la problematica della c.d. retroattività delle decisioni della Corte costituzionale, variamente risolto rispettivamente dalle Sezioni civili della Corte di cassazione e da quelle penali della stessa Corte.

Nel dibattito – è noto – è intervenuta anche la Corte costituzionale, con la sentenza 29 dicembre 1966, n. 127¹⁵¹ per riaffermare l'incidenza delle pronunce di annullamento sui processi pendenti.

Ma il problema è ulteriormente complicato dal fatto che l'efficacia delle anzidette decisioni trova pacificamente un limite nei rapporti «esauriti», categoria a sua volta assai discussa e genericamente individuabile nelle situazioni coperte dal giudicato o dall'avverarsi di atti negoziali o di altri fatti estintivi, rilevanti sul piano processuale o su quello sostanziale.

La soluzione della specifica questione più sopra accennata dipende dalla adesione a questa o quella soluzione del problema generale della efficacia delle pronunce di annullamento e dello stesso problema relativo alla definizione dei rapporti «esauriti».

Essa implicherebbe quindi un'indagine oltremodo ampia, sul piano del diritto costituzionale più ancora che su quello del diritto del lavoro; ed è chiaro che non è qui possibile affrontare una siffatta tematica senza travalicare i limiti di questo studio¹⁵².

Si può solo rilevare come la questione si atteggi – nel nostro caso – in modo del tutto peculiare, dato che la norma invalidata dalla pronuncia della Corte è la stessa che dovrebbe fare considerare come esaurito il rapporto in discussione. Il che, bisogna riconoscerlo, è per lo meno singolare e dà luogo ad una sostanziale ed invincibile contraddizione.

Sembra quindi nel giusto il Simi¹⁵³ allorché osserva che – a ben guardare – il problema non si pone neppure sul piano della efficacia c.d. retroattiva della

prescrizione per i crediti di lavoro e la sua rilevanza in ordine ai crediti prescritti, in *Dir. lav.*, 1967, 2, pag. 277; NAPOLETANO, *Influenza della pronuncia di incostituzionalità della normativa relativa alla decorrenza della prescrizione del diritto alla retribuzione sui crediti già prescritti*, in *Mass. giur. lav.*, 1966, pag. 328 ss.; LEMBO, *Garanzia del minimo retributivo e disciplina della prescrizione*, cit., pag. 567; PALERMO, *Prescrizione e diritti irrinunciabili del lavoratore secondo i principi costituzionali*, in *Mass. giur. lav.*, 1966, pag. 396; GUALTIEROTTI, *La prescrizione dei crediti di lavoro nel giudizio della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. lav.*, 1966, II, pag. 573.

Contra, invece, GENTILI BALLESTRERO, *Sugli effetti della dichiarazione di incostituzionalità della normativa di imprescrittibilità dei crediti di lavoro*, in *Foro it.*, 1968, I, c. 1980; DE AMBRI CORRIDONI, *Sulla decorrenza degli effetti della sentenza n. 63/66 della Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 1967, II, pag. 33.

151 In *Giust. pen.*, 1967, I, c. 65.

152 Per un ampio esame dello stato della problematica, con completi richiami, v.: MAGRINI, *op. cit.*, pag. 278 ss.

153 Sull'incapacità giuridica del lavoratore a dismettere diritti in costanza di rapporto, cit., pag. 199 ss.

decisione della Corte costituzionale né su quello della individuazione del rapporto esaurito.

Il chiaro A. rileva – a nostro avviso esattamente – che la situazione giuridica che è a base della decisione della Corte costituzionale è preesistente allo stesso annullamento della norma; la quale non avrebbe mai potuto avere, in sé, l'idoneità a sanare una situazione che già per effetto dell'entrata in vigore della Carta costituzionale doveva ritenersi come tale da impedire che il decorso del termine prescrizione avesse concretamente inizio fino al momento della cessazione del rapporto. In altre parole, la Corte costituzionale non avrebbe fatto altro – nel dichiarare l'illegittimità della norma – che prendere atto di una peculiare situazione giuridica (dal Simi indicata come «incapacità») insuscettibile di produrre effetti estintivi se non alla già accennata condizione (cessazione del rapporto).

3. Le prescrizioni presuntive

L'altra serie di disposizioni concernenti i crediti di lavoro è quella inerente alle *prescrizioni presuntive*.

In effetti, è stato rilevato che la dizione usata dal legislatore è impropria e che si sarebbe dovuto parlare piuttosto di presunzione di estinzione, posto che non è già che si presuma prescritto il diritto, ma piuttosto – decorso un certo lasso di tempo – si presume che il debito sia stato estinto¹⁵⁴.

Ad ogni modo, si tratta di un sistema fondato sulla considerazione che, per determinati crediti, il pagamento avviene di solito in termini brevissimi e senza formalità di sorta, talché al debitore che ha pagato non è agevole, in seguito, fornire la dimostrazione della liberazione dal debito.

Da ciò l'introduzione di una presunzione di estinzione, che opera indubbiamente a favore dell'obbligato, con la contemporanea limitazione dei mezzi validi per superarla, che peraltro si riducono al giuramento decisorio.

L'altra ipotesi prevista dalla legge (art. 2959) e cioè l'ammissione in giudizio da parte del debitore che l'obbligazione non è stata estinta, più che un mezzo per superare la presunzione è, in realtà, un'ipotesi di improponibilità dell'eccezione.

4. Gli effetti della decisione n. 63 della Corte costituzionale e il problema della sopravvivenza delle prescrizioni presuntive

Questo sistema delle prescrizioni presuntive è stato assoggettato a non poche critiche ed è stato anche sottoposto a giudizio di legittimità costituzionale; ma la

154 ORENGO, *Le prescrizioni presuntive e i crediti del prestatore di lavoro*, Milano, 1966, pag. 6 ss. Sul fondamento delle prescrizioni presuntive, v. anche: SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag. 119; GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, pag. 470; RIVA SANSEVERINO, *Il diritto del lavoro*, cit., pag. 460; MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., pag. 675; TURIANO, *La prescrizione in materia di rapporto di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I, pag. 13.

Corte, con la sentenza 14 giugno 1962, n. 57¹⁵⁵ ha ritenuto infondata l'eccezione, per l'assenza di qualsiasi concreto pregiudizio al diritto di difesa del creditore.

Il che, peraltro, non ha chiuso la strada ai dubbi da più parti avanzati circa l'opportunità di conservare in vita l'istituto, almeno per ciò che riguarda i crediti di lavoro¹⁵⁶. Si è infatti opinato che la ridotta capacità di difesa opererebbe, in questo campo, in modo peculiare, per la difficoltà per il prestatore di agire in giudizio in costanza di rapporto, mentre la complessità dei rapporti tra impresa e dipendenti, sempre più formalizzati, renderebbe superfluo il ricorso a questo sistema.

La prima obiezione è peraltro superata a seguito della citata sentenza del 1966 della Corte costituzionale, sicuramente applicabile – per quanto riguarda la decorrenza – anche alle prescrizioni presuntive.

C'è però da rilevare che – a seguito di questa innovazione – il sistema ha perduto praticamente ogni significato. Se la sua funzione era quella di provvedere a situazioni caratterizzate dalla immediatezza del pagamento, qual è il senso ulteriore della normativa quando il termine decorre dalla fine del rapporto e quindi da un'epoca spesso assai lontana rispetto a quella in cui l'estinzione del debito avrebbe dovuto verificarsi¹⁵⁷?

Peraltro, questa non è che una constatazione di fatto, che ancora non risolve il delicato problema. Occorre un provvedimento legislativo che elimini dal novero delle prescrizioni presuntive i crediti di lavoro? Oppure spetta alla Magistratura ordinaria disapplicare l'istituto, riconoscendo che ne è venuto meno il fondamento? Oppure ancora si deve riconoscere che è la stessa pronuncia della Corte costituzionale ad aver prodotto l'effetto in questione?

Francamente, a noi sembra che, a tutt'oggi, i mezzi attraverso i quali una norma può essere eliminata dall'ordinamento positivo, siano quelli della dichiarazione di illegittimità costituzionale o quello dell'abrogazione, nelle varie forme cui fa riferimento l'art. 15 delle preleggi. Nella specie, nessuna di queste ipotesi si è realizzata: non quella della dichiarazione di illegittimità costituzionale, perché la sentenza della Corte costituzionale non è giunta affatto a tale esplicita conclusione, che pure è da ritenersi necessaria, non essendo ammissibile una declaratoria di illegittimità per implicito; non quella della abrogazione, perché manca una norma di abrogazione esplicita o comunque una disposizione con la quale i precetti in esame si siano venuti a trovare in situazione di incompatibilità. Quanto alla disapplicazione da parte del giudice ordinario, non sembra

155 In *Giur. cost.*, 1962, pag. 660.

156 In proposito, v.: ORENGO, *Le prescrizioni presuntive*, ecc., cit., pag. 11.

157 Questi rilievi sono stati formulati sia dalla BIGLIAZZI GERI, *Retribuzione e prescrizione*, cit., pag. 377, che dallo STANZANI, *Prescrizione e rapporto di lavoro*, i quali però sono poi divisi circa l'ulteriore problema prospettato nel testo. Secondo la Bigliazzi Geri, infatti, la sentenza n. 63/66 della Corte costituzionale avrebbe tolto fondamento ed efficacia alle norme che prevedono le prescrizioni presuntive dei crediti di lavoro. Secondo lo Stanzani, invece, essendo venuta meno la *ratio* propria della prescrizione presuntiva, spetterebbe alla magistratura ordinaria il compito di disapplicare detto istituto.

accettabile che al giudice possa attribuirsi il compito e il potere di cancellare una norma del sistema, solo perché ne ritenga venuta meno la funzione. È dunque solo uno dei tanti casi in cui l'opera del legislatore sarebbe quanto mai utile e necessaria.

5. Problemi particolari: concorso fra prescrizione estintiva e presuntiva; sospensione e interruzione della prescrizione

Resta solo da dire che è comunemente ammesso il concorso tra le due forme di prescrizione (quella presuntiva e quella estintiva)¹⁵⁸, naturalmente col limite d'oggetto che deriva dalla dizione delle norme, posto che l'art. 2955 n. 2, prevede la prescrizione presuntiva in un anno delle retribuzioni corrisposte a periodi non superiori al mese, mentre l'art. 2956 n. 1 prevede la prescrizione presuntiva in tre anni delle retribuzioni corrisposte a periodi superiori al mese; non vi è dunque totale coincidenza col disposto dell'art. 2948, il quale al n. 5 prevede la prescrizione quinquennale di somme prive del carattere di periodicità (indennità di cessazione del rapporto).

Senza entrare in una dettagliata casistica ed a titolo meramente esemplificativo, può dirsi che rientrano nella prescrizione presuntiva annuale i salari e gli stipendi, gli acconti per retribuzioni a cottimo, le provvigioni, i compensi per lavoro straordinario, mentre nella prescrizione presuntiva triennale rientrano la partecipazione agli utili e in alcuni casi la provvigione. Discutibili, invece, le ipotesi delle ferie e della gratifica natalizia, data la loro frazionabilità e l'incertezza relativa alla periodicità o meno della loro maturazione¹⁵⁹.

158 In dottrina, in questo senso: ORENGO, *op. cit.*, pag. 13-14; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Milano, 1962, I, pag. 278; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 243; AZZARITI e SCARPELLO, *Della prescrizione*, cit., pag. 663; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., III, pag. 1020; STANZANI, *Prescrizione e rapporto di lavoro*, cit., pag. 1128.

In giurisprudenza, ormai pressoché senza contrasti: Cass., 21 ottobre 1958, n. 3383, in *Rep. giur. it.*, 1958, c. 2732; Cass., 2 settembre 1963, n. 2421, in *Rep. giur. it.*, voce «Lavoro» (rapporto di), 1965, nn. 487-494; Trib. Cassino, 24 marzo 1965, in *Temi romana*, 1967, pag. 78.

159 Su questi aspetti, v.: RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 461; ORENGO, *Le prescrizioni presuntive*, ecc., cit., pag. 53 ss.

In giurisprudenza, vanno ricordate: la sentenza della Corte d'Appello di Cagliari, 26 febbraio 1960, in *Rass. giur. sarda*, 1961, pag. 228, secondo la quale la prescrizione annuale può essere applicata solo alle differenze di salario e di cottimo ed agli assegni familiari, mentre alle indennità di ferie e licenziamento, alle maggiorazioni 5% e tredicesima mensilità si applica la prescrizione triennale (cfr. per quanto riguarda le ferie e la tredicesima: App. Bologna, 5 luglio 1960, in *Mass. riv. dir. lav.*, 1961, pag. 125; App. Bari, 18 febbraio 1954, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1954, pag. 412; Trib. Cassino, 28 febbraio 1965, in *Temi romana*, 1965, pag. 540; Trib. Ancona, 18 maggio 1966, in *Riv. giur. lav.*, 1966, II, pag. 891; Cass. 21 ottobre 1959, n. 3019, in *Foro it.*, 1959, I, c. 886); la sentenza 4 dicembre 1959, del Tribunale di Roma, in *Mass. giur. lav.*, 1960, pag. 375, secondo la quale le indennità sostitutive delle ferie, dei riposi domenicali, delle festività non godute non hanno natura risarcitoria ma retributiva e tuttavia non rientrano nella prescrizione presuntiva ove il datore di lavoro non dimostri la periodicità di corresponsione dell'emolumento; la sentenza 28 gennaio 1965 del Tribunale di Cassino (cit.) secondo la quale

Ugualmente discutibile, per quanto riguarda la prescrizione breve di cui all'art. 2948, la possibilità di inserire tra le voc[i] di cui al n. 4 (e prescindendo, per il momento, dalle considerazioni già svolte) i compensi per lavoro straordinario, per mancato riposo settimanale o per ferie non godute. Qui la periodicità è veramente difficile da dimostrare, per cui ben potrebbe ammettersi, anche per questa via, l'applicabilità della prescrizione decennale¹⁶⁰.

Di altre questioni particolari, circa l'interruzione e la sospensione del corso della prescrizione, non sembra sia qui il caso di occuparsi, non essendo previste dalla legge disposizioni speciali per il rapporto di lavoro (e salvo l'ipotesi di cui all'art. 111 del t. u. infortuni vigente, che peraltro riguarda la materia previdenziale).

Un particolare problema applicativo si è posto per l'interruzione della prescrizione e più specificamente per l'individuazione degli atti idonei a costituire in mora il debitore (art. 2943, comma 4°, c. c.). La denuncia della controversia, da parte del lavoratore, alla propria organizzazione sindacale o all'Ufficio del lavoro competente non è, ovviamente, idonea di per sé ad interrompere la prescrizione; la costituzione in mora del datore di lavoro può aversi soltanto dal momento in cui della denuncia stessa egli venga posto a conoscenza¹⁶¹.

la prescrizione presuntiva di cui all'art. 2955 n. 2 c. c. non riguarda le indennità di trasferta, che hanno solo carattere di rimborso spese.

160 *Contra*, peraltro: RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 462; e, in giurisprudenza, 22 luglio 1948, in *Mass. giur. lav.*, 1948, pag. 163; Trib. Roma, 26 gennaio 1960, in *Riv. giur. lav.*, 1960, II, pag. 234; App. Napoli, 20 marzo 1956, in *Rep. giur. it.*, 1956, n. 1909.

Da ultimo, v.: Cass., 11 dicembre 1963, n. 3136, in *Mass. giur. it.*, 1963, pag. 1063, secondo la quale al compenso per lavoro straordinario si applica la prescrizione presuntiva *ex art.* 2955 n. 2 c. c., qualora venga corrisposto a periodi non superiori al mese, unitamente al salario.

161 In questo senso: RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 463 (ed *ivi* altri richiami).

La giurisprudenza è costante nel negare l'effetto interruttivo del ricorso del lavoratore all'associazione sindacale ed anche all'Ufficio del lavoro, finché esso non venga notificato alla controparte (App. Palermo, 8 ottobre 1958, in *Mass. giust. civ. app.*, 1958, pag. 65; Trib. Genova, 21 febbraio 1959, in *Mass. giur. lav.*, 1959, pag. 192).

Di recente, anzi, si è ritenuto che l'effetto interruttivo non possa prodursi, anche in caso di invito rivolto dall'Ufficio al datore di lavoro, finché le parti non siano state poste in diretto contatto tra loro (App. Milano, 19 febbraio 1965, in *Dir. lav.*, 1966, 2, pag. 318; App. Firenze, 26 marzo 1965, in *Giur. tosc.*, 1965, pag. 612).

Capitolo VIII La decadenza

Sommario: 1. Decadenza legale – 2. Decadenza convenzionale: nel problema della validità o meno delle clausole – 3. Critica di alcune impostazioni: il problema, a seguito anche della più recente giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale

1. Decadenza legale

La decadenza, come è noto, può essere legale o convenzionale.

Per quanto riguarda la prima, non insorgono particolari problemi per il diritto del lavoro, perché il legislatore è libero di pr[e]vedere la sanzione della decadenza nell'ipotesi di mancato esercizio del diritto entro un dato termine. E in effetti, non mancano nel diritto positivo, esempi di previsioni legali della decadenza: basterà ricordare l'art. 2113 c. c., l'art. 6 della legge 15 luglio 1966 n. 604, la l. 24 luglio 1957 n. 633, relativa al ricorso gerarchico per gli autoferrotranvieri e comminante la sanzione della decadenza dall'azione giudiziaria in caso di mancata proposizione del medesimo.

Può insorgere un solo problema, soprattutto a seguito dei recenti orientamenti della Corte costituzionale: sarebbe valida una disposizione di legge ordinaria che imponesse al prestatore di lavoro di esercitare una data azione durante il rapporto, a pena di decadenza?

La risposta ci sembra chiaramente negativa: una volta infatti che si sia ammesso che durante il rapporto di lavoro non possono decorrere termini per l'esercizio di diritti da parte del prestatore di lavoro, la logica del sistema impone che anche la decadenza sia assoggettata alle stesse regole, alle quali del resto si attengono già almeno due degli esempi surricordati.

Quanto agli effetti della illegittimità di una norma del genere, concordiamo col Simi nel ritenere che essi non potrebbero essere che quelli previsti dall'art. 2967 c. c., restando quindi il diritto soggetto soltanto alle disposizioni in materia di prescrizione¹⁶².

2. Decadenza convenzionale: nel problema della validità o meno delle clausole

Assai più delicato è il problema relativo alla decadenza convenzionale¹⁶³, assoggettata dalla legge a limiti ben precisi. Anzitutto, per l'art. 2968 c. c. le parti

162 Questa tesi è stata esposta dal SIMI nella acuta relazione sul tema *Indisponibilità dei diritti del lavoratore: prescrizione, decadenza e arbitrato*, nel Convegno di Sorrento del 1968, tuttora inedita, almeno per quanto ci consta.

163 La dottrina in materia è assai abbondante. V. particolarmente: MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., pag. 676; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 464; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., III, pag. 1033 ss.; LAVAGNINI, *Certezza dei rapporti giuridici e decadenza*, in *Mass. giur. lav.*, 1967, pag. 72 ss.; NAPOLETANO, *Diritto processuale del lavoro*, Roma, 1960, pag. 237 ss.; PERA,

non possono modificare la disciplina legale della decadenza né possono rinunciare alla stessa, se essa concerne diritti indisponibili.

In secondo luogo, l'art. 2965 dichiara nullo il patto col quale si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile ad una delle parti l'esercizio del diritto. Infine, per l'art. 2936, è nullo ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione.

Entro questi confini è dunque ristretta l'autonomia delle parti, sia per ciò che riguarda la possibilità di introdurre clausole di decadenza nel contratto individuale, sia per ciò che attiene alla possibilità di analoga operazione nei contratti collettivi. Va poi aggiunto che due ulteriori, indirette, delimitazioni, sono costituite dall'esistenza nell'ordinamento della particolare disciplina prevista dall'art. 2113 c. c. e dall'esistenza altresì del principio secondo il quale soltanto la legge può condizionare i diritti processuali del cittadino e, correlativamente, i poteri giurisdizionali dello Stato.

Ora, da più parti, si è ripetutamente sostenuto che le clausole di decadenza contrattualmente stipulate sono da ritenersi invalide in linea di principio, per le più svariate ragioni.

Secondo un orientamento¹⁶⁴, l'invalidità deriverebbe dalla mancanza di causa, in quanto le clausole in questione sarebbero stabilite soltanto a tutela del datore di lavoro.

Secondo altra corrente¹⁶⁵, sarebbero sempre nulle le clausole di decadenza inserite in contratti collettivi, perché così operando le associazioni sindacali eccederebbero rispetto al mandato loro conferito.

L'arbitrato nelle controversie individuali del lavoro e le clausole di decadenza stabilite nei contratti collettivi di lavoro, in *Riv. dir. proc.*, 1955, II, pag. 30 ss.; CRISCI, *Appunti sulla validità delle clausole di decadenza contenute nei contratti collettivi*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, I, pag. 238; SCORZA, *Sull'inefficacia delle clausole di decadenza inserite nei contratti collettivi di lavoro*, in *Foro it.*, 1958, I, col. 1371 ss.; GIANNONI, *Sulla nullità delle clausole di decadenza contenute nei contratti di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1967, 2, pag. 295 ss.; MANCINI, *Diritti del lavoratore e decadenza convenzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 1967, 2, pag. 487 ss.; FERRUCCI, *Illegittimità della decadenza convenzionale del diritto al pagamento del lavoro straordinario*, in *Riv. giur. lav.*, 1964, II, pag. 46 ss.; BRUNETTI, *In tema di limitata validità delle clausole convenzionali di decadenza ex art. 2113 c. c.*, in *Mass. giur. lav.*, 1964, pag. 213 ss.; BORRÈ, *Contributo allo studio della validità delle c.d. clausole di decadenza contenute nei contratti di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1961, I, pag. 1 ss.

La dottrina si occupa prevalentemente delle clausole di decadenza previste dai contratti collettivi. Quanto ai contratti individuali ed ai regolamenti d'azienda, si è osservato che di volta in volta bisogna stabilire se vi sia contrasto tra la clausola e le decadenze previste dalla legge o dal contratto collettivo, salvo comunque il richiamo all'art. 1341 c. c. (MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., pag. 677; in senso più o meno conforme, in giurisprudenza: Cass., 20 dicembre 1948, in *Mass. giur. lav.*, 1949, pag. 65; App. Napoli, 13 febbraio 1963, in *Orient. giur. lav.*, 1963, pag. 234; App. Perugia, 21 gennaio 1964, in *Riv. giur. umbro-abr.*, 1965, pag. 134; Cass., 17 luglio 1967, in *Foro it.*, 1967, I, col. 2351).

Contra: SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1966, n. 139.

164 MAZZONI, *Teoria dei limiti di applicabilità dei contratti collettivi*, Milano, 1939, pag. 133. Ma v. anche, con qualche modifica: *Manuale di diritto del lavoro*, cit., pag. 677.

165 CRISCI, *Appunti sulla validità delle clausole di decadenza*, ecc., cit., pag. 242 ss.

Secondo un ulteriore orientamento¹⁶⁶, le clausole sarebbero nulle perché renderebbero eccessivamente difficile l'esercizio del diritto, considerando però che la difficoltà non risiede solo nel dato temporale, ma anche nella situazione obiettiva in cui si trova il prestatore di lavoro.

Infine, sarebbero valide solo le clausole poste per la sollecita riparazione o accertamento degli errori materiali di calcolo; mentre sarebbero invalide tutte le altre, in quanto si ridurrebbero a condizioni di procedibilità dell'azione, come tali illegittime in quanto provenienti da soggetti privati¹⁶⁷.

Né è mancato chi ha sostenuto l'illegittimità delle clausole, *ex art.* 1418, in relazione agli artt. 2965 e 2968, ogni volta che concernano diritti indisponibili¹⁶⁸.

La giurisprudenza è stata dapprima oscillante¹⁶⁹ giungendo poi ad un orientamento secondo il quale le clausole sarebbero in sé valide, ma l'inerzia del titolare di fronte al termine di decadenza in costanza di rapporto, sarebbe equiparabile alla rinuncia tacita e quindi impugnabile ai sensi dell'art. 2113 c. c.¹⁷⁰ In epoca più recente, la Cassazione – tenendo fermo il precedente punto di vista sulla equiparazione tra mancato reclamo e rinuncia tacita – ha dichiarato che se il termine è inferiore a tre mesi e decorre durante il rapporto, viene ad essere alterata la disciplina dell'art. 2113 e conseguentemente la clausola è nulla, per contrasto col precetto di cui alla prima parte dell'art. 2968 c. c.¹⁷¹; nella motivazione di questa sentenza si afferma che questa è l'unica opinione cui può addivenirsi nel nuovo clima costituzionale e particolarmente in cospetto delle norme di

166 PERA, *L'arbitrato nelle controversie del lavoro e le clausole di decadenza*, ecc., cit., pag. 63 ss.

Ben spesso, peraltro, si afferma che le clausole possano anche essere valide, qualora il termine di decadenza non sia così breve da rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto (per tutti: NAPOLETANO, *Diritto processuale del lavoro*, cit., pag. 237 ss.).

167 BORRÈ, *Contributo allo studio della validità delle clausole di decadenza*, ecc., cit. (criticato da PERA, *Sulla legittimità delle clausole di decadenza contenute nei contratti collettivi e individuali di lavoro*, in *Boll. Scuola perf.*, Università Trieste, 1964, n. 28).

168 FERRUCCI, *Illegittimità della decadenza convenzionale*, ecc., cit., pag. 46 ss. (e v. anche le critiche formulate dal GIANNONI, *op. cit.*, in nota 2); MANCINI, *Diritti del lavoratore e decadenza convenzionale*, cit., pag. 487.

169 V., ad esempio, le sentenze 17 giugno 1953, della Corte d'Appello dell'Aquila, in *Riv. giur. lav.*, 1953, II, pag. 312, secondo le quali le clausole di decadenza sono prive di giuridica efficacia; la sentenza 10 marzo 1959 del Tribunale di Roma, in *Temi romana*, 1959, pag. 191, secondo la quale sono nulle, per contrasto con norme imperative, le clausole di un contratto collettivo che pongano una clausola di decadenza per il reclamo del lavoro straordinario; la sentenza 31 ottobre 1959 del Tribunale di Padova, in *Orient. giur. lav.*, 1960, pag. 410, secondo la quale sono nulle le clausole di decadenza relative a diritti indisponibili, fra cui il diritto alla qualifica, alle ferie, al preavviso e all'indennità di anzianità; la sentenza 9 agosto 1962 della Corte d'Appello di Venezia, *ivi*, 1963, pag. 228, sostanzialmente conforme alle precedenti; la sentenza 19 giugno 1968 della Corte d'Appello di Milano, in *Riv. giur. lav.*, 1968, II, pag. 259, che dichiara la nullità delle clausole di decadenza in quanto alterano la disciplina dell'art. 2113 e la disciplina legale della decadenza dichiarata irrinunciabile dall'art. 2968 c. c.

170 Questo orientamento, innovativo rispetto alla giurisprudenza precedente, è stato introdotto con la sentenza 24 agosto 1963, in *Riv. giur. lav.*, 1964, II, pag. 41.

171 In questo senso: Cass., 22 luglio 1966, n. 2002, in *Dir. lav.*, 1967, 2, pag. 295.

cui agli artt. 1, 35 e 36 della Costituzione. Le più recenti decisioni si muovono in direzione analoga (validità delle clausole se è previsto un termine decorrente dalla cessazione del rapporto e più ampio di quello dell'art. 2113), anche alla luce della più volte ricordata decisione della Corte costituzionale in materia di prescrizione¹⁷².

3. Critica di alcune impostazioni: il problema, a seguito anche della più recente giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale

In realtà, molte delle impostazioni accennate più sopra non si sottraggono alla critica. Non è possibile, infatti, sostenere la tesi dell'eccesso di mandato, perché i soci non conferiscono alle loro organizzazioni una procura speciale limitata a determinati atti, ma chiedono di essere rappresentati integralmente, con i soli limiti derivanti dall'ordinamento generale. Discutibile anche la tesi della mancanza di causa, dal momento che è ben raro che una clausola di decadenza venga prevista isolatamente e non nel contesto di una serie di obblighi a carico dell'una o dell'altra parte, di reciproche concessioni, e così via.

Opinabile anche la tesi, pur suggestiva, della nullità delle clausole in relazione all'introduzione, da parte di soggetti privati, di presupposti processuali non previsti dall'ordinamento; non è detto, infatti, che le clausole si risolvano in questo e comunque la soluzione potrebbe valere soltanto in alcune fattispecie e non già in linea di principio.

Sembra anche insostenibile la tesi, accolta dalla giurisprudenza, della equiparazione tra mancato reclamo e rinuncia tacita¹⁷³. In quest'ultima, la perdita del diritto dipende pur sempre da un atto di dismissione volontaria, desumibile da un complesso di circostanze rivelatrici; ma nel caso del mancato reclamo, il silenzio e l'inerzia del titolare non sono interpretabili univocamente, potendo dipende[re] anche da semplice dimenticanza, da trascuratezza, da ignoranza del termine e così via. Se, come si è detto, basta il dubbio per escludere la rinuncia tacita, come si può considerare univoco un atto che invece è interpretabile in vari modi?

D'altra parte, prima ancora che il mancato reclamo, bisognerebbe interpretare la volontà delle parti, nel momento in cui stipularono la clausola, per stabilire

172 Cass. S. U. 11 aprile 1969, n. 1169, in *Foro it.*, 1965, I, col. 1079; *Id.*, 28 maggio 1969, n. 1881, *ivi*, I, col. 2773; *Id.*, 23 ottobre 1969, *ivi*, I, col. 2772.

173 Si vedano, ad esempio, le critiche del GIANNONI, *Sulla nullità delle clausole di decadenza contenute nel c. c.*, cit., pag. 298 ss., del MANCINI, *Diritti del lavoratore e decadenza convenzionale*, cit., pag. 488, e del NAPOLETANO, *Diritto processuale del lavoro*, cit., pag. 243.

Contra, peraltro: CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., III, pag. 1039; SCORZA, *Sull'inefficacia delle clausole di decadenza inserite nei contratti collettivi di lavoro*, cit., pag. 1374.

Per l'esigenza dell'univocità del significato della clausola, v. in giurisprudenza: App. Napoli, 19 luglio 1956, in *Orient. giur. lav.*, 1956, pag. 749.

se esse intesero attribuire all'inerzia del titolare un significato equivalente a quello della volontà abdicativa oppure se esse vollero semplicemente collegare un particolare effetto alla inerzia del soggetto. Per cui, l'indagine dovrebbe spostarsi ad un momento anteriore ed a nulla servirebbe la costruzione escogitata dalla giurisprudenza e riferita ad una fase temporalmente successiva.

Il problema, a nostro avviso, si ricollega alla impostazione iniziale che abbiamo dato al problema generale della indisponibilità dei diritti. Ve ne sono alcuni che abbiamo ritenuti indisponibili e per quelli non c'è dubbio che ogni atto di disposizione che incida sulla disciplina legale della decadenza è radicalmente nullo, ai sensi dell'art. 2968 c. c.

Per gli altri diritti, invece, sembra che la soluzione più idonea sia quella di far riferimento all'art. 2965 c. c., interpretato alla luce dell'intero sistema del diritto del lavoro. Se infatti si ritiene pacificamente sussistente lo stato di soggezione e di bisogno del prestatore, tanto che la legge fa decorrere i termini di cui al 2113 da epoca successiva alla cessazione del rapporto e se la Corte costituzionale ha operato nello stesso tempo per quanto riguarda la decorrenza della prescrizione, ci sembra evidente l'inammissibilità di clausole che – non tenendo conto alcuno della predetta situazione – impongano al prestatore di reclamare, a pena di decadenza, in costanza del rapporto. In altri termini, l'eccessiva difficoltà per l'esercizio del diritto si è ulteriormente qualificata, dimostrandosi con evidenza che era esatta l'intuizione di chi aveva già sostenuto che non solo al dato temporale bisogna aver riguardo, ma alla posizione complessiva della parte che deve esercitare il diritto ed a cui carico è comminata la decadenza¹⁷⁴.

Altrimenti opinando, avremmo un'ulteriore anomalia nel sistema, proprio nel momento in cui si sta cercando – anche ad opera della Corte costituzionale – di armonizzarlo. Non ci sembra però che in questo caso l'operazione di postdatazione compiuta dalla Corte costituzionale sarebbe possibile: l'art. 2965 è perentorio nel senso di sancire la nullità del patto e non è certo consentito all'interprete o a chi comunque deve applicarlo apportarvi delle modificazioni salvandolo dalla sanzione specificamente prevista dall'ordinamento¹⁷⁵.

174 PERA, *L'arbitrato nelle controversie del lavoro*, cit., pag. 63 ss.; GIANNONI, *op. cit.* in nota precedente, pag. 304; e in certo modo NAPOLETANO, *Diritto processuale del lavoro*, cit., pag. 245. Questa tesi è accettata anche dal CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., III, pag. 1040, il quale peraltro aggiunge che l'eccessiva difficoltà deve essere valutata «con chiara visione degli attuali rapporti di forza». Il che ci sembra francamente eccessivo, sia perché ciò non corrisponde alla stessa valutazione effettuata dalla Corte costituzionale nella più volte ricordata decisione del 1966, sia perché un'indagine come quella prospettata dall'A. diventerebbe, ovviamente, oltremodo complessa e difficile.

175 In questo senso si è espresso anche il SIMI, nella relazione già richiamata in nota 1.

Capitolo IX L'acquiescenza

Sommario: 1. Lineamenti generali del problema – 2. Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro – 3. La ricerca del significato – 4. Applicazione dei principi alle ipotesi di più frequente verifica; in particolare, l'acquiescenza di fronte al licenziamento invalido o inefficace – 5. Osservazioni conclusive

1. Lineamenti generali del problema

Il problema dell'acquiescenza del lavoratore trova una sua puntuale collocazione in questa sede, in quanto essa si risolve in un complesso di atti o comportamenti dispositivi, tanto più rilevanti in un rapporto – come quello di lavoro – che è caratterizzato dalla prevalente assenza di forme.

Va detto peraltro che l'espressione acquiescenza è assunta qui in un significato ristretto, riferibile cioè a quei comportamenti del lavoratore che possono essere interpretati come accettazione di un provvedimento o come rinuncia a far valere un proprio diritto.

L'acquiescenza è infatti una figura assai più generale: nata nell'ambito del diritto processuale, essa si è progressivamente estesa al campo del diritto sostanziale¹⁷⁶. Sul piano normativo, essa è stata consacrata nell'art. 329 c. p. c., come accettazione espressa della sentenza e come atto incompatibile con la volontà di avvalersi delle impugnazioni.

Ma in realtà, la dottrina processualista ha elaborato una distinzione tra acquiescenza propria e impropria, estendendo la figura oltre i confini della previsione normativa. Di acquiescenza si parla inoltre nell'ambito del diritto processuale penale, come manifestazione di volontà con cui una parte accetta una decisione del giudice o un atto processuale annullabile.

Di acquiescenza si parla altresì nel diritto amministrativo, come comportamento di adesione all'operato dell'amministrazione e di rinuncia alle posizioni giuridiche attive che il soggetto avrebbe potuto far valere attraverso il ricorso; essa assume così natura sostanziale¹⁷⁷, in quanto comporta il riconoscimento

176 Sull'acquiescenza, in generale, v.: MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, Milano, 1942; VIRGA, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Palermo, 1948; ID., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, pag. 535 ss.; NAPOLITANO, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Milano, 1955; MINOLI-BERGOMI, voce «Acquiescenza» (*dir. proc. civ.*), in *Enc. del dir.*, I, pag. 496; MASSA, *L'acquiescenza nel processo penale*, Napoli, 1954; GIANNINI, voce «Acquiescenza» (*dir. amm.*), in *Enc. del dir.*, I, pag. 506; MINOLI, *Tendenze della giurisprudenza italiana in tema di acquiescenza propria tacita*, in *Giur. it.*, 1951, IV, pag. 123; LA TORRE, *Acquiescenza e prescrizione in materia di pubblico impiego*, in *Riv. pubbl. imp.*, 1947, pag. 84 ss.; GIOVENCO, *Notazioni in tema di acquiescenza al provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, pag. 844.

177 La tesi secondo la quale si tratterebbe di un istituto di mera natura processuale sembra oggi superata (v. da ultimo: VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pag. 535, nota 36). Non manca chi lo inquadra nell'ambito del negozio di accertamento o nell'ambito del negozio di riconoscimento (v., sul punto: NAPOLITANO, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo*, cit., pag. 31 ss.

della legittimità dell'operato dell'amministrazione e la rinuncia all'interesse legittimo che con eventuali azioni si sarebbe potuto tutelare.

La figura è entrata quindi anche nell'ambito del diritto civile e di rami affini, non tanto nei suoi aspetti processuali, quanto in quelli sostanziali.

Ed è proprio sotto questo profilo che essa interessa ai fini della nostra indagine; nel senso, cioè, che essa si risolve in un comportamento adesivo ai provvedimenti dell'altra parte contraente o comunque in una rinuncia a far valere i propri diritti.

Non c'è dubbio che, da questo punto di vista, l'acquiescenza ha natura negoziale e si risolve in una manifestazione di volontà¹⁷⁸, che può essere espressa o tacita. Ciò che conta è il fatto che dal comportamento del soggetto si possa desumere in modo non equivoco quel significato di adesione o di rinuncia cui si è accennato più sopra¹⁷⁹. Ove tale significato sia sicuramente deducibile, è chiaro che si avrà un atto di disposizione di una propria posizione giuridica soggettiva, ben spesso realizzato per *facta concludentia*.

Se tale è la natura dell'istituto in esame, almeno per la parte che qui ci interessa, ne deriva che l'acquiescenza non può mai operare nei casi in cui l'atto cui si dovrebbe aderire sia inficiato da nullità e in quelli in cui il soggetto sia privato del potere di disposizione¹⁸⁰. Ed è altrettanto evidente che il relativo comportamento sarà soggetto alla peculiare disciplina normativamente prevista, ogni volta che siano stabiliti limiti all'autonomia delle parti, o meglio, della parte interessata¹⁸¹. Il problema è delicato, per quanto riguarda il diritto del lavoro, perché le ipotesi di comportamenti almeno apparentemente adesiv[i] sono frequentissime. Se ne è fatto già qualche cenno quando si è parlato della rinuncia tacita e del significato della quietanza a saldo¹⁸²; ma la problematica è assai più complessa e merita un più attento esame, anche per la mancanza di una adeguata sistemazione dottrinarie e per le discordanti soluzioni adottate dalla giurisprudenza.

178 Parlano infatti di manifestazione di volontà sia il MASSA, voce «*Acquiescenza*» (*dir. proc. pen.*), in *Enc. del dir.*, I, pag. 502, che il NAPOLITANO, *op. cit.*, pag. 5 ss. Il GIANNINI, voce «*Acquiescenza*» (*dir. amm.*), in *Enc. del dir.*, I, pag. 507, parla di atto di disposizione, evidentemente negoziale.

179 Avverte il NAPOLITANO, *op. cit.*, pag. 55, che gli atti da cui può desumersi l'acquiescenza devono essere univoci, chiari e concordanti e incompatibili con una volontà contraria a quella dedotta (v. anche pag. 70 ss.).

180 Afferma ancora il NAPOLITANO, *op. cit.*, pag. 52, che non è ammissibile l'acquiescenza ad un atto nullo. Non si comprende bene perché poi l'A. dissenta dall'esatta opinione del ROEHRSEN, *L'acquiescenza ai provvedimenti secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Nuova rass.*, 1943, pag. 37, secondo la quale l'acquiescenza è vietata nelle materie di ordine pubblico, in quanto sottratte alla libera disponibilità dei soggetti.

Anche il MASSA, voce «*Acquiescenza*», *cit.*, pag. 503, afferma che l'acquiescenza delle parti non è idonea a sanare la nullità assoluta.

Cfr.: Cons. Stato, 20 ottobre 1953, n. 530, in *Riv. amm.*, 1954, pag. 363.

181 Se dunque nel comportamento è ravvisabile una rinuncia, ad essa è applicabile – nel rapporto di lavoro – l'art. 2113 c. c., come è pacifico anche in giurisprudenza.

182 Rispettivamente cap. IV, pag. 7 e cap. VI, pag. 3.

Nella pratica, i casi di più frequente verifica si possono così riassumere: percezione di fatto di retribuzione inferiore al dovuto, acquiescenza alla qualifica inferiore o alle mansioni di fatto svolte, prosecuzione nell'attività lavorativa – senza protesta – dopo l'esercizio dello *jus variandi* da parte del datore di lavoro, accettazione della liquidazione di fronte a licenziamento inefficace o comunque impugnabile.

Tutte queste fattispecie sono state esaminate dalla giurisprudenza, che le ha variamente risolte, senza peraltro dar luogo ad un orientamento costante, applicabile nelle varie situazioni.

Si è così detto che l'accettazione della retribuzione corrispondente alla qualifica inferiore non comporta rinuncia alla reale qualifica, così come non comporta rinuncia l'accettazione senza riserva di una retribuzione inferiore al dovuto¹⁸³. Si è altresì affermato che non c'è acquiescenza nel comportamento del dipendente che abbia sostituito un collega appartenente a categoria superiore senza pretendere la differenza di retribuzione cui aveva diritto, dopo il secondo mese, in base al contratto collettivo¹⁸⁴.

Per contro, si è ritenuto che l'adeguamento del lavoratore alla nuova situazione determinata dalla modifica in *pejus* delle condizioni di lavoro, con la semplice continuazione nella prestazione, costituisce acquiescenza¹⁸⁵. In una sentenza del Tribunale di Napoli¹⁸⁶, poi, vivacemente criticata dal Prosperetti, si è addirittura affermato che l'aver accettato di prestare servizio presso una determinata azienda comporta acquiescenza e quindi rinuncia all[e] indennità escluse dai contratti collettivi che vincolano l'azienda.

Ma c'è tutta una problematica di particolare rilievo, in ordine ai rapporti tra la ricezione della liquidazione (magari con rilascio di quietanza) e l'impugnazione del licenziamento; mentre in alcune decisioni, anche del Consiglio di Stato, si era negata l'acquiescenza¹⁸⁷, la giurisprudenza ormai costante della Cassazione si esprime in senso radicalmente opposto¹⁸⁸.

2. Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro

Come si è accennato, il problema investe l'intera questione del comportamento concludente nel rapporto di lavoro e quello della sua corretta interpretazione.

183 App. Roma, 19 novembre 1959, in *Riv. giur. lav.*, 1959, II, pag. 52; App. Milano, 15 dicembre 1959, in *Orient. giur. lav.*, 1960, pag. 215; App. Genova, 26 novembre 1952, in *Riv. giur. lav.*, 1953, II, pag. 191; App. Firenze, 7 luglio 1966, in *Giur. tosc.*, 1966, pag. 775.

184 Trib. Taranto, 30 maggio 1963, in *Orient. giur. lav.*, 1964, pag. 43.

185 Cass., 8 giugno 1967, n. 1275, in *Riv. giur. lav.*, 1967, II, pag. 601.

186 5 febbraio 1951, in *Riv. dir. lav.*, 1951, 2, pag. 507 (ma in senso contrario: Cass., 5 luglio 1949, n. 1949, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, pag. 594).

187 App. Perugia, 17 maggio 1954, in *Orient. giur. lav.*, 1954, pag. 294; Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 1947, in *Foro amm.vo*, 1948, I, 2, pag. 88; Trib. Livorno, 6 febbraio 1956, in *Orient. giur. lav.*, 1957, pag. 184.

188 Cass., 12 marzo 1964, n. 531, in *Foro pad.*, 1965, 1, pag. 176; Id., 27 ottobre 1965, n. 2280, in *Orient. giur. lav.*, 1966, pag. 231; Id., 10 marzo 1955, n. 718, in *Riv. dir. lav.*, 1955, 2, pag. 445.

Se non è qui possibile rifarci ad una teoria generale del comportamento concludente¹⁸⁹, si possono tuttavia fissare almeno alcuni concetti-base.

Per comportamento concludente si intende quel comportamento negoziale da cui – attraverso un’interpretazione che tenga conto di tutto il complesso delle circostanze – possa trarsi un’illazione sicura ed univoca circa il significato oggettivo del negozio¹⁹⁰. L’univocità si deduce da un rapporto di logica coerenza col fatto e dalla impossibilità di concepire il contrario. In altre parole, l’interprete dovrà inserire quel comportamento nel quadro delle circostanze, nell’ambiente sociale, nel tipo di rapporto esistente fra le parti, nella posizione che riveste quella di esse che appunto ha attuato il comportamento. Se da questa operazione si potrà trarre il convincimento che l’*unico* significato deducibile è quello che si collega necessariamente al fatto e che qualunque altra spiegazione sarebbe con esso incompatibile, si potrà dire che il comportamento in esame è dotato di effettiva concludenza.

Ciò vale, a maggior ragione, per il silenzio¹⁹¹, il quale – di per sé – è ancora più equivoco di un comportamento per il quale occorre una illazione ed un’operazione ermeneutica complessiva, ai fini del giudizio di concludenza. Il silenzio, ormai è pacifico, non significa assolutamente nulla; ed è possibile attribuirgli un significato solo quando concorrano circostanze tali da consentire quel giudizio di logica e necessaria coerenza e di impossibilità del contrario di cui si è fatto cenno più sopra. Se queste premesse si applicano al comportamento – attivo o inerte – del prestatore di lavoro, si vedrà come in linea di principio non sia mai possibile attribuire valore di atto dispositivo ad un comportamento che non riveli da solo l’inequivoco intento del soggetto e nello stesso tempo non consenta di attribuire un significato tipico al negozio che sarebbe stato posto in esame.

Ma fin qui, non c’è differenza rispetto a qualsiasi altro comportamento.

Se però si tiene conto – come si deve – dell’ambiente sociale, del tipo di rapporto e della posizione del soggetto¹⁹², si vedrà come necessariamente l’indagine

189 Per la quale ci permettiamo di rinviare al nostro studio sul *Comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963 [pubblicato nel Vol. III di quest’opera in <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/book/190>].

190 Fondamentale lo studio del GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Studi in memoria del G. B. Funaioli*, Milano, 1961, pag. 99 ss. Per altre definizioni del comportamento concludente, v.: BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962, I, pag. 357; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, pagg. 91-92; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, pag. 396.

191 Sul silenzio, la letteratura è molto abbondante. Fondamentali comunque, oltre allo studio del Giampiccolo, cit., in nota che precede: DE MARTINI, *In tema di silenzio nella conclusione di contratto*, in *Foro it.*, 1950, I, col. 582; CARROZZA, *Sul silenzio come consenso*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1952, pag. 127; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag. 139; FRAGOLA, *La dichiarazione tacita di volontà della pubblica amministrazione*, Napoli, 1938. Per altri richiami, v. il nostro studio sul *Comportamento concludente*, cit., pag. 37 ss. (e nota 1).

192 Esattamente osserva il NAPOLITANO, *L’acquiescenza*, ecc., cit., pag. 66, che nel valutare gli atti che costituiscono la manifestazione di volontà deve essere preso in considerazione l’ambiente

debba essere più delicata e penetrante, dato che è ormai più che noto che la posizione del prestatore di lavoro è diversa non solo rispetto a quella dell'altro contraente, ma anche rispetto a quella di qualsiasi altro soggetto che sia parte di un rapporto obbligatorio.

Non è mancato, nella giurisprudenza, il richiamo ad una valutazione particolarmente penetrante del silenzio del prestatore di lavoro, in relazione alla sua soggezione ed al suo stato di bisogno¹⁹³. Ma tali richiami sono sempre stati incompleti e comunque non se ne sono tratte tutte le conseguenze dovute.

Ciò forse deriva anche da una non esauriente valutazione della posizione del prestatore, ragguagliata talora a quella del contraente più debole, talaltra a quella di un soggetto economicamente menomato rispetto alla controparte, talaltra ancora a quella di un soggetto che durante il rapporto si trova in stato di soggezione (s subordinazione).

Non si è spiegata così adeguatamente l'apparente singolarità del disposto dell'art. 2113, che non solo fa decorrere il termine di decadenza dalla cessazione del rapporto, ma quando le rinunce e transazioni sono stipulate dopo l'estinzione dello stesso, lo fa decorrere da quel momento. Ciò non si spiegherebbe se tutto si riducesse allo stato di soggezione, perché – cessato il rapporto – il prestatore riprenderebbe la sua libertà e quindi non vi sarebbe motivo di protrarre ulteriormente nel tempo la protezione accordatagli.

Solo valutando adeguatamente la posizione complessiva e tipica del prestatore di lavoro, è possibile giungere a conclusioni probanti. Altrimenti opinando, si finisce per dire – come si è fatto di recente a proposito delle clausole di decadenza¹⁹⁴ – che bisogna compiere una valutazione relativa anche ai mutati rapporti di forza ed a quel complesso di circostanze in virtù del quale perfino un'organizzazione sindacale ha potuto ritenere «superata» la disciplina dell'art. 2113, nel senso che di quella protezione particolare non vi sarebbe più, oggi, necessità alcuna¹⁹⁵.

La verità è che il prestatore di lavoro non è solo il subordinato e non è solo il contraente più debole (nonostante che questa debolezza sia talvolta attenuata

in cui essi si svolgono, «escludendo il loro significato dichiarativo quando dalla considerazione di tale ambiente risulti l'esistenza di moventi dell'agire che valgano a rendere dubbia l'applicazione di essi».

193 Si veda, in particolare, la sentenza 26 gennaio 1956, n. 221 della Cassazione in *Riv. dir. lav.*, 1957, 2, pag. 257 secondo la quale «il valore del silenzio non può stabilirsi, nella materia del lavoro, col medesimo metro che serve ad attribuirgli gli stessi effetti del comportamento adesivo rispetto gli altri contratti, perché nel rapporto di lavoro lo stato di soggezione economica del dipendente impedisce di attribuire al silenzio del prestatore il significato di accettazione di condizioni unilateralmente impostegli dalla controparte» (Cfr. 16 gennaio 1956, n. 438, in *Riv. dir. lav.*, 1957, 2, pag. 120; 27 luglio 1960, n. 2183, *ivi*, 1961, II, pag. 401; App. Napoli, 9 aprile 1964, in *Orient. giur. lav.*, pag. 43).

194 CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., III, pag. 1040.

195 È un'opinione espressa dalla CISL, richiamata dall'ARANGUREN, nel volume *Problemi in tema di arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1969, pag. 54.

per effetto della forza rappresentata dall'unione sindacale); egli è anche colui che implica la sua persona nel rapporto ed ha quindi bisogno – per ciò solo – di una più penetrante tutela¹⁹⁶, ed è anche quel cittadino «diseguale» cui fa inequivocabilmente riferimento l'art. 3, comma 2°, della Costituzione.

Così l'intero ordinamento del lavoro è proiettato nella direzione della tutela del prestatore, intesa nel senso più ampio e penetrante, come garanzia della sua stessa personalità, nel presupposto fondamentale che per questo particolare tipo di contraente l'attività svolta costituisce il mezzo principale di sostentamento e la forma principale di espressione e sviluppo della persona. Ed è per questo che al legislatore non basta di tentare il livellamento delle posizioni delle parti in costanza del rapporto di lavoro, ma tende ad estendere ed ampliare la tutela anche oltre i limiti temporali del rapporto stesso. L'antica tutela del contraente più debole si è trasformata in una completa garanzia della personalità del lavoratore, permeando di sé l'intero sistema ed estendendosi ben oltre la garanzia di un trattamento economico minimo.

3. La ricerca del significato

Non importa ricordare qui i modi e gli strumenti con cui il legislatore interviene per garantire questa situazione, essendo ben nota la loro estrema varietà e la riconducibilità costante ai principi generali accennati.

Preme piuttosto ricordare che non è concepibile che un complesso di principi operi sul piano normativo, ma poi resti assente sul piano della interpretazione e dell'applicazione delle norme e dei contratti¹⁹⁷. Se i principi generali assolvono alla funzione di fornire un criterio generale cui deve ispirarsi l'intera esperienza giuridica, non vi è dubbio che da essi debba restare influenzata anche l'attività ermeneutica, come del resto è chiaramente indicato dallo stesso art. 12 delle preleggi. Il che non significa che l'interpretazione delle norme deve essere tendenziosa ed unilaterale; ma solo che essa deve rispecchiare quella tendenza e quegli orientamenti ormai propri e tipici del sistema.

196 Alla definizione di questa posizione «tipica» del prestatore di lavoro, nel senso più ampio, abbiamo dedicato buona parte del volume su *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967 (v. particolarmente pag. 323 ss.) [pubblicato nel Vol. IV di quest'opera in <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/book/202>].

Bisogna poi ricordare che buona parte della dottrina, nel determinare i requisiti dell'acquiescenza, fa riferimento alla «spontaneità», nel senso che il comportamento non deve derivare da esigenze di carattere economico o da altri motivi devianti (in questo senso, v.: VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pag. 536; GIANNINI, *Acquiescenza*, cit., pag. 508; e in definitiva anche NAPOLITANO, *L'acquiescenza*, ecc., cit., pag. 65, anche se contesta che la spontaneità sia un vero requisito dell'acquiescenza). Se si accetta questa impostazione bisogna riconoscere che, nella maggior parte dei casi, la subordinazione, lo stato di bisogno e l'implicazione della persona nel rapporto escludono proprio la sussistenza della spontaneità nel comportamento del lavoratore.

197 Su questi aspetti, rinviamo ancora al volume citato in nota che precede (pag. 386 ss.).

Ma a queste direttive non si sottrae neppure, com'è logico, l'interpretazione del contratto, degli atti unilaterali, dei comportamenti in genere.

Si è osservato¹⁹⁸ che al di là delle rigide regole di cui all'art. 1362 ss., c. c. non si farebbe altro che operare una confusione tra ricerca del significato e determinazione degli effetti giuridici. Ma l'osservazione non è esatta: anche nella ricerca del significato degli atti negoziali e dei comportamenti bisogna individuare pur sempre una logica coerenza tra l'intento pratico perseguito e la funzione economico-sociale tipica di quella espressione di autonomia.

Ma poi, anche a voler restare fermi alle regole codificate, non è molto difficile rilevare come esse stesse costituiscano dei validi canali attraverso i quali i principi si calano nella operazione ermeneutica. Si pensi alla interpretazione secondo buona fede (intendendo quest'ultima in senso concreto, secondo i più recenti contributi della nostra dottrina), si pensi al criterio enunciato nell'art. 1369, che impone il riferimento allo schema tipico, così come è definito complessivamente dall'ordinamento e quindi alla stessa funzione economico-sociale che lo ha reso meritevole di tutela; si pensi ancora all'art. 1367, che inserisce nell'operazione interpretativa una valutazione degli effetti dell'atto. È attraverso queste norme che i principi generali del sistema, così come descritti più sopra, offrono una sicura guida all'interprete, fornendogli il metro di valutazione dei contratti e degli stessi comportamenti. Se così non fosse, gli sarebbe preclusa qualsiasi vera indagine sul momento intrinseco dei rapporti, degli atti, delle stesse situazioni soggettive.

Ecco perché le massime giurisprudenziali, ricordate più sopra e relative al valore da attribuire al silenzio del prestatore, coglievano nel segno, anche se non percorrevano fino in fondo la via di una corretta interpretazione sistematica.

A nostro avviso, esiste una regola costante – per fermarci al nostro tema specifico – secondo la quale l'interprete chiamato a stabilire il significato di un comportamento non univoco del prestatore di lavoro (rinuncia tacita, acquiescenza, ecc.) non può prescindere dalla valutazione generale già fatta dal legislatore circa la posizione *complessiva* del prestatore e dallo stesso modo con cui l'ordinamento ha cercato di intervenire per istituire un complesso di specifiche garanzie a favore del soggetto «menomato».

Ciò non significa apprezzare gli effetti dell'atto (che è operazione successiva) ma analizzare l'atto, cercare di coglierne il reale significato, tenendo conto sempre della posizione particolare del prestatore e del rilievo che ad essa si attribuisce anche sul piano normativo. Se un lavoratore accetta la liquidazione senza proteste, che cosa deve fare l'interprete per stabilire se con ciò egli ha fatto acquiescenza ad un licenziamento eventualmente illegittimo?

198 CESSARI, *Il favor verso il prestatore di lavoro subordinato*, Milano, 1966, pag. 23 ss.; GRAMICCIA, *Il favore del lavoratore nell'interpretazione del contratto di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1964, I, pag. 276 ss.; BALZARINI, *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, Padova, 1965, pag. 72 ss.

Prima di tutto, dovrà stabilire che cosa significhi il materiale ricevimento della liquidazione, se cioè esso implichi univocamente anche l'assenso al licenziamento oppure se non riveli altro che l'intenzione di riscuotere una somma di cui, in quel momento, ha bisogno.

Una volta che abbia stabilito la conclusione di quel comportamento, dovrà qualificarlo giuridicamente, stabilendo se si tratti di una rinuncia tacita a far valere il proprio diritto all'impugnazione del licenziamento invalido o inefficace. Infine, dovrà valutare gli effetti dell'atto, per stabilire se esso – così come individuato – sia valido o meno.

Si tratta dunque di operazioni distinte, in ognuna delle quali l'interprete dovrà tener conto delle situazioni obiettive in cui versa il prestatore, delle condizioni che possono averne influenzato il comportamento, di tutti quei dati cioè che si riferiscono allo schema tipico del rapporto in esame ed ai principi che lo regolano.

Abbiamo già accennato, del resto, al fatto che è possibile perfino che un prestatore sappia di poter avanzare in seguito le sue richieste e quindi si limiti, al momento, a percepire ciò che gli viene dato. Una simile riserva mentale non solo è ammissibile, ma è addirittura implicitamente ammessa dal sistema positivo (v. art. 2113).

Sarebbe dunque del tutto illegittimo prescindere da questa situazione anche psicologica, comunemente ricorrente, per attribuire – ad ogni costo – significato di acquiescenza ad atti che in realtà non rivelano per nulla una volontà dispositiva o abdicativa.

4. Applicazione dei principi alle ipotesi di più frequente verifica; in particolare, l'acquiescenza di fronte al licenziamento invalido o inefficace

Nella maggior parte degli esempi richiamati all'inizio e forniti della più ricca casistica giurisprudenziale, a noi sembra che di acquiescenza non sia davvero lecito parlare: non a proposito di percezione di retribuzione inferiore al dovuto, perché il prestatore può non sapere affatto qual è l'importo realmente dovutogli oppure può cercare di conservare il posto, ricevendo intanto quanto gli viene dato e riservandosi poi di agire al momento opportuno¹⁹⁹; non a proposito della prestazione di mansioni superiori con qualifica «formale» inferiore e corrispondente retribuzione, perché la situazione è la stessa rispetto alla prima ipotesi ed è lo stesso ordinamento – del resto – ad indicare il principio di prevalenza delle

¹⁹⁹ Cfr.: Cass., 21 agosto 1953, n. 2823, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1954, II bim., pag. 99, n. 338; Cass., 16 febbraio 1956, n. 438, in *Riv. giur. lav.*, 1956, II, pag. 130; App. Firenze, 3 settembre 1955, in *Rep. Giur. it.*, 1955, 1776; App. Napoli, 1 dicembre 1956, in *Foro nap.*, 1956, I, pag. 31; App. Catanzaro, 21 gennaio 1963, in *Orient. giur. lav.*, 1963, pag. 556; App. Bologna, 10 marzo 1961, *ivi*, 1961, pag. 242. *Contra*, tuttavia: Trib. Vibo Valentia, 10 marzo 1961, in *Riv. giur. lav.*, 1961, II, pag. 660 (ma si tratta di una sentenza piuttosto isolata).

mansioni effettive²⁰⁰; non a riguardo della continuazione della prestazione dopo la modificazione peggiorativa delle condizioni del contratto, per motivi del tutto analoghi²⁰¹. Ma, a nostro avviso, non c'è acquiescenza neppure nell'ipotesi di ricezione delle indennità a seguito di licenziamento invalido. Perfino in questo caso la ricerca del significato è veramente ardua, perché il lavoratore versa nel momento di estremo bisogno (il rapporto di lavoro è cessato), ha bisogno di quelle indennità e può dunque essere indotto a riscuoterle con la riserva di esperimento poi le azioni opportune²⁰².

Ma bisognerebbe anche osservare che in questa ipotesi il problema non è solo quello della ricerca del significato, ma anche quello della valutazione degli effetti dell'atto. Se il licenziamento è affetto da nullità, può ammettersi che l'acquiescenza del prestatore ne sani il vizio e lo renda operante? Avremmo un'ipotesi invero singolare, contraddittoria e inaccettabile nel nostro sistema, perché il legislatore – che ha voluto sanzionare di nullità un determinato provvedimento – finirebbe per rimettere alla volontà di un soggetto privato la decisione se quella nullità debba sussistere o meno.

Vero è che fu escogitata in altri tempi la teoria della risoluzione consensuale: il licenziamento nullo, a seguito dell'acquiescenza del prestatore, si sarebbe trasformato in risoluzione consensuale del rapporto²⁰³.

Ma, a prescindere dal fatto che è tuttora discusso e discutibile se si possa ammettere – nel rapporto di lavoro – la figura della risoluzione consensuale²⁰⁴,

200 In questo senso, v. fra le altre: App. Firenze, 7 luglio 1966, in *Giur. tosc.*, 1966, pag. 755; App. Genova, 26 novembre 1952, in *Riv. giur. lav.*, 1953, II, pag. 191; App. Milano, 15 dicembre 1959, in *Orient. giur. lav.*, 1960, pag. 215.

201 La giurisprudenza è però prevalente nel senso che è sufficiente che il lavoratore preli di fatto le nuove mansioni e riscuota la retribuzione senza riserve, perché le modifiche possano ritenersi accettate. La Cassazione afferma addirittura che perfino le proteste sono irrilevanti, quando vi sia continuazione nella prestazione alle nuove condizioni (Cass., 4 maggio 1961, n. 1003, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1119; Id., 6 marzo 1963, n. 538, in *Mass. giust. civ.*, 1963, pag. 250; Id., 29 ottobre 1958, n. 3559, in *Rep. Foro it.*, 1958, voce «Lavoro» (rapporto di), nn. 737-738. Per qualche voce giustamente discorde, v.: App. Genova, 23 maggio 1957, in *Orient. giur. lav.*, 1957, pag. 375; App. Bologna, 3 maggio 1955, *ivi*, 1955, pag. 202.

202 La giurisprudenza (v. richiami in nota 7) è orientata prevalentemente in senso opposto. V. tuttavia: App. Torino, 14 maggio 1954, in *Riv. giur. lav.*, 1954, II, pag. 360; App. Milano, 1° luglio 1952, in *Orient. giur. lav.*, 1953, pag. 39; Cass., 6 marzo 1952, n. 600, in *Mass. giur. lav.*, 1952, pag. 88 (e v. anche le decisioni del Consiglio di Stato richiamate in nota 6).

203 V. ad esempio: Cass., 11 luglio 1952, n. 1674, in *Mass. giur. lav.*, 1952, pag. 187; Id., 24 novembre 1951, n. 2686, *ivi*, 1951, pag. 280; 13 marzo 1960, n. 876, *ivi*, 1960, pag. 185.

204 Sulla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro: MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della CEEA*, Milano, 1965, pag. 487; SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, 1948, pag. 39; MENGONI, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., pag. 587; PANTALEONI, *In tema di risoluzione consensuale del contratto di lavoro a tempo indeterminato*, in *Temi*, 1950, pag. 591; RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1960, pag. 584 ss.; PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1964, pag. 157; SARACINI, *Contratto di lavoro e risoluzione consensuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II, pag. 399; ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954, pagg. 36-41. Per posizioni decisamente contrarie,

è certo che non si tratterebbe altro che di un modo per eludere la legge e che, per una via traversa, si perverrebbe allo stesso risultato di far sanare la nullità dal comportamento più o meno volontario di un soggetto privato²⁰⁵. Insomma, la norma che sancisce la nullità di un licenziamento è sicuramente inderogabile; non è dunque possibile consentire all'autonomia dei privati di sottrarsi all'imperativa volontà del legislatore.

È un problema che, come è noto, fu assai discusso all'epoca del «blocco dei licenziamenti» e che fu allora variamente risolto dalla giurisprudenza²⁰⁶. Si ripresenterà certamente in ordine alla legge 15 luglio 1966, n. 604, soprattutto in relazione alle ipotesi di «inefficacia» del licenziamento. Se un datore di lavoro licenzia oralmente il dipendente, consegnandogli subito tutte le indennità che gli spettano e questi le riceve, potrà dirsi che ha fatto acquiescenza? E in caso di risposta affermativa, un siffatto comportamento sarà idoneo ad attribuire al licenziamento quegli effetti che il legislatore aveva voluto negargli²⁰⁷? La soluzione di questi interrogativi ci sembra implicita in tutto ciò che abbiamo esposto finora.

in giurisprudenza v.: Cass., 11 maggio 1947, in *Mass. Foro it.*, 1957, pag. 78; Trib. Milano, 23 febbraio 1950, in *Temi*, 1950, pag. 509; App. Milano, 3 febbraio 1954, in *Riv. giur. lav.*, 1954, II, pag. 381.

205 Si vedano infatti le puntuali osservazioni del NATOLI in nota alla sentenza 19 aprile 1950, n. 1032 della Cassazione, in *Riv. giur. lav.*, 1949-50, II, pag. 272, e i rilievi del PEPPE, *Sull'inderogabilità delle norme relative al blocco dei licenziamenti*, *ivi*, II, pag. 10 ss.

206 Sul blocco dei licenziamenti, v.: PERETTI GRIVA, *Ancora in tema di risoluzione del rapporto durante il blocco dei licenziamenti*, in *Mass. giur. lav.*, 1951, pag. 24; PAROLI, *Nuovi orientamenti sul potere di recesso dell'imprenditore nella disciplina dei licenziamenti nel settore dell'industria*, in *Dir. lav.*, 1947, I, pag. 274; ARDAU, *Finalità e limiti del blocco dei licenziamenti*, in *Giur. it.*, 1950, 1, 2, pag. 403. DE PASCALIS, *Natura ed effetti giuridici del blocco dei licenziamenti*, in *Mass. giur. lav.*, 1950, pag. 28; SCORZA, *La risoluzione del rapporto di lavoro in regime vincolistico*, in *Foro it.*, 1950, 1, col. 422 (oltre agli AA. citati in nota che precede).

La giurisprudenza è stata non poco oscillante. Alcune decisioni affermarono la nullità insanabile del licenziamento (App. Roma, 9 giugno 1948, in *Riv. giur. lav.*, 1949, II, pag. 9; Cass., 30 giugno 1949, n. 1650, *ivi*, II, pag. 133); altre, invece, pur affermando la nullità, ritennero che fosse valido il consenso (anche tacitamente prestato) del lavoratore alla risoluzione del rapporto (Cass. 19 aprile 1950, in *Riv. giur. lav.*, 1950, pag. 272); altre ancora ritennero che non si dovesse parlare di nullità assoluta, ma di semplice inefficacia limitata nel tempo e derogabile dalla volontà delle parti per mutuo consenso o per unilaterale decisione del lavoratore (Cass., 24 novembre 1951, n. 2686, in *Mass. giur. lav.*, 1951, pag. 280; Id., 12 maggio 1951, *ivi*, 1951, pag. 134; Id., 13 aprile 1960, n. 876, *ivi*, 1960, pag. 185, n. 37; Id., 6 marzo 1952, *ivi*, 1952, pag. 88).

207 Non ci risultano ancora precedenti giurisprudenziali. Tuttavia, l'orientamento della Cassazione sembrerebbe contrario, almeno a giudicare dal modo con cui dei principi in esame si è fatta applicazione a proposito degli accordi interconfederali sui licenziamenti e sulle C.I. Ad esempio, con sentenza 27 ottobre 1965, n. 2280, in *Mass. giur. lav.*, 1966, pag. 319, la Cassazione ha detto che «se il lavoratore membro di Commissione interna, pur essendo consapevole dell'inefficacia del licenziamento intimatogli, vi presti acquiescenza accettando la liquidazione delle indennità spettantegli, compie – con tale comportamento – una valida rinuncia al diritto di impugnare il licenziamento, con conseguente definitiva e irretrattabile

5. Osservazioni conclusive

Va da sé, per altro, che le considerazioni suesposte valgono solo ai fini di stabilire alcuni criteri d'ordine generale. È poi pacifico che le situazioni debbono essere valutate ed apprezzate di caso in caso, attribuendo giusto rilievo alle circostanze concomitanti ed indagando su tutto il complesso della situazione. È possibile, infatti, che esistano ipotesi di vera e reale acquiescenza, da parte del prestatore di lavoro, a provvedimenti o comportamenti della controparte²⁰⁸. In questo caso, si tratterà di vedere se l'acquiescenza significa rinuncia tacita e se si versa in una di quelle ipotesi in cui è consentita l'impugnativa ai sensi dell'art. 2113 c. c.

Ciò che non è mai possibile, a nostro avviso – e questo vale a delimitare definitivamente l'ambito del problema – è che l'acquiescenza operi da un lato in un settore vietato alla disponibilità del soggetto, dall'altro nei confronti di provvedimenti o comportamenti del datore di lavoro che siano affetti da assoluta nullità.

estinzione del rapporto di lavoro» (cfr.: Cass., 12 marzo 1964, n. 531, in *Mass. giur. lav.*, 1965, pag. 42; Id., 23 luglio 1965, n. 1719, in *Foro it.*, 1966, I, col. 474).

Contra, peraltro: NAPOLITANO, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo*, cit., pag. 83 (ed *ivi* richiami alla giurisprudenza del Consiglio di Stato).

208 È interessante vedere, nel volume del Napolitano, più volte richiamato (pag. 87 ss.) un elenco di ipotesi in cui è stata ritenuta, nella giurisprudenza amministrativa, la sussistenza e l'acquiescenza da parte del soggetto. È facilmente riscontrabile che si tratta sempre di ipotesi in cui il comportamento, inquadrato nelle circostanze, non lasciava adito a dubbi sulla volontà del soggetto.

Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro (situazioni soggettive emergenti e nuove tecniche di tutela)*

Sommario: 1. Diritti tradizionali della persona del lavoratore e diritti «nuovi» – 2. Tentativi di inquadramento teorico e spunti evolutivi – 3. Garanzie e prevenzione: attualità dell'art. 2087 cod. civ. – 4. Tecniche risarcitorie: dal danno biologico al danno «esistenziale» – 5. Situazioni soggettive emergenti. In particolare: le molestie sessuali nei luoghi di lavoro – 6. Il «mobbing» – 7. Diritto alla salute e danno psichico – 8. Tossicodipendenza, Aids e lavoro – 9. Lavoratori transessuali e omosessuali – 10. Immigrazione e lavoro – 11. Abbigliamento e aspetto fisico del lavoratore – 12. Telelavoro e diritti «nuovi» – 13. Considerazioni conclusive

1. Diritti tradizionali della persona del lavoratore e diritti «nuovi»

Tradizionalmente, il tema dei diritti dei lavoratori è stato affrontato con particolare riferimento a diritti di contenuto economico o comunque con effetti, direttamente o indirettamente, economici. Il posto di lavoro, le condizioni di lavoro, l'accesso al lavoro hanno avuto un ruolo centrale nello sviluppo e nell'iniziativa del movimento sindacale e nella stessa dinamica legislativa. I diritti da proteggere sono apparsi, nella tradizione degli ultimi anni dell'Ottocento e nella prima metà del Novecento quelli collegati alla possibilità stessa del lavoratore di sopravvivere, di mantenere se stesso e la propria famiglia con un minimo di sicurezza. La stessa materia previdenziale è stata affrontata con questo spirito e su questa linea; tant'è che perfino in relazione a un tema certamente non «economico» come quello dell'integrità fisica di chi lavora, i primi interventi legislativi furono diretti alla riparazione del danno o comunque all'assicurazione contro il rischio e solo molto più avanti negli anni si è fatto strada il concetto di prevenzione.

Una svolta fondamentale fu impressa dalla Carta costituzionale, non solo per la particolare considerazione dedicata alla posizione del lavoratore e più in generale al lavoro, ma anche e soprattutto per la forte carica personalistica che ne è sostanziale fondamento. Basti pensare ai primi quattro articoli della Costituzione, alla novità assoluta rappresentata dall'introduzione, nell'articolo

* Saggio di Carlo Smuraglia pubblicato sulla *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, parte I, pag. 447, e poi in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Giuffrè, Milano, 2000, Vol. I, tomo II, pag. 1529.

36, di concetti assai lontani da quelli collegati allo scambio, all'indicazione – nell'art. 4[1], comma 2 – di tre limiti inderogabili per l'iniziativa economica privata quali «la sicurezza, la libertà, la dignità umana», per rendersi conto del mutamento dell'intero asse su cui si era fondata la considerazione dei diritti nel lavoro fino a quel momento.

Un'ulteriore dimostrazione del cambiamento è chiaramente percepibile nello Statuto dei lavoratori (la legge 300 del 1970) non solo per essere rivolto, come dice lo stesso titolo, alla «tutela della libertà e della dignità dei lavoratori», oltre che alle garanzie relative alla libertà sindacale e all'attività sindacale nei luoghi di lavoro, ma anche perché in concreto la considerazione dei diritti della persona è evidenziata dalle norme più specificamente rivolte a tutelare la libertà di opinione e la libertà personale, a impedire controlli lesivi della personalità degli individui, a tutelare (in forma prevenzionale e non risarcitoria) l'integrità fisica dei lavoratori, a vietare qualunque forma di discriminazione. Perfino nelle norme relative al licenziamento c'è qualcosa di più della tutela del posto di lavoro, ma si rende chiaro che il legislatore considera l'art. 18, con l'obbligo di reintegrazione e con la speciale tutela dei dirigenti sindacali, come uno strumento per garantire la libertà nel lavoro.

Di tutto questo, mi resi conto molti anni fa, dedicando un saggio alla «persona del prestatore di lavoro»*, proprio per cercare di cogliere gli aspetti di novità e di progresso che qui ho cercato di evidenziare e per individuare, nella «svolta», il fondamento per il passaggio di alcuni diritti, tradizionalmente ritenuti di credito, al novero dei diritti della personalità. Allora pensavo a un processo già in atto, ma soprattutto in divenire. Poi qualche intuizione ha retto alla prova, altre sono state ridimensionate dall'esperienza fattuale e altre ancora hanno finito per essere influenzate dalle vicende economiche e politiche del Paese, alle quali – come è noto – il diritto del lavoro è estremamente sensibile.

Quello, però, che fa apparire remoto e parziale quel tentativo di ricostruzione è il complesso di mutamenti che si è prodotto in questi anni non solo nella realtà, ma nella stessa coscienza sociale, talora anche in forma contraddittoria, ma sempre in modo assai rilevante.

Sotto un primo profilo, infatti, la considerazione della persona nel lavoro avrebbe imposto tutele più ampie e in qualche modo diverse rispetto a quelle recepite dalla stessa legislazione successiva alla Costituzione; per altro verso, i problemi economici del Paese e una disoccupazione divenuta strutturale hanno spesso finito per assegnare la prevalenza alla difesa del posto e delle opportunità di lavoro rispetto a tutto il resto. Ma su questa contraddizione di fondo si è inserita un'ulteriore tematica rappresentata da una serie di problemi, tutti attinenti più direttamente alla persona di chi lavora, contrassegnati da elementi di novità

* [Carlo Smuraglia si riferisce alla monografia *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967 pubblicata nel Vol. IV di quest'opera, in <https://libri.unimi.it/index.php/milano-noup/catalog/view/202/726/1857>.]

e di originalità, proprio perché in parte derivanti perfino da mutamenti della sensibilità collettiva e della coscienza sociale. I diritti alla personalità, alla privacy, all'identità, già noti ai rapporti civilistici in senso stretto, hanno assunto connotati di grande rilievo per ciò che attiene alla loro irruzione, alla loro considerazione e alla loro tutela nei luoghi di lavoro. Con una precisazione ulteriore da fare, che la stessa nozione di luoghi di lavoro si è dilatata, in questi anni, perché alla tradizionale nozione di luogo in cui può essere svolto contemporaneamente da più persone un lavoro per lo stesso datore di lavoro, si è aggiunta anche quella di luoghi variegati, frammentati, spesso isolati, in cui eventualmente un solo lavoratore presta la propria attività e talora addirittura per più committenti. È la tematica dei cosiddetti lavori nuovi (talora definiti come «atipici»), che pongono problemi rilevanti sotto molti profili, ma anche sotto quello della tutela della persona e dei suoi fondamentali diritti, atteggiandosi spesso in modo radicalmente diverso da quello tradizionale, richiedendo anche agli studiosi innovazione e fantasia.

Naturalmente, se vi erano già difficoltà notevoli ad affermare e tutelare diritti fondamentali nei luoghi di lavoro (uno *slogan* degli anni sessanta affermava che bisogna impedire che i diritti costituzionali si fermino davanti ai cancelli della fabbrica; e non era uno *slogan* di sindacalisti o politici soltanto, ma era entrato, fin da un famoso convegno del 1955 sui licenziamenti, nel lessico degli stessi giuristi), ancor maggiori ostacoli dovevano trovarsi di fronte i «nuovi diritti» o almeno i diritti più strettamente collegati alla persona, nella configurazione più aggiornata e più aderente alle trasformazioni sociali. In questo caso, infatti, si tratta assai spesso di superare, oltre alle storiche resistenze delle controparti, anche pregiudizi perfino di tipo culturale ed etico; come e più, del resto, di quanto accade nella società civile.

Ma forse sarà opportuno fare qualche esempio, per rendere più comprensibile il quadro che si sta cercando di definire, naturalmente a livello di annotazioni e di appunti, trattandosi di una realtà ancora in fase di trasformazione e rispetto alla quale nulla può darsi per acquisito.

Probabilmente le molestie sessuali nei luoghi di lavoro ci sono sempre state; ma una volta, esse venivano subite in silenzio; solo negli anni più recenti al problema si è dedicata la Comunità Europea con interventi, raccomandazioni e documenti di notevole interesse; si è interessato anche qualche legislatore (finora senza eccessivi approdi, peraltro); si sono appassionati alcuni (non troppi) giuristi. E questo è un problema, più che di morale, soprattutto di libertà, di dignità, di non discriminazione. In epoca recentissima ci si è cominciati ad appassionare a un altro fenomeno, in qualche modo contiguo, così poco definibile che preferibilmente viene indicato con un termine straniero (*mobbing*); e anche esso investe la personalità, la libertà e la dignità di chi lavora, in termini fino a qualche anno fa imprevedibili.

Nello stesso tempo, il diritto alla *privacy* che è stato ormai normativamente disciplinato e che è entrato largamente nella considerazione dei giuristi, del sistema

informativo, dei cittadini, ha posto problemi nuovi e tutti assai rilevanti per ciò che attiene al lavoro, ben al di là dell'approccio – importante ma limitato – che era già contenuto in alcune norme dello «Statuto». I fattori di novità, in questo caso, sono così rilevanti da investire anche la tematica dei lavori atipici cui si è fatto cenno più sopra, proprio perché da un lato la privatezza deve essere tutelata anche nei confronti di chi lavora in modo isolato e in forma diversa da quelle tradizionali, e dall'altro perché occorre conciliarne la tutela anche con l'esigenza di evitare un isolamento che sarebbe non solo pericoloso ma addirittura dannoso.

Per altro verso, il diritto all'identità (in definitiva, a essere se stessi) assume connotati particolari rispetto al lavoro e difficilmente riesce a essere riconosciuto e garantito restando negli ambiti della tradizione. L'omosessuale che non accetta più di «nascondersi» e pretende di non essere considerato come un diverso e comunque esige di essere rispettato, l'immigrato che non vuole essere discriminato ma aspira anche ad avere tolleranza e comprensione per i propri usi e per la propria cultura (si pensi, in Italia e fuori, alle vicende del *chador*), la donna che non subisce più in silenzio ma vuol essere rispettata ed è disponibile a far esplodere un caso in una fabbrica per reagire alle molestie, in qualunque forma attuate; insomma, tutti costoro (e si noti che l'accostamento non ha alcun significato e tanto meno ha il significato di un giudizio di valore, ma rappresenta soltanto una esemplificazione chiarificatrice di situazioni diverse, ma con una base comune) prospettano problemi nuovi, tutti correlati alla persona e tutti suscettibili di sollevare questioni serie anche su un piano più strettamente giuridico. Agli esempi fatti, si potrebbe aggiungere tutta la tematica relativa ai limiti del potere direttivo del datore di lavoro nel campo dell'abbigliamento dei dipendenti e del loro diritto all'identità, anche sotto questo profilo; e quella (sulla quale si è oramai formata una notevole giurisprudenza) relativa alla dequalificazione del dipendente, collocata non solo sotto il profilo, per così dire economico, del contenuto della qualifica e delle mansioni e del relativo trattamento, ma anche e soprattutto sotto il profilo morale e professionale; e ancora quella – insorta negli anni più recenti – relativa ai tossicodipendenti e ai malati di Aids, nei luoghi di lavoro. Ma si potrebbe aggiungere ancora qualcosa, anche se il terreno diventa più sfumato, per ciò che attiene ad altri aspetti sempre strettamente inerenti alla persona.

Sta entrando finalmente in vigore la riforma del collocamento obbligatorio dei disabili, imperniata soprattutto sul collocamento «mirato», sull'utilizzo nel modo giusto e nel posto giusto di ogni energia e di ogni capacità lavorativa residua, sull'impiego, ovviamente con le dovute cautele, anche dei disabili psichici. Ma la legge non poteva occuparsi dei problemi psicologici, del modo con cui il disabile viene accolto nell'ambiente di lavoro, delle reazioni del datore e degli stessi compagni di lavoro nei confronti del disabile psichico. Eppure, qualche problema si porrà, anche in questa direzione e non solo con i disabili; questa tematica potrà prospettarsi anche per le molestate, per i «mobbozzati», per gli

immigrati, per coloro che rivendicano il diritto all'identità personale, per chi rivendica il diritto al proprio aspetto fisico, ove non confligga con particolari e obiettive ragioni di lavoro, e così via. Tutto questo pone problemi nuovi, per la serenità dell'ambiente di lavoro, per i rapporti di collaborazione, per i rapporti tra lavoratori e datori di lavoro e fra gli stessi lavoratori. La tutela, allora, dovrà essere concepita in termini più ampi e dovrà essere realizzata anche con strumenti diversi da quelli consueti.

Questo potrà porre in discussione e comunque collocare sotto un profilo diverso il potere direttivo del datore e i suoi limiti, il dovere del datore di lavoro di tutelare anche la personalità morale dei lavoratori, come recita l'articolo 2087 cod. civ. e perfino le relazioni aziendali e i contenuti della contrattazione collettiva.

Nello stesso tempo, si pone il problema della tutela – nell'ambito di molti lavori «nuovi» – di diritti che in qualche modo si pongono, se non in contrapposizione, certamente non in parallelo con quelli di tradizionale esercizio collettivo. Oltre alla possibilità di esercitare i diritti comuni agli altri dipendenti in forme diverse (basti pensare al diritto all'informazione e al diritto all'assemblea per chi effettua lavoro a distanza), stanno nascendo diritti nuovi sia come denominazione che come contenuto, ad esempio il cosiddetto «diritto alla socialità», nel telelavoro, sul quale, si tornerà più oltre.

Un quadro, dunque, assai vasto e complesso che certo non potrà essere affrontato (solo) dal legislatore, ma richiederà un esame approfondito da parte dei giuristi, molta attenzione da parte della giurisprudenza, possibili intese fra le parti sociali, perfino nuove valutazioni a livello di accordi collettivi.

Ciò anche perché, oltre a una necessaria sistemazione dogmatica, si imporrà anche una rivisitazione di doveri e obblighi contrattuali oltre che di diritti, e – per quanto riguarda questi ultimi – un riesame e una rielaborazione del sistema delle tutele, non solo per quanto riguarda le garanzie «preventive», ma anche per ciò che attiene alla riparazione, per la quale la dottrina lavoristica dovrà far tesoro delle più recenti acquisizioni dell'esperienza giuridica e civilistica in tema di danno biologico o di danno «esistenziale», insomma dei modi per risarcire i danni morali e anche psicologici, che può subire la persona che lavora.

2. Tentativi di inquadramento teorico e spunti evolutivi

Sul piano della sistemazione teorica, a me sembra che a tutt'oggi uno dei più rilevanti contributi sia quello recato da Del Rey Guanter (*Diritti fondamentali della persona e contratto di lavoro: appunti per una teoria generale*), che proprio alla luce di considerazioni in qualche modo analoghe a quelle svolte nel paragrafo che precede, tenta di cogliere gli elementi di una problematica comune a livello europeo, al di là delle questioni solitamente riferite alla competitività, efficienza e flessibilità nei rapporti di lavoro.

Secondo l'Autore, si tratta di un complesso di diritti fondamentali della persona, in gran parte riconosciuti dalle stesse Carte costituzionali e volti, a livello dei rapporti di lavoro, a garantire una migliore qualità della vita e un più profondo soddisfacimento delle esigenze morali e anche psichiche del lavoratore. Questo complesso di diritti viene considerato distinto, da un lato rispetto ai «diritti umani» e dall'altro rispetto ai «diritti della personalità» in senso classico, trovando una propria giustificazione e un proprio significato particolare nell'ambito dei rapporti di lavoro, a tutela della libertà, della dignità e di altri valori essenziali collegati, appunto, alla persona. Ciò che interessa, dell'approccio al tema da parte di questo Autore, è lo sforzo non solo di ricondurre questo complesso a unità, ma anche di coglierne la funzione innovatrice nell'ordinamento e la portata espansiva. Invero, sembrerebbe frustraneo lo sforzo di incasellare tutta questa complessa e dinamica realtà, senza tenere conto del fatto che essa è influenzata non solo dai connotati specifici dei singoli rapporti di lavoro ma anche dalle stesse evoluzioni del costume, della sensibilità collettiva, della coscienza sociale. Infatti, il modo con cui certe tematiche vengono «sentite» dalla società nel suo complesso, non può non influenzare l'esplicazione, la tutela e il concreto atteggiarsi di questi diritti nell'ambito dei rapporti di lavoro. In più, non è possibile dimenticare che se nella società possono albergare pregiudizi e giudizi di disvalore, mutevoli nel tempo e con effetti certamente sensibili ma non sempre deflagranti, nell'ambiente di lavoro essi possono produrre conseguenze assai più gravi, a livello di convivenza e di esercizio di altri diritti riconosciuti dal diritto, sia pure non senza limitazioni.

Un problema essenziale sta proprio nel riuscire a cogliere come il complesso di questi diritti possa incidere sulla posizione sostanziale, anche individuale, della persona che lavora, venendo in gioco – come già si è rilevato – non solo gli aspetti economici, ma anche quelli dei diritti fondamentali più tradizionali e quelli relativi all'esplicazione in concreto, dei diritti di più recente formazione.

Del Rey Guanter si chiede se si possa individuare un filo conduttore di tutto l'ordinamento lavoristico proprio nei diritti fondamentali e segnatamente in quelli non specificamente lavoristici. Francamente la domanda non appare del tutto esaustiva, come non lo è la risposta che l'Autore cerca di dare nel saggio richiamato. C'è da ritenere, con ogni probabilità, che quel filo conduttore, che una volta era rappresentato dalla protezione del contraente più debole e successivamente dalla tutela del contraente che impiega direttamente la sua persona nel rapporto, oggi sia suscettibile di ulteriori sviluppi, in senso ancora più evolutivo. In questa direzione credo che sia del tutto da condividere e anzi da considerare come un segno di sviluppo nella direzione accennata, il principio che si enuclea dalla sentenza 10 maggio 1999, n. 167, della Corte Costituzionale, secondo il quale va sempre considerato fra i valori primari «il principio personalista che ispira la Carta costituzionale e che pone *come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana*».

Se deve essere accolta questa concezione evolutiva della tutela della persona umana (del resto facilmente desumibile sia dall'art. 2 che dall'art. 3 della Costituzione), appare evidente che non si tratta solo di tutelare la persona di chi lavora contro ogni possibile attentato, ma di rimuovere ogni causa o condizione che possa impedirne o comunque pregiudicarne lo sviluppo. In questo modo, il diritto alla libertà e dignità nel lavoro e quello alla salute e integrità fisica si uniscono al diritto alla riservatezza, a quello all'identità e a tutti gli altri diritti essenziali della persona nel rapporto, valorizzando, nel lavoro, la possibilità (si potrebbe dire la necessità) di sviluppo della persona, piuttosto che una rigorosa, ma statica tutela contro gli inconvenienti e i rischi della dipendenza, anche a livello psicologico e in alcuni casi addirittura psichico.

3. Garanzie e prevenzione: attualità dell'art. 2087 cod. civ.

La prima questione che si pone a livello giuridico è quella relativa alla portata effettiva del principio consacrato nell'articolo 2087 cod. civ., nella parte in cui impone al datore di lavoro l'adozione di tutte le misure necessarie per tutelare la personalità morale del dipendente.

È noto che questo principio, frutto di una felice intuizione del legislatore nel 1942, ha imbarazzato per non poco tempo la dottrina lavorista (ma anche quella civilista) nel senso che una parte lo ha considerato come una regola di mero principio (una norma-manifesto in sostanza) ma priva di un contenuto concretamente apprezzabile, e l'altra è andata alla ricerca di individuare le concrete possibilità di utilizzazione di una norma apparentemente così generica.

Per qualche tempo si pensò a ipotesi anche abbastanza stravaganti; poi si pose il problema della possibile tutela da parte del datore di lavoro per i soggetti «indesiderabili». Ma è certo che la norma ha fatto scorrere molto più inchiostro per la parte relativa all'integrità fisica che non per quella relativa alla personalità morale. Questo anche perché non era facile individuare i presupposti per una reale effettività del precetto, per di più sanzionabile solo a livello contrattuale. Inoltre, non è neppure detto che, almeno a livello collettivo, questo tipo di intervento del datore di lavoro sia sempre auspicato o comunque ritenuto auspicabile. Dunque un utilizzo più «forte» del 2087 sotto questo profilo, appartiene a epoche assai più recenti, quando – ad esempio – si è cercato di fondare proprio su questa norma una possibile responsabilità, ed eventuali obblighi, del datore di lavoro in relazione alle molestie sessuali sul lavoro.

Ma come giustamente ha rilevato Montuschi (*Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*) l'aspetto prevenzionale ha ceduto quasi sempre il passo alla prospettiva secondaria, meramente risarcitoria, così come del resto era accaduto, anche se in grado meno rilevante, per gli aspetti relativi alla tutela della integrità fisica.

È avvenuto così che anche nella migliore dottrina il principio in questione sia stato e sia utilizzato soprattutto ai fini delle valutazioni inerenti al danno biologico, derivante da molestie o violenze, da dequalificazioni o persecuzioni, da imposizioni lesive dell'immagine o del diritto all'identità del dipendente, insomma, da tutte quelle lesioni di diritti fondamentali che sono suscettibili di incidere sulla personalità, complessivamente valutata.

Ora, non c'è dubbio che anche questo tipo di utilizzo risponde a notevole utilità, perché consente di battere strade nuove e importanti anche sul piano della riparazione di molti danni alla persona del lavoratore; ma il problema è più vasto, ed è proprio indispensabile affrontarlo nella sua interezza. Ciò che va individuato, infatti, è come possa essere reso effettivo e in qualche modo coercibile il dovere di tutela della personalità morale consacrato nell'articolo 2087 cod. civ. proprio perché – come riconosce anche Montuschi – si tratta di terreni sui quali è richiesta una protezione davvero forte, in relazione alla natura fondamentale dei diritti in considerazione. Giustamente, l'Autore rileva che la concentrazione dell'attenzione sugli aspetti risarcitori è un segno della «sostanziale incapacità di rendere effettivi e coercibili diritti o pretese toccati dall'esecuzione del contratto di lavoro, pur se estranei all'adempimento dell'obbligazione».

Il problema vero, dunque, è quello di dare un contenuto all'obbligo di tutela dell'art. 2087 e di garantirne l'effettività, anticipando quindi le garanzie e sostanzialmente le barriere che l'ordinamento deve opporre alla lesione di diritti fondamentali.

Naturalmente, non possono essere posti a carico del datore di lavoro obblighi che eccedano la misura dell'esigibile o ne facciano, sempre e comunque, il garante di tutti i comportamenti e dunque non solo dei propri. Ma il problema resta e va risolto con saggezza ed equità, ma anche rendendosi conto della sua effettiva portata.

Il legislatore svedese è da tempo intervenuto in questa direzione, con le norme approvate il 21 settembre 1993, per combattere gli atteggiamenti persecutori sul lavoro. A prescindere dalle definizioni (quella relativa alle «persecuzioni» è piuttosto generica), interessa in questa sede rilevare che l'art. 2 della legge svedese del 1993 fa obbligo al datore di lavoro di pianificare e organizzare il lavoro in modo tale da prevenire, per quanto possibile, il verificarsi di atteggiamenti persecutori e l'art. 3 gli fa obbligo di chiarire che non possono essere tollerati atteggiamenti persecutori sul lavoro, mentre più oltre si indica la necessità di prevedere procedure per la rilevazione tempestiva e la rettifica di condizioni lavorative, organizzazione del lavoro o carenze collaborative che potrebbero dar luogo ad atteggiamenti persecutori. È evidente la natura preventiva di questi obblighi, ancor più chiaramente esplicitati nelle raccomandazioni della Commissione nazionale svedese per la sicurezza, che chiariscono che il datore di lavoro deve prevedere una politica specifica nella citata direzione, stabilire procedure volte a garantire che le condizioni psicologiche e sociali nell'ambiente

di lavoro siano le migliori possibili, dettare norme che promuovano un clima di socievolezza e rispetto sul luogo di lavoro, dare il buon esempio nell'instaurazione di un buon clima di lavoro, fornire a dirigenti e personale la formazione adeguata e le informazioni necessarie anche per consentire la migliore integrazione, offrire opportunità di miglioramento delle conoscenze per ciascuno.

È evidente il significato di una normativa del genere, che coglie molti degli aspetti relativi ai diritti fondamentali e alla loro garanzia e impone comportamenti precisi diretti a prevenire piuttosto che a indennizzare. Naturalmente si pone anche in questo caso il problema della coercibilità di questi obblighi, tutti di *facere*; ma è noto che nei Paesi scandinavi questo tipo di problemi è normalmente e tradizionalmente superato, più che a livello normativo, a livello di relazioni industriali. In Italia, dove questa filosofia partecipativa è ancora poco sentita, il problema è certamente più delicato e complesso. E tuttavia, è proprio in quella direzione che bisogna appuntare la riflessione se non si vuole concentrare l'attenzione solo sui rimedi *ex post*, che – a proposito dei diritti fondamentali – hanno il duplice torto di arrivare dopo il fatto e di non poter garantire, in nessun caso, una completa reintegrazione.

Il legislatore spagnolo, in epoca recente, ha fatto ricorso a modifiche del codice penale per reprimere il fenomeno delle molestie sessuali nei luoghi di lavoro (legge organica 23 novembre 1995, n. 10). A rigore, si tratta di norme dirette a colpire l'autore delle molestie, aggravando la sanzione quando esse provengano da un superiore gerarchico o dal datore di lavoro e si accompagnino, dunque, a un sostanziale ricatto. In questo caso, è evidente che si è puntato su un deterrente più forte, almeno per l'ipotesi delle molestie sessuali, cercando di prevenirle con la minaccia di irrogazione di sanzioni quanto meno «fastidiose» (una sorta di arresti domiciliari, da scontare nel corso di un certo numero di fine settimana a partire dal venerdì sera, variabile da un minimo di sei fine settimana fino a un massimo di ventiquattro, per i casi più gravi, commessi da superiori gerarchici o dallo stesso datore di lavoro). Ma non c'è, in questo caso, la previsione specifica di un dovere di tutela a carico del datore di lavoro, coercibile in via prevenzionale.

Nel nostro Paese, un tentativo di definire questo tipo di obblighi a carico del datore di lavoro è contenuto nel d.d.l. approvato dal Senato il 23 aprile 1998 contro le molestie sessuali nei luoghi di lavoro (e da allora, inopinatamente, fermo alla Camera dei deputati), che all'art. 4 stabilisce che «il datore di lavoro è tenuto ad adottare, d'intesa con le rappresentanze sindacali aziendali, le iniziative necessarie ai fini della formazione, della informazione e della prevenzione relative alle problematiche di cui all'art. 1» (che definisce le molestie sessuali); nel comma 2 dello stesso articolo, si fa obbligo al datore, qualora siano denunciati i comportamenti di molestie, di porre in atto procedure tempestive e imparziali di accertamento, assicurando la riservatezza dei soggetti coinvolti. Disposizioni che formarono oggetto di grande discussione, nella Commissione e in aula, ma finirono per essere

approvate proprio perché in definitiva si limitano a cercare di dare un contenuto più concreto ed efficace al principio consacrato nell'art. 2087.

Non diversamente dispongono alcuni disegni di legge presentati di recente sia alla Camera che al Senato per la tutela della persona che lavora da violenze morali o persecuzioni psicologiche (cd. *mobbing*). Ad esempio, nel disegno di legge n. 4265 (senatore Tapparo e altri) presentato al Senato il 12 ottobre 1999, l'art. 2 è tutto dedicato alla prevenzione e informazione, riportando gli specifici obblighi del datore di lavoro alla norma dell'art. 2087.

Si tratta, evidentemente, di tentativi di un approccio diverso al problema, sicuramente non esaustivi, ma assai più avanzati rispetto alla genericità delle disposizioni di riferimento e suscettibili di ulteriore evoluzione. Ciò che importa sottolineare è che il dovere della dottrina e dello stesso legislatore è quello di individuare strumenti dotati di concreta effettività, suscettibili dunque di contribuire a realizzare quel fine di sviluppo e di progresso anche della personalità di chi lavora, cui si è fatto riferimento nei precedenti paragrafi. Certamente, non si può che concordare con M. Pedrazzoli (*Danno biologico e [oltre]. La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore*) quando invita a una valutazione critica sull'uso «miracolistico» che si tende a fare dell'art. 2087 come «vettore privilegiato dell'espansione della tecnica risarcitoria a tutela dei beni personali del lavoratore»; ma contemporaneamente va ribadito che il vero problema non è tanto quello dell'indennizzo quanto quello della prevenzione; e dunque, se di un uso effettivo del 2087 si deve parlare, è preferibile cercare di attribuirgli una portata concreta e rendere realmente coercibili le obbligazioni che ne derivano.

4. Tecniche risarcitorie: dal danno biologico al danno «esistenziale»

Quanto si è detto non esclude, tuttavia, che anche i problemi della tecnica risarcitoria assumano rilevanza, non solo perché essa comunque consente una riparazione ma anche perché l'ampiezza del risarcimento o della reintegrazione della situazione pregiudicata funzionano come deterrente per i comportamenti che appunto possono recare pregiudizi ai diritti fondamentali latamente intesi.

A questo riguardo, è del tutto evidente che non si può guardare all'art. 2087 come a uno strumento che abbia una carica talmente espansiva da risolvere anche alcuni problemi fondamentali, a lungo dibattuti fra gli esperti e gli studiosi del diritto civile. Oltretutto, non ce n'è bisogno, perché se gli aspetti lavoristici delle tematiche in questione hanno una loro specificità, tuttavia esse si muovono pur sempre nell'ambito dei criteri fondamentali della responsabilità per danno.

La dottrina civilistica e anche la stessa giurisprudenza hanno fatto passi enormi nella riconsiderazione di tutta la tematica del danno diverso da quello patrimoniale. In questi anni, è andata avanzando una concezione sempre più diffusa

del *danno biologico*, gradualmente esteso fino a comprendere qualunque lesione del «bene uomo» in quanto tale, concezione recepita – sia pure in via sperimentale – per la prima volta dallo stesso legislatore, nel decreto legislativo approvato di recente e in attesa di pubblicazione in *Gazz. Uff.*, in attuazione dell'art. 55, comma 1, della legge 17 maggio 1999, n. 144, nel quale – all'art. 13 – si fa espresso riferimento al danno biologico. Non è il caso di ripercorrere tutto il cammino della dottrina e della giurisprudenza a questo proposito. Interessa però rilevare come si sia andato modificando il concetto di danno morale e come sia stato pressoché assorbito il concetto di danno alla vita di relazione in quello di danno biologico. Nello stesso tempo, si è fatta strada una interpretazione dell'art. 2059 cod. civ. assai diversa e più lata rispetto a quella recepita da tempo. Lo stesso legislatore ha mostrato di essere sensibile alla tendenza espansiva, quando entrano in gioco aspetti strettamente inerenti alla persona. Non è casuale il fatto che la legge 31 dicembre 1996, n. 675, sulla tutela della persona e di altri soggetti rispetto ai trattamenti dei dati personali, abbia disposto la risarcibilità del danno non patrimoniale nei casi di violazione dell'art. 9 della stessa legge, richiamando espressamente l'art. 2050 cod. civ., inerente all'esercizio di attività pericolose. Ciò significa che si è ritenuto che modalità illecite del trattamento dei dati personali possono incidere talmente su diritti di carattere personale da esigere una riparazione piena di tutti i danni, compresi quelli non patrimoniali, a prescindere dalla colpa del titolare. Altrettanto significativo il fatto che la legge 6 marzo 1998, n. 40, sull'immigrazione abbia previsto una speciale azione inhibitoria contro atti discriminatori, stabilendo al tempo stesso la risarcibilità del danno «anche non patrimoniale». Si potrebbe continuare, ma questi sommari esempi valgono a dimostrare quanto tutto il fronte sia in movimento e come la considerazione della lesione dei beni fondamentali attinenti alla persona stia assumendo in linea generale una considerazione sempre più ampia e attenta sul piano della prevenzione, ma anche su quello della riparazione.

Anche nella giurisprudenza, della Corte Costituzionale e di giudici di legittimità, la lesione dei diritti della personalità sta ricevendo un'attenzione inusitata nel passato. Le considerazioni della Corte Costituzionale, successivamente recepite in non poche decisioni di giudici ordinari, relative alla tutela del bene salute, inteso nel senso più ampio, sono di fondamentale importanza per cogliere tutto il cammino della più recente evoluzione e il significato espansivo del danno biologico, ormai esteso anche alle lesioni psichiche e agli stessi pregiudizi alla vita di relazione.

Un'attenta studiosa di questi fenomeni (Viviz, *La tutela risarcitoria della persona*) ha proposto un'interessante ricostruzione dei tradizionali concetti, insieme a quelli più recenti e avanzati, sotto il profilo di quello che essa definisce come «danno esistenziale». È evidente che non è questa la sede per approfondire questi aspetti, sui quali si sta sperimentando la miglior dottrina civilistica e non di rado la stessa giurisprudenza di legittimità. Ma ci preme cogliere, in questo

processo ricostruttivo, alcuni elementi di particolare interesse ai fini della nostra tematica. Da un lato, infatti, l'Autrice afferma che «viene sempre più prendendo corpo l'idea della persona come soggetto desideroso di inverare un proprio progetto di vita avente carattere globale»; dall'altro, concorda con quanti affermano, sulla scia anche delle migliori decisioni della Corte Costituzionale, che la personalità, prima ancora che un diritto, è un valore, che va salvaguardato, come afferma la Corte Costituzionale nella citata sentenza 167/1999, in vista di un traguardo fondamentale per l'intero ordinamento, vale a dire la garanzia dello svolgimento e del pieno sviluppo della persona umana; dall'altro ancora conclude nel senso che ogni compromissione della sfera di realizzazione della persona deve essere prevenuta, combattuta, evitata e solo in caso di pregiudizio già verificato indennizzata con tutti gli strumenti di cui l'ordinamento dispone, compreso quello che si identifica nella risarcibilità del danno esistenziale.

Questi concetti, che ci sembrano totalmente da condividere, assumono una valenza del tutto peculiare per quanto riguarda il rapporto di lavoro e la possibilità di compromissione della sfera di realizzazione della persona del lavoratore che da essa possano derivare, direttamente o in via occasionale.

Non a caso, infatti, nel citato volume vengono dedicati specifici paragrafi (pagg. 368 e ss.) alle lesioni dei diritti dei lavoratori, annoverando tra le ipotesi degne di riparazione quelle lesive del rispetto, della libertà e della dignità, non meno che quelle lesive della salute anche psichica, della posizione soggettiva, della qualificazione professionale e così via.

Insomma, la crisi del tradizionale sistema risarcitorio investe, e a maggior ragione, l'ambito dei rapporti di lavoro, rendendo evidente la necessità di garantire meglio e più compiutamente i beni più strettamente legati alla persona. Ma ciò non vale solo sul piano risarcitorio, e anzi esalta e attribuisce un significato ancora più pregnante a tutto ciò che si è detto circa l'esigenza di evitare e prevenire un siffatto tipo di lesioni che sono suscettibili di compromettere proprio quel carattere evolutivo che è esplicitamente riconosciuto negli articoli 2 e 3 della Costituzione.

5. Situazioni soggettive emergenti. In particolare: le molestie sessuali nei luoghi di lavoro

Per scendere su un terreno, sempre esemplificativo, ma idoneo a rendere più chiari ed evidenti i temi sui quali deve esplicarsi l'ulteriore riflessione, è il caso di ripercorrere un cammino appena accennato più sopra, cominciando dal fenomeno delle *molestie sessuali nei luoghi di lavoro*.

È chiaro che si tratta di un fenomeno tra i più odiosi e lesivi della personalità del soggetto che lo subisce. Infatti, se la molestia è fenomeno grave ovunque, ci sono molte situazioni in cui a essa ci si può sottrarre in vari modi, spiacevoli

ma correlati sempre a più alternative. Sui luoghi di lavoro, l'alternativa è solo tra il consenso (ma allora siamo fuori dalla molestia, che tipicamente richiede di essere indesiderata), la rassegnazione silenziosa e la scelta di far esplodere il caso. L'odiosità sta soprattutto nel fatto che le due ultime alternative (le uniche reali) sono oggettivamente assai sgradevoli, perché se è doloroso subire in silenzio, ognuno sa quanto sia rischioso e a quali situazioni esponga la pubblica denuncia del fatto che si è subito, anche se viene da un collega o compagno di lavoro e a maggior ragione quando l'autore sia lo stesso datore di lavoro o un superiore gerarchico. Il caso di Crema, noto alle cronache giudiziarie ma anche a quelle giornalistiche, è significativo: sei lavoratrici che subiscono in silenzio per due anni senza neppure sapere l'una dell'altra, con evidenti danni al sistema psichico e relazionale di ciascuna; poi l'esplosione del caso, un processo davanti a un tribunale che condensa in una sentenza una serie di pregiudizi e assolve l'imputato; poi la condanna dell'imputato in Appello e infine in Cassazione. Tutto questo accompagnato da una grande pubblicità, da dispiaceri, delusioni, conflitti talora anche a livello familiare. E che dire di altri casi in cui, adottato il licenziamento nei confronti del riconosciuto molestatore, le maestranze si dividono in due fazioni di cui una contraria alla lavoratrice che aveva parlato, esponendo così il molestatore** alla perdita del posto di lavoro? Senza parlare dei ricatti, dei casi in cui a essere trasferita è la vittima e non il molestatore, o addirittura di quelli in cui la persona molestata sprovvista di prova viene licenziata (e il licenziamento viene convalidato in sede giudiziaria senza riuscire a fare una distinzione tra chi non è riuscito a fornire la prova, per ragioni obiettive e non per colpa propria, e chi invece si è dimostrato fantasioso sostenitore di una tesi immaginaria). L'osservazione delle (non molte) decisioni giurisprudenziali al riguardo è assai utile, non solo per apprezzare lo sforzo della giurisprudenza di cogliere gli aspetti essenziali del fenomeno, ma anche per rendersi conto della varietà notevole della casistica.

In ogni caso, è quasi superfluo segnalare la gravità delle molestie sessuali nei luoghi di lavoro e la necessità di disporre di strumenti idonei a combatterle. Personalmente, non sono affetto dal mito della legge, anzi è mia ferma convinzione che la legge possa servire solo se accompagnata da trasformazioni della cultura, superamento dei pregiudizi, convinta e diffusa adesione a principi di civiltà, di tolleranza e di rispetto. Ma una disciplina normativa è necessaria, anche per l'importanza che ha sempre la legge, sul piano dei principi e della stessa formazione di validi giudizi di valore, diffusi nella collettività. Purtroppo, in certi casi, le leggi vanno avanti adagio, anche quando – come quella a cui si è accennato – non hanno connotati repressivi e mirano soprattutto alla prevenzione e al sostegno di chi ha il coraggio di denunciare i fatti che è stato costretto a subire. Va piano, purtroppo, anche la contrattazione collettiva, che spesso non

** [Presumibilmente Carlo Smuraglia si riferiva al molestatore.]

riesce ad andare oltre la giusta riaffermazione dei principi contenuti nelle raccomandazioni comunitarie; così come lentamente (molto lentamente) procedono i codici di comportamento nella pubblica amministrazione.

Tutto questo è un segno evidente di un'arretratezza culturale che non può non essere denunciata e che occorre superare rapidamente, se si concorda sulla necessità di garantire libertà, dignità e non discriminazione nei luoghi di lavoro. Né può addursi ancora una volta l'abusato argomento secondo cui occorre anche scoraggiare le accuse false o interessate, perché l'ordinamento appresta rimedi più che validi contro ipotesi del genere, sia in sede civile che in sede penale, e perché risulta concretamente, da tutti i dati disponibili, non solo in Italia, che la percentuale di denunce inventate è del tutto irrilevante rispetto alla percentuale assai alta di molestie effettive, in tutti i Paesi europei, che si aggira costantemente, nella media, intorno al 40-45 per cento. Del resto, un problema in qualche modo analogo fu sollevato al momento dell'approvazione della legge sulla violenza sessuale, da parte di chi tentava di esaltare le rare ipotesi di dimostrata fantasiosità, per i motivi più svariati, della denuncia. In realtà, sono argomenti per lo più pretestuosi, sulla base dei quali non è certo pensabile di ostacolare il cammino di una legge fondamentalmente giusta e che può essere assai utile per prevenire, piuttosto che favorire risarcimenti postumi.

6. Il «mobbing»

In qualche modo affine è, come si è già accennato, il problema del cosiddetto *mobbing*, che sta prospettandosi all'attenzione di studiosi ed esperti e della stessa giurisprudenza, anche se si sta rasentando, talora, il rischio di una sorta di moda.

In realtà si tratta di un fenomeno altrettanto grave e pregiudizievole di beni fondamentali della persona che lavora; un fenomeno che va dunque inquadrato in termini giuridicamente esatti e corretti e va considerato con estrema attenzione, al di là di ogni aspetto meramente divulgativo e di superficiale informazione.

Se è difficile la definizione delle molestie sessuali (resa possibile, nel citato disegno di legge, dall'ancoraggio al criterio della indesideratezza e al connotato sessuale), è ancora più complessa la definizione di un fenomeno così multiforme e variegato, al tempo stesso sfumato e inafferrabile, quando non si estrinseca in veri e propri atti e comportamenti facilmente individuabili come persecutori. Un recentissimo volume (Gilioli, *Cattivi capi, cattivi colleghi*) cerca, sia pure a livello divulgativo, ma improntato comunque a serietà e a correttezza, di fornire una informazione compiuta sul fenomeno, non solo riportando una significativa casistica, ma anche riferendo sul modo con cui la questione è stata inquadrata in altri Paesi e soprattutto in quelli scandinavi. Si è già detto della legge svedese del 1993 e dei suoi limiti; ma, a tutt'oggi, si tratta dell'unico vero intervento legislativo; negli altri Paesi si possono reperire, al più, norme di carattere generalissimo, che vietano molestie o comportamenti sconvenienti (Norvegia) o pressioni

psicologiche accompagnate da *surmenage*, responsabilità eccessive ecc. (Svizzera) oppure iniziative a livello di relazioni industriali che cercano timidamente di realizzare un primo approccio al problema.

In Italia, a quanto ci risulta, sono pendenti alcuni disegni di legge, sia al Senato (oltre a quello, citato, del senatore Tapparo e altri, c'è il disegno di legge 4313 del senatore De Luca) sia alla Camera (dove la proposta di legge 6410 dell'onorevole Benvenuto e altri è stata posta all'ordine del giorno dalla Commissione lavoro, ma con incerte prospettive, dato il notevole carico di lavoro della Commissione stessa, anche per proposte di legge pendenti da molto tempo). Tutti questi disegni di legge tentano di dare una definizione delle «violenze o persecuzioni psicologiche», ma con non poche difficoltà, puntano sulla prevenzione e sull'informazione, dettano procedure veloci anche in sede giudiziaria, prevedono una tutela contro gli atti discriminatori e di ritorsione, mutuando alcuni istituti dal testo relativo alle molestie sessuali. Quanto alla giurisprudenza, è ancora presto perché ve ne sia di veramente rilevante e consolidata. Alcuni casi sono arrivati anche alla Corte di Cassazione, ma il problema era affrontato in via indiretta e non sempre con l'impegno necessario. Significativa la sentenza 7116 del 25 giugno 1997 della Sezione lavoro della Corte di Cassazione, che prende in considerazione concetti come quello di danno alla personalità nel senso di mortificazioni o umiliazioni alla personalità morale del lavoratore, ma solo per escludere che si possa dare luogo, in tale ambito, al risarcimento di un danno economicamente valutabile. In altra decisione, sempre della Sezione lavoro della Cassazione (n. 176/99), si fa espresso riferimento al *mobbing*, ma in realtà il tema specifico è quello delle molestie sessuali, considerato come comportamento tra i più detestabili e tale da compromettere la personalità morale e la stessa integrità psicofisica dei prestatori d'opera subordinati. In questa sentenza è contenuto anche un puntuale riferimento all'art. 2087 cod. civ. e un'attenta considerazione delle lesioni ai beni primari della salute per le quali è ravvisata la responsabilità del datore di lavoro, a condizione che sia accertata la sussistenza del nesso causale tra il comportamento denunciato e il pregiudizio.

Più specifica e puntuale è la sentenza 6 novembre 1999 del pretore di Torino, che compie un'ampia e accurata analisi del fenomeno, [che] afferma – nel caso di specie – la responsabilità del datore di lavoro e ravvisa il danno biologico nel profondo turbamento subito dalla lavoratrice interessata, a seguito delle prevaricazioni subite, al punto da far riscontrare una sindrome depressiva reattiva.

Altre informazioni e un'ampia casistica possono ricavarsi da uno dei non molti saggi dedicati all'argomento in termini giuridici (Matto, *Il mobbing tra danno alla persona e lesioni del patrimonio professionale*). L'Autore tenta un inquadramento giuridico dei vari comportamenti inseribili sotto la nozione di *mobbing* e propone di considerare come strumento di difesa l'utilizzo combinato degli strumenti giuridici forniti dagli artt. 2087 e 2103 cod. civ. La prospettazione è interessante, anche perché si tratta di contrastare comportamenti rispetto ai quali, come

anche altri Autori hanno rilevato, «de tecniche tradizionali di tutela si mostrano inadeguate». In effetti, il ricorso a questi strumenti appare più consono a condotte tipiche, incidenti direttamente sulla professionalità del lavoratore e in genere sulla sua posizione nell'ambito del rapporto di lavoro.

Più delicato e complesso è il problema quando i comportamenti persecutori sono meno diretti e «tipici», e tuttavia incidono sulla persona del prestatore, ledendone potenzialmente i valori e i contenuti essenziali, così come più volte ricordati. È ben vero che anche in questo caso si può parlare della lesione di una posizione sostanziale del lavoratore nel rapporto di lavoro (che è complesso e non è limitato al fascio reciproco di obbligazioni a contenuto economico), così come è certo che a buon diritto si potrebbe far ricorso ai canoni della correttezza e della buona fede. Ma la verità è che in ogni caso sussistono problemi di notevole gravità per la dimostrazione in concreto dei comportamenti persecutori o vessatori e del nesso di causalità tra tali comportamenti e i loro effetti (eventualmente anche psichici), anche perché la fantasia di chi ricorre a questo sistema è ricchissima e non sempre facilmente prevedibile e riscontrabile in tutti i suoi risvolti.

Potrebbe dunque essere opportuna e utile una legge; ma è chiaro che l'intervento del legislatore dovrebbe essere improntato a estrema cautela, in relazione alle note difficoltà definitorie e probatorie e anche in rapporto all'estrema varietà dei comportamenti. Il legislatore potrà dunque cercare di formulare una prima definizione del fenomeno, senza pretendere di incasellarlo in modo rigido e potrà correttamente individuare strumenti di prevenzione e informazione e procedure rapidissime di accertamento. Al momento, sarà difficile andare oltre, anche per la novità (relativa) del fenomeno e per un'oggettiva necessità di piena conoscenza di tutti i suoi aspetti.

Nel frattempo, converrà fare riferimento soprattutto alla giurisprudenza, ormai piuttosto diffusa, in tema di dequalificazione. Si tratta di decisioni di giudici di merito, ma anche di giudici di legittimità, che censurano il comportamento di datori di lavoro che ritengono di utilizzare come strumento sanzionatorio un preteso *ius variandi in peius*, peraltro vietato sia dall'art. 2103 cod. civ. che dall'art. 7, comma 4, della legge 300/1970 (Trib. Torino 16 settembre 1998); che affermano che l'attribuzione a un lavoratore di mansioni inferiori rispetto a quelle spettanti determina sia un pregiudizio economico che un pregiudizio morale, anche sotto il profilo della svalorizzazione complessiva delle prestazioni che il lavoratore può offrire sul mercato del lavoro (Cass. civ., Sez. lav., 2 febbraio 1998, n. 1021); che ritengono legittimo l'ordine di reintegrazione nelle mansioni di spettanza o equivalenti, qualora vi sia stata assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori (Cass. civ., Sez. lav., 29 settembre 1998, n. 9734); che ritengono illegittima l'assegnazione a mansioni che impoveriscano il patrimonio professionale del lavoratore e comportino un danno alla sua immagine professionale, compromettendo le opportunità di lavoro, e quindi riconoscendo

il diritto al risarcimento del danno alla professionalità, valutato in via equitativa (Pret. Milano 9 aprile 1998); che considerano la sottoutilizzazione del lavoratore rispetto alle mansioni a lui spettanti, come costitutiva di un danno personale, irreparabile, alla dignità, all'immagine, all'estimazione (Pret. Cagliari 4 giugno 1996). In diversi casi, si è ritenuto applicabile l'art. 700 cod. proc. civ., trattandosi di «pregiudizio grave e irreparabile» (Trib. Roma 3 aprile 1996). In altri, nel determinare il danno da dequalificazione, in via equitativa, si è affermata anche la necessità di tenere conto del danno biologico, sia pur ponendo l'onere della prova del medesimo a carico del lavoratore (ad esempio, Cass. civ., Sez. lav., 13 agosto 1991, n. 8835).

La giurisprudenza è assai più ampia di quella richiamata e, naturalmente, non è detto che sia riferibile sempre a casi di vero e proprio *mobbing*, per il quale possono occorrere anche presupposti di maggior intensità e continuità. Tuttavia, la scelta che si è fatta a titolo puramente indicativo ed esemplificativo, dà ragione dell'attualità e della delicatezza del problema, anche sotto questo profilo.

7. Diritto alla salute e danno psichico

Una tematica che merita particolare attenzione è quella relativa a una particolare prospettazione del diritto alla salute e della risarcibilità del cosiddetto *danno psichico*.

È stato giustamente osservato che quando si è fatto riferimento all'art. 2087 cod. civ., anche per ciò che attiene alla prima parte, si è in generale dedicata attenzione soprattutto all'integrità fisica, riferita al corpo e ai possibili rischi cui esso è sottoposto nell'attività lavorativa. E si è detto che perfino nella contrattazione collettiva e nell'attività sindacale, il diritto alla salute è stato sempre inteso in questo contesto sostanzialmente restrittivo, non considerando invece tutto ciò che riguarda la mente e più concretamente la condizione psicologica e mentale del soggetto.

Si tratta, chiaramente, di una carenza grave e che solo in poche occasioni si è cercato di colmare e recuperare. Infatti, il concetto di salute non può che essere globale e deve necessariamente comprendere tutto ciò che attiene a una condizione di «normalità» del soggetto. Non c'è ragione, dunque, di distinguere tra integrità fisica corporea e integrità mentale, se non per il fatto che le lesioni di quest'ultima sono meno afferrabili, se non sfociano in una situazione patologica acclarata e chiaramente considerabile come malattia mentale. Anche in quest'ultimo caso, non mancano i problemi, soprattutto sul piano probatorio, per ciò che attiene al nesso di causalità, trattandosi non di rado di più cause concorrenti e dovendosi verificare quali e quante condizioni predisponenti o determinanti siano ascrivibili all'attività lavorativa.

Ma l'ipotesi più complessa – e in un certo senso più interessante, per i profili che si stanno considerando in questa sede – è quella della lesione dell'integrità

fisica sotto il profilo di un danno psichico non inquadrabile immediatamente come una delle classiche patologie mentali. Si tratta, cioè, di tutto quel complesso di turbe di carattere nevrotico, di menomazioni a carattere più squisitamente psicologico, che vanno al di là del disagio o del disturbo di tipo esistenziale, per sconfinare in vere e proprie forme patologiche, ancorché non di tipo «tradizionale».

In passato, si è cercato di contestare l'opportunità di considerare anche queste situazioni, sotto diversi profili: anzitutto, in relazione alla loro inafferrabilità; in secondo luogo, ritenendosi di dover negare rilevanza all'ambiente di lavoro come causa efficiente della lesione psichica; infine in considerazione del fatto che non si tratterebbe di vere e proprie malattie, nel senso classico della parola. In realtà, che ci siano dei problemi per individuare in concreto le cause di turbe psicologiche, è evidente, risultando non sempre agevole distinguere tra le condizioni predisponenti che si verificano fuori dal luogo di lavoro oppure derivano addirittura da fatti congeniti e le condizioni determinate dallo svolgimento dell'attività lavorativa. Ma questo è – semmai – un problema probatorio, da risolvere secondo le normali regole, senza peraltro che ciò possa minimamente incidere sulla problematica in sé, che certamente non può essere messa da parte solo perché si prospettano difficoltà di accertamento.

Quanto al fatto che non si tratti di vere «malattie», questo assunto deriva da concezioni antiquate, secondo le quali la malattia mentale è solo quella studiata e valutata dalla psichiatria, in qualche modo «misurabile» e rientrante nelle definizioni classiche dell'Organizzazione mondiale della sanità. In epoca più recente, gli studi più aggiornati hanno dimostrato che disturbi psicologici possono assurgere al livello di vere e proprie situazioni patologiche o di processi patologici. Naturalmente, si tratterà di non arrestarsi ai fenomeni soggettivi o alle sintomatologie equivocate o rivelatrici, al più, di fenomeni di ipersensibilità. Il dato patologico va colto nella sua interezza, nella sua idoneità a ledere concretamente l'integrità fisica (globalmente intesa) di un soggetto. In questo modo, ad esempio, lo *stress* ha finito per entrare negli studi di medicina e, per quanto ci interessa, negli studi di medicina del lavoro, come un fenomeno di particolare rilevanza, fonte di vere e proprie malattie e causa frequente di assenteismo, certamente non di comodo.

Spesso, alla radice di questi fenomeni, c'è la stessa organizzazione del lavoro, ponendosi come causa determinante dello *stress*: la faticosità, la ripetitività, i ritmi di lavoro eccessivi, la mancanza di pause adeguate nei lavori monotoni, sono spesso causa di infortuni; ma altrettanto spesso sono alla base di un disadattamento, di un affaticamento mentale, che può trasformarsi con facilità in una vera turba mentale. Ma accanto a questa, ci sono altre cause in qualche modo meno afferrabili, ma talora addirittura determinanti: la dequalificazione, la mancanza di opportunità di sviluppo professionale, il lavoro svolto in ambiente ostile, la sottoposizione a persecuzioni o molestie, e così via, sono altrettanti fattori

di danno psichico. Gli studiosi americani collocano da tempo fra questi fattori, per le lavoratrici, il doppio lavoro, le difficoltà di carriera, la segregazione; e dimostrano, con studi scientificamente validi, che da questi fattori non derivano solo fastidi, ma spesso vere e proprie malattie.

Ma c'è ancora di più: in molti casi, in cui ci si occupa soprattutto delle lesioni all'integrità fisica (corporea) emergono anche danni di altro tipo, essenzialmente di tipo psichico. Basta fare due esempi: quello dei rumori, di solito considerati solo sotto il profilo del danno uditivo, quando eccedono i limiti consentiti, e invece non di rado sono all'origine anche di disturbi psichici; e quello dei videoterminali, abitualmente considerati sotto il profilo del possibile danno all'apparato scheletrico-vertebrale o del danno visivo, mentre – altrettanto spesso – possono essere fonte di *stress* (o di *distress*, come taluni preferiscono definirlo).

Le rare occasioni in cui la giurisprudenza ha avuto occasione di occuparsi di queste tematiche sono significative dell'incertezza che tuttora domina il campo, e non solo per ragioni attinenti alle difficoltà probatorie di cui si è detto. In una non recente decisione (20 dicembre 1986, n. 7801), la Sezione lavoro della Corte di Cassazione ha escluso la responsabilità per danni alla salute psichica di un lavoratore, ancorché i periti avessero accertato la sussistenza del nesso di causalità materiale tra la sindrome psiconevrotica a sfondo irreversibilmente ipocondriaco riscontrata nel lavoratore e l'atteggiamento aziendale negativo e indifferente a fronte di richieste giuste, in considerazione della eccezionalità e dell'assoluta imprevedibilità di tali conseguenze per effetto dell'inadempienza datoriale. In realtà una decisione del genere è dimostrativa proprio delle difficoltà culturali a cui si è fatto cenno più volte: se infatti era dimostrata, in sede medica, l'esistenza di una vera e propria patologia e se ne era accertato il nesso causale con il comportamento dell'azienda, non si sarebbe dovuto cercare altro per riconoscere la risarcibilità del danno. Dalla massima, infatti, risulta che si era trattato di un sistematico disconoscimento del diritto a inquadramento superiore, contrattualmente corrispondente alle mansioni svolte. Ora, che tutto questo possa provocare mortificazione, amarezza, frustrazione, dolore e disadattamento, e che questi fattori possano essere causa di vere e proprie turbe psichiche è tutt'altro che imprevedibile ed estraneo rispetto a una «normale» serie causale. Ben diversa ci appare l'impostazione di una più recente sentenza del pretore di Milano (14 dicembre 1995, pretore Santosuosso), secondo la quale «il danno psichico puro, anche quando non rientri nella categoria propria della nosologia psichiatrica, come nell'ipotesi di disagio nevrotico con nuclei di somatizzazione, è comunque un danno risarcibile in quanto lesivo del diritto alla salute». Nella motivazione il pretore coglie tutta l'evoluzione del concetto di patologia e di salute, concludendo che non è più proponibile l'idea di malattia definita sulla base di parametri esclusivamente fisici, ché anzi esiste un'autonoma dimensione della salute psichica.

Hanno ragione quegli Autori che lamentano che troppo scarsa attenzione sia stata dedicata a queste tematiche, spesso affrontate con superficialità o scavalcate con disinvoltura.

In realtà esse hanno notevolissimo rilievo sempre al fine di meglio definire i contenuti dei diritti personali come quello della salute, in stretto collegamento con la stessa organizzazione del lavoro. E quindi attengono strettamente al nostro tema, al di là di ogni difficoltà di prova e assai a monte della problematica relativa ai criteri di valutazione e riparazione del danno. Anche in questo caso, infatti, ciò che occorre è prevenire, eliminando anche questo tipo di fattori di rischio, come del resto esige il chiaro disposto dell'art. 2087 cod. civ., ove lo si intenda nella sua compiutezza e la sua accezione più moderna.

8. Tossicodipendenza, Aids e lavoro

Un interesse particolare va dedicato a un gruppo di problemi relativi a situazioni in cui vengono in gioco diritti dei singoli, ma spesso si prospettano anche potenziali conflitti con altri diritti e altre esigenze. E la ricerca della soluzione più equa, in questi casi non è sempre agevole.

Un primo problema si è posto a riguardo dei lavoratori tossicodipendenti. La legge 26 giugno 1990, n. 162, e il successivo d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, hanno disciplinato la materia, preoccupandosi di conciliare le varie esigenze, comprese quelle della sicurezza, incolumità e salute dei terzi, ma salvaguardando comunque i diritti fondamentali del lavoratore interessato. Quest'ultimo non può essere sottoposto ad accertamenti e trattamenti lesivi della sua personalità e dei suoi diritti. Ma lo sforzo maggiore è diretto a favorirne il recupero, offrendogli la possibilità di accedere a programmi terapeutici o di riabilitazione, conservando il posto di lavoro per il tempo necessario allo svolgimento del programma, nel limite del triennio. È altresì previsto il finanziamento di progetti per l'occupazione di tossicodipendenti che abbiano completato il programma terapeutico e vogliano cercare di inserirsi nel mondo del lavoro. In sostanza, con le norme a tutela della sicurezza degli altri lavoratori e con la speciale disciplina promozionale, di cui si è detto, si cerca non solo di conservare per il tossicodipendente una possibilità di lavoro, ma anche di favorirne il reinserimento nella «normalità», proprio attraverso lo strumento del lavoro. Significativo è il fatto della conservazione del posto di lavoro, solitamente riservata a situazioni di necessità «esterne» rispetto alla volontà del lavoratore. Naturalmente, il problema ha anche delle sfaccettature assai complicate perché il periodo di aspettativa non è retribuito e non giova ai fini dell'anzianità, salvo più favorevoli trattamenti previsti dai contratti collettivi. Ma è logico che non si possa porre a carico del datore di lavoro un onere sociale così rilevante, al di là della conservazione del posto; semmai dovrebbe intervenire l'assistenza pubblica, per garantire la sopravvivenza di chi sta cercando di uscire da un *tunnel* terribile senza perdere il lavoro.

Tutto questo è importante, non solo perché il fenomeno è tutt'altro che di modesta portata ma anche perché una parte della dottrina ritiene che la disciplina suindicata sia applicabile anche ai lavoratori alcolisti, che certamente non sono pochi.

Tutta questa tematica ha riproposto all'attenzione la questione del diritto alla salute, in senso globale, il problema della definizione dello stato di malattia (si è discusso, infatti, sulla possibilità di applicare l'art. 2110 cod. civ. alla tossicodipendenza) e quello relativo all'utilizzo della capacità lavorativa di persone affette da un «male» come la tossicodipendenza, ma disponibili a indirizzare i propri sforzi al recupero.

Tutte tematiche che non possono essere sviluppate in questa sede, ma che rilevano al fine di dimostrare quali e quanti problemi relativamente nuovi si pongano sul piano della tutela dei diritti fondamentali, in una società che cambia e nella quale avanzano fenomeni e (forse) patologie astrattamente non conciliabili col lavoro ma che invece possono essere trattate a livello di recupero, totale o parziale, della persona che ne è affetta e svolge attività lavorativa.

Un solo cenno va fatto alle modalità di contemperamento dei diritti dei lavoratori in questione con quelle degli altri e con gli interessi dello stesso datore. Si è visto che la legge si preoccupa di evitare che il lavoratore tossicodipendente produca rischi per la sicurezza e l'incolumità di terzi; e in tal caso sono previsti accertamenti preventivi e periodici, in relazione alle specifiche mansioni cui il lavoratore è o dovrebbe essere adibito. Ma la legge si preoccupa anche dell'ipotesi in cui lo stato di tossicodipendenza intervenga durante il rapporto e prevede che il datore di lavoro faccia cessare l'espletamento delle mansioni da cui possono nascere pericoli. Ma proprio in questo caso si pone un delicato problema circa la sorte del lavoratore. Si discute se il datore possa procedere al licenziamento oppure debba compiere ogni sforzo per adibire il lavoratore ad altre mansioni, non pericolose e compatibili con le sue condizioni. La legge tace, ma tutto ciò che si è detto finora comporterebbe come logica conseguenza l'adozione della seconda soluzione prospettata, proprio perché sono in gioco diritti fondamentali ed essi vanno tutelati con ogni mezzo, ovviamente compatibile con l'organizzazione del lavoro e con gli interessi dell'impresa. Tanto più che, se il progetto fondamentale dell'ordinamento è quello del recupero, il licenziamento non sarebbe altro che un modo per facilitare la precipitazione definitiva nell'abisso.

In qualche modo collegata al tema accennato, è la problematica relativa ai lavoratori ammalati di Aids. Fenomeno, questo, meno diffuso in linea di principio, ma collegato alla questione dei lavoratori tossicomani perché il dato statistico dimostra che tra i consumatori di droga è alta la percentuale di coloro che si ammalano di Aids. Il tema è, in questo caso, ancora più complesso, perché la semplice parola Aids suscita preoccupazione e angoscia e in alcuni repulsione e timori, spesso infondati. D'altro lato, i valori da considerare sono

molteplici e qualche volta confliggenti fra loro: se è giusto e doveroso salvaguardare i cittadini (i compagni di lavoro dell'ammalato o gli estranei con cui egli viene a contatto per ragioni di lavoro), non per questo possono essere sacrificati fondamentali diritti come quello alla *privacy* e alla dignità personale del lavoratore interessato. È per questo che la legge vieta accertamenti sanitari, anche in fase di assunzione, senza il consenso dell'interessato e vieta altresì atti discriminatori da parte del datore di lavoro nel corso del rapporto di lavoro. Tuttavia, garantito il riserbo e tutelati i diritti fondamentali del lavoratore ammalato di Aids e assicurata l'impossibilità del contagio, problemi particolari si pongono per coloro che sono addetti a strutture sanitarie, perché in questo caso – invece – vi è la necessità assoluta di tutelare i terzi. E se non si vogliono adottare accertamenti obbligatori e anche al di là del consenso, l'unica soluzione prospettabile sarebbe quella di inibire al sieropositivo l'accesso ad attività e mansioni da cui possano scaturire rischi di contagio non diversamente fronteggiabili.

Nell'ambito della stessa Comunità Europea sono state assunte posizioni – anche nella giurisprudenza degli organi comunitari – di legittimazione perfino dell'esclusione dell'accesso al lavoro di individui sieropositivi, non solo in relazione alla possibilità di contagio, ma addirittura a causa di una probabile incapacità lavorativa futura. Singolari orientamenti come quello citato, dimostrano quanto la questione sia complessa e quanta strada si debba ancora percorrere, sul piano normativo ma anche sul piano culturale, per reperire soluzioni che – salvaguardando i terzi – consentano anche di salvaguardare i diritti fondamentali di chi ha contratto la terribile malattia. Non a caso un Autore (Aimo, *Aids e lavoro alla luce della recente giurisprudenza italiana e comunitaria*) ha affermato che il problema dell'Aids è uno di quelli che «mettono in crisi i diritti fondamentali». C'è del vero in questa preoccupata affermazione: quanto meno nel senso che non è facile tutelare l'individuo, in questi casi, perfino nei confronti della cultura dominante. E non è facile, hanno sostenuto altri Autori, trovare soluzioni legislative appaganti e addirittura raggiungere certezze su temi così delicati, che si pongono in termini radicalmente nuovi e nei quali la tematica del temperamento va affrontata con estrema serietà e col fermo impegno di sacrificare il meno possibile i diritti di ciascuno. In questo contesto, nel quale vengono chiamati in causa il legislatore, la pubblica amministrazione, l'organizzazione sanitaria e così via, non va dimenticato il complesso di doveri a carico del datore di lavoro e in particolare di quelli che nascono dall'art. 2087 cod. civ.; ma è ovvio che anche su questo piano si renderà necessaria una rivisitazione dell'obbligo di sicurezza proprio perché se da un lato il datore deve imporre l'osservanza di regole per evitare rischi per la salute e la sicurezza di tutti, per altro verso ciò non può avvenire senza garantire anche la tutela del diritto al riserbo, alla *privacy* e alla dignità di altri lavoratori e particolarmente di quelli che sono più direttamente (e tristemente) coinvolti.

9. Lavoratori transessuali e omosessuali

Un rapido accenno occorre fare ad altre questioni non tanto nuove in sé quanto contrassegnate dal fatto di essere emerse alla luce da un silenzio e da un riserbo che probabilmente duravano da molto tempo.

Si tratta delle questioni attinenti ai lavoratori transessuali e omosessuali, che hanno cominciato a formare oggetto di qualche pronuncia giurisprudenziale, quanto meno a livello comunitario.

È il caso di richiamare qui due decisioni, che riguardano rispettivamente il primo e il secondo gruppo e meritano attenzione anche per la singolarità dei casi presi in considerazione.

La prima decisione è della Corte di Giustizia Cee (30 aprile 1996, causa C-13/94) e affronta il caso del licenziamento di un dipendente di un ente di istruzione allontanato dal posto di lavoro per essersi sottoposto all'operazione chirurgica che lo aveva fatto diventare donna. L'assunto del licenziato era di essere vittima di un atto di discriminazione basato sul sesso. La Corte di Giustizia, rifacendosi alla Direttiva del Consiglio del 9 febbraio 1976 relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne nel lavoro, conclude che il licenziamento di un transessuale per motivi connessi al mutamento di sesso non è legittimo proprio perché esso viene meno alla regola della non discriminazione in ragione del sesso, sancita appunto dall'art. 5, n. 1, della Direttiva. Questa decisione è stata commentata favorevolmente, osservandosi che essa fornisce un'interpretazione più che estensiva, evolutiva, del principio di uguaglianza e di non discriminazione. Ma ciò che più conta ai nostri effetti è il fatto che la Corte di Giustizia parte dalla premessa che la *ratio* che sta alla base della discriminazione fondata sul sesso è la stessa che giova a risolvere il problema dell'eventuale discriminazione che ha origine dal mutamento di sesso. In questo caso, dice la Corte, consentire il licenziamento significherebbe consentire per la persona che ha cambiato sesso un trattamento deteriore rispetto alle persone del sesso cui apparteneva prima dell'operazione. È assai importante l'affermazione di principio che ne consegue: «Il tollerare una discriminazione del genere equivarrebbe a porre in non cale, nei confronti di siffatta persona, il rispetto della dignità e della libertà al quale essa ha diritto e che la Corte deve tutelare».

La seconda decisione che intendiamo considerare è quella della Corte di Giustizia del 17 febbraio 1998, in causa C-249/96. La questione presa in considerazione era singolare: una dipendente invoca nei confronti del suo datore di lavoro una norma del contratto di lavoro che assicura alcune agevolazioni di viaggio non solo ai dipendenti, ma anche ai coniugi e alle persone a carico; ma la invoca per ottenere l'agevolazione per la propria «compagna». Il datore di lavoro resiste sostenendo che le agevolazioni di viaggio richieste sulla base di un rapporto non matrimoniale potevano essere concesse solo per un compagno di sesso opposto. La Corte di Giustizia finisce per dargli in sostanza ragione,

affermando che non si tratta di una discriminazione vietata. Tutto ciò nel presupposto che «allo stato attuale del diritto nella Comunità, le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni fra persone coniugate o alle relazioni stabili fuori del matrimonio tra persone di sesso opposto». Semmai, dice la Corte di Giustizia, spetterà al legislatore provvedere in senso diverso; ma nel frattempo il datore di lavoro non è tenuto a comportarsi come se una relazione stabile con persone dello stesso sesso fosse equiparabile a quella di persona che abbia analoga relazione, ma con persona di sesso opposto. Due decisioni, dunque, delle quali una molto evolutiva e un'altra piuttosto chiusa e formalistica. Anche se, a stretto rigore, è solo la prima che rileverebbe ai fini delle riflessioni che stiamo svolgendo, investendo il problema della discriminazione operata con un licenziamento; tuttavia si è voluto richiamare anche la seconda solo per sottolineare quanto siano delicati i problemi che si pongono, e sempre più si porranno, in relazione a costumi diversi dal passato, soprattutto nel senso che si ritiene di aver diritto anche a rappresentare pubblicamente situazioni che un tempo venivano accuratamente nascoste. Come queste situazioni possano prospettarsi nell'ambito dei rapporti di lavoro, è abbastanza facilmente intuibile; tuttavia, appare già certo che anche esse dovranno essere tutelate, attenendo pur sempre a diritti della persona, come peraltro è stato giustamente riconosciuto dalla prima delle due decisioni richiamate.

10. Immigrazione e lavoro

Abbiamo accennato, all'inizio, al fenomeno dell'immigrazione e ai suoi effetti sui rapporti di lavoro, soprattutto per ciò che attiene alla complessità dei diritti dell'immigrato in regola, che lavora. Un tempo si pensava che il diritto del lavoro dovesse restare estraneo alla tematica dell'immigrazione; poi si è visto che ciò non è possibile, non solo perché si pongono continuamente problemi in concreto di tipo lavoristico, ma anche perché si è giustamente osservato che il diritto del lavoro è destinato a diventare «uno degli snodi fondamentali dell'itinerario fra immigrazione e cittadinanza» (Lo Faro, *Immigrazione, lavoro e cittadinanza*).

In linea di principio, infatti, il diritto del lavoro si pone addirittura a monte dei problemi relativi alla cittadinanza e come tale può e deve fornire importanti risposte ai numerosi interrogativi che il fenomeno pone nella sua complessità.

Ma poi è del tutto evidente che la tipica e abituale marginalizzazione degli immigrati sul mercato del lavoro pone altri problemi non solo sul piano economico ma anche su quello giuridico, se non altro perché la marginalizzazione sconfina facilmente nella discriminazione, che pure numerose norme del nostro sistema tendono a vietare. Rispetto ai fenomeni classici della discriminazione nell'accesso e nelle condizioni di lavoro, si è andata facendo strada, sempre più concretamente, la nozione di discriminazione indiretta. E proprio a essa si

ricollegano molte delle concrete applicazioni, che peraltro assai raramente riescono a essere considerate dalla giurisprudenza. In realtà è più agevole cogliere elementi di qualificazione della discriminazione indiretta nella normativa e nella giurisprudenza relative alla discriminazione fondata sul genere. Ma la casistica si va arricchendo anche sul piano che stiamo considerando, sia per ciò che attiene alle modalità «informali» di assunzione, sia per quelle pratiche, ampiamente seguite da non pochi imprenditori che privilegiano i soggetti da assumere sulla base di rapporti familiari, di rapporti di amicizia o addirittura di favore. Il che è, ovviamente, fonte di squilibri e discriminazioni quanto meno indirette. Così come sembra, dai dati che cominciano a emergere, che altri fattori di discriminazione passano attraverso il lavoro interinale, seguendo un *iter* già noto ad altri Paesi europei. Ma le forme della discriminazione sono molteplici e tendono a svolgersi soprattutto nell'ambito dei rapporti a causa mista o di quelli dotati di peculiarità strutturali rispetto ai modelli più classici.

Naturalmente, sono fenomeni che, come si è accennato, ben di rado riescono a emergere, sul terreno sindacale e anche sul terreno giudiziario. Le ragioni di questa difficoltà sono del tutto evidenti. Gli immigrati trovano maggiori difficoltà a organizzarsi, anche sindacalmente; e difficilmente trovano la forza di agire in giudizio, per ragioni economiche, ma anche di opportunità. È ovvio che il problema si pone non già per gli immigrati che svolgono lavori per i quali c'è molta richiesta e pochi aspiranti, proprio in relazione alla natura di questi lavori, alla loro faticosità, ai rischi che essi comportano. In questi casi, infatti, vi è un interesse anche del datore di lavoro addirittura a mantenere un rapporto; tant'è che in alcune zone del Paese in cui si verificano situazioni del genere sono gli stessi imprenditori a occuparsi – con gli enti locali – del problema della casa per questi lavoratori. A maggior ragione non si pongono problemi di discriminazione. Ma in tutti gli altri casi (e sono i più) il soggetto «debole» e per di più considerato «diverso» per cultura, tradizione, religione, abitudini, è destinato a subire discriminazioni dirette o indirette.

Come combatterle e come far valere, anche per questi lavoratori, i diritti fondamentali è problema che riguarda non solo i rapporti di lavoro ma anche e soprattutto l'intera società. Ed è probabile che anche in questo caso non bastino i divieti o la riaffermazione di obblighi, ma occorra formare una cultura della non discriminazione, incentivando e in qualche modo sostenendo e premiando chi l'applica in concreto.

11. Abbigliamento e aspetto fisico del lavoratore

Per passare a tematiche un po' meno dolorose rispetto a quelle già considerate, c'è tutta una problematica relativa all'aspetto del lavoratore e al suo modo di vestire, naturalmente sul lavoro. Non c'è dubbio, in linea di principio, che il lavoratore ha diritto a essere se stesso e ad atteggiarsi come ritiene opportuno,

sia per quanto riguarda l'aspetto fisico sia per ciò che attiene all'abbigliamento. Non attenendo tutto questo alla obbligazione di lavoro, è chiaro che il datore non può limitare questo tipo di diritti con l'esercizio del suo potere direttivo. Anzi, in epoca più recente, non solo in Italia, ma in tutto il mondo, si è andata facendo strada una rivendicazione di libertà in questa direzione, che ha finito talvolta per travolgere i più rigorosi imprenditori o dirigenti di uffici, che hanno dovuto tollerare abbigliamenti più liberi e spregiudicati (negli Usa particolarmente il venerdì, a quanto riferiscono le cronache) e comportamenti privi di inibizione. Tuttavia il problema non è così semplice, come si vorrebbe sostenere, tant'è che di esso in varie occasioni si è dovuta occupare la giurisprudenza; e non sono mancate le occasioni per un approfondimento anche da parte della dottrina.

Ci sono stati, nell'esperienza pratica, e sono finiti poi nelle aule giudiziarie, casi anche clamorosi: la dipendente che si presenta con una minigonna vertiginosa, suscitando attenzioni e «distrazioni» da parte dei colleghi di lavoro e il superiore gerarchico la richiama pubblicamente invitandola ad adottare un abbigliamento più castigato; il cameriere che si presenta in un ristorante con un taglio di capelli caratterizzato da una vistosa orlatura e richiamato all'ordine; il dipendente che si presenta in servizio in pantaloni corti o addirittura in canottiera; il lavoratore licenziato per giusta causa perché indossava un cappello alla messicana e una stella da sceriffo; e così via. In altri casi, sono gli stessi ordini di servizio a essere contestati, come quelli che impongono alle lavoratrici di indossare la gonna e non i pantaloni o di portare scarpe con i tacchi alti. In discussione anche la pretesa da parte del datore di lavoro che le dipendenti che devono lavorare in una discoteca o in un bar indossino abiti particolarmente succinti.

Ora, se non si può parlare di un diritto all'abbigliamento o all'aspetto fisico, è certo che esiste un diritto all'autodeterminazione e in qualche modo all'identità, a essere cioè se stessi, atteggiandosi come si ritiene opportuno. Ciò vale, in linea di principio, anche per il luogo di lavoro. C'è, peraltro, un problema di limiti, che si pone almeno in tre ipotesi: quando l'esercizio del potere direttivo confligge con la morale e con il diritto al riserbo; quando è la stessa natura della prestazione a richiedere (nell'interesse della salute e della sicurezza anche di terzi) un determinato abbigliamento; quando, infine, la particolare natura dell'impresa richiede comportamenti, modi di vestire, aspetti fisici consoni appunto a un assetto complessivo del luogo di lavoro in corrispondenza a determinati canoni.

Nel primo caso, appare evidente che il potere direttivo non può fungere da limite al diritto degli interessati, per il semplice fatto che la pretesa è in sé illegittima e in ogni caso lesiva di interessi e diritti collegati alla personalità di chi lavora. Nella seconda ipotesi, invece, il limite c'è, proprio per la necessità di contemperamento con i diritti altrui (è il caso del cuoco di un ristorante a cui si richiede di indossare un abito diverso da quello con cui esce o di usare un cappello per evitare la caduta dei capelli nei piatti). L'ultimo è quello, in qualche

modo più delicato, perché il conflitto è con l'interesse dell'impresa o dell'ufficio ed esso potrebbe risolversi, sul piano del bilanciamento degli interessi, a favore dei diritti fondamentali dell'individuo. Ma la verità è che, in alcune di queste ipotesi, l'obbligazione di assumere un determinato assetto esteriore finisce per entrare nello stesso fascio di obbligazioni del rapporto di scambio, perché in qualche modo fa parte della prestazione.

Difficile sostenere che una *hostess* di volo può vestire come crede, se nella natura della prestazione rientra anche un determinato aspetto e un determinato modo di indossare una divisa, diversa a seconda della compagnia aerea a cui appartiene e dunque in certa misura caratterizzante il rapporto.

Altrettanto difficile negare che in determinati uffici in cui c'è contatto con il pubblico e in cui l'immagine del lavoratore, in qualche modo, si fonde con quella dell'organizzazione per cui lavora, si possa esigere almeno un abbigliamento corretto.

Ma più in là di questo è da ritenere che non si possa andare.

L'insegnamento della Corte di Cassazione sembra andare in questa direzione quando afferma (9 aprile 1993, n. 4307) che «l'uso aziendale non può estendere la propria efficacia fino a ricomprendere comportamenti che non incidano sull'esplicazione della prestazione lavorativa, salvo i casi eccezionali di espressa previsione di particolari forme di vestiario rese obbligatorie per ragioni produttive o di immagine. Al di fuori di queste ipotesi, la libertà di abbigliamento non trova altro limite se non nelle norme giuridiche o nelle regole sociali dalle prime richiamate o presupposte, ovvero in clausole pattizie». Nella specie, si trattava del caso di un lavoratore che si era presentato al lavoro in pantaloni corti, assoggettato a sanzione disciplinare e poi licenziato. I giudici di merito e la stessa Corte di legittimità ritennero che il datore di lavoro non potesse imporre l'uso di pantaloni lunghi e colsero l'occasione per affermare alcuni principi molto importanti. Partendo da queste premesse, un'attenta dottrina ha compiuto un analitico esame delle varie fattispecie, ribadendo la validità del principio di autodeterminazione e individuandone i limiti, tutti contrassegnati da eccezionalità, da ragioni obiettivamente giustificate o da patti espliciti. L'A. (Bellavista, *Abbigliamento del dipendente e poteri del datore di lavoro*) fa riferimento, fra i limiti, alla possibilità di proibire alle maestranze determinati abiti o accessori quando essi siano in grado di mettere a repentaglio la sicurezza; e richiama anche la possibilità di imporre un determinato abbigliamento quando ciò sia necessario per l'adempimento delle mansioni affidate, ma sempre nell'ambito di una stretta connessione con i fini che possono giustificare la direttiva. Insomma, l'interesse del datore non basta; occorre anche che esso sia giustificato dallo stesso collegamento con i fini perseguiti dall'impresa e con la stessa natura della prestazione richiesta. Ogni altra pretesa sarebbe lesiva dei fondamentali diritti più volte richiamati e rappresenterebbe un uso del potere direttivo estraneo alla struttura del rapporto negoziale. In effetti, a questa regola appare aderente la

giurisprudenza di merito, che in ripetute occasioni ha ribadito e applicato concretamente i principi enunciati dalla Corte Suprema e precisati dalla dottrina (in particolare: Trib. Latina 19 settembre 1989; Pret. Roma 3 dicembre 1998, con nota di Lucia Valente; Pret. Milano 12 gennaio 1995; Pret. Firenze 18 ottobre 1996 e altre). Importante, anche per la migliore conoscenza dell'atteggiarsi del problema in altri Paesi, il saggio di Klare, *Abbigliamento e potere* (1994).

12. Telelavoro e diritti «nuovi»

Non è il caso di concludere questa rassegna di ipotesi di particolare rilievo ai fini dell'evidenziazione in concreto dei temi considerati in questo saggio, senza un accenno alle tematiche che insorgono dalle forme nuove di lavoro e in particolare dal telelavoro.

Abbiamo fatto già un cenno, all'inizio, alle questioni che si propongono quando il lavoro si svolge da soli, in luogo diverso rispetto alla sede principale del datore di lavoro o del committente, o addirittura nella propria abitazione.

Questo modo di lavorare prospetta problemi complessi e delicati per ciò che attiene al controllo, al rispetto delle norme di sicurezza e così via; ma ne prospetta alcuni particolarmente rilevanti per quanto riguarda i diritti, tradizionali e nuovi. Il lavoratore che svolge la sua attività in una azienda o in un ufficio fa parte di un insieme, perché altri lavorano al suo fianco, con loro scambia informazioni, partecipa ad assemblee e così via. Il telelavoro presenta aspetti di grande comodità, perché sopprime il percorso da e verso il lavoro, perché consente di scegliere modalità di svolgimento della prestazione meno rigide, e perché, infine, libera dalla faticosità della compresenza continua e della necessità di rapporti intersoggettivi. Ma c'è il rovescio della medaglia, perché chi lavora da solo è tagliato fuori, è in qualche modo segregato e isolato, insomma non partecipa più. La solitudine è indicata, in altri Paesi, come possibile fonte di *stress* e di disadattamento.

Si pone allora il problema dell'esercizio dei diritti sindacali, dell'attuazione e del rispetto di diritti fondamentali della persona; e si pone anche il problema del rispetto della *privacy* a fronte di controlli inevitabili e necessari in linea di principio.

Il d.d.l. n. 2305, approvato dalla Commissione lavoro del Senato il 28 luglio 1999, si è occupato ampiamente di questi problemi, cercando di fornire soluzioni non troppo rigide, ma vevoli comunque a sciogliere i nodi principali. Ed ecco il diritto all'informazione, con modalità di esercizio riservate alla contrattazione collettiva, ma comunque garantite; ecco un diritto radicalmente nuovo perfino nella denominazione («diritto alla socialità»); ecco il diritto all'assemblea telematica (o meglio alla partecipazione in via telematica alle assemblee) e il diritto a esercitare altre attività sindacali in via telematica; ecco il diritto alla affissione sempre in via telematica e alle cosiddette bacheche elettroniche.

Importante anche l'adeguamento della norma dell'art. 4 della legge 300/1970 alle nuove esigenze, con una serie di obblighi d'informazione posti a carico del datore di lavoro. Interessante anche il fatto che la stessa possibilità di controlli da parte del datore di lavoro ai fini della sicurezza, è sottoposta alla precisa condizione del «rispetto del diritto alla riservatezza e alla inviolabilità del domicilio del proprio dipendente e dei conviventi». Si tratta di formulazioni normative di grande rilievo, perché codificano alcuni dei principi più volte enunciati nel corso di questo lavoro e cercano di applicarli anche a realtà del tutto nuove.

Ma vale la pena di soffermarsi ancora, per un momento, sul «diritto alla socialità», perché esso rappresenta in qualche modo la sintesi delle preoccupazioni espresse per i rischi di questi lavori e un tentativo molto serio di dare una risposta coerente e concreta. In sostanza, il lavoratore – secondo l'art. 3 del testo in esame – «ha diritto al collegamento telematico interattivo o ad altre modalità di collegamento, nell'ambito dell'azienda, per poter scambiare messaggi, anche non strettamente inerenti alla prestazione lavorativa, con mittenti e destinatari determinati, allo scopo di ridurre il proprio isolamento». Come si vede, la norma è molto cauta e non manca l'indicazione di una serie di limiti, per evitare ogni possibile abuso. Ma è assai importante il fatto che si riconosca la necessità di rompere l'isolamento e quindi si consenta lo scambio di messaggi anche non strettamente inerenti alla prestazione lavorativa. Si tratta, insomma, di un modo per consentire al telelavoratore di essere se stesso e di svolgere la propria personalità anche se lavora da solo, considerando compreso in essa anche il sistema interrelazionale che è, e deve essere, proprio di ogni individuo. È questa, sicuramente, una delle strade da battere affinché l'innovazione non si risolva in un'alienazione ancora più clamorosa, finendo così per incidere negativamente sulla persona del soggetto che lavora e sulle sue possibilità e opportunità di sviluppo.

13. Considerazioni conclusive

La carrellata che si è compiuta sulle fattispecie più rilevanti nel contesto di una nuova e complessa visione dei diritti fondamentali della persona che lavora, pur operata a titolo meramente esemplificativo e senza approfondire specificamente i singoli problemi, dimostra con assoluta evidenza quale sia la portata dei mutamenti che il sistema sta subendo nella realtà fattuale e anche nei suoi riflessi più squisitamente giuridici.

Ne emerge un quadro assai ampio e ricco di spunti innovativi, suscettibile di ulteriore evoluzione e dunque estremamente dinamico.

È certamente difficile, allo stato, cercare di ricondurlo a unità e ricomporlo in un contesto globale che in qualche modo rappresenti la forma e la sostanza di un futuro «statuto dei lavori», destinato non già a superare la legge 300 del 1970, che deve restare inalterata nella sua struttura fondamentale, ma piuttosto a estenderne la portata, non solo comprendendo anche le nuove tipologie di

lavoro, ma anche ampliando il novero delle garanzie dei diritti della persona nel lavoro e meglio assicurandone l'effettività.

Occorrerà riflettere e approfondire ancora, cogliendo quanto di nuovo sta emergendo dalla realtà e compiendo uno sforzo per evitare che nuove fattispecie e nuove tipologie restino sprovviste di tutele e di garanzie. Ma al tempo stesso, bisognerà riflettere anche sul «come», vale a dire sul modo di atteggiarsi delle garanzie a fronte dell'irruzione sulla scena di diritti contrassegnati da forti elementi di novità, ma tutti innestati sul tronco della Costituzione repubblicana e segnatamente su quanto emerge dal combinato disposto degli artt. 2 e 3, come più volte si è evidenziato. È del tutto evidente che se in alcuni casi sarà sufficiente estendere le garanzie tradizionali alle nuove situazioni, in altre bisognerà apprestare altri e più moderni strumenti.

Questo non potrà non coinvolgere anche la complessa tematica delle tecniche di tutela, apparendo chiaro a ognuno che la valorizzazione degli strumenti che il diritto positivo mette a disposizione potrà costituire soltanto una prima risposta (in questo senso: Romei, *Diritto alla riservatezza del lavoratore e innovazioni tecnologiche*). Una seconda risposta, come pure si è evidenziato, potrà derivare da una interpretazione evolutiva delle norme, ma a patto che ci si renda conto che un'operazione del genere non è priva né di limiti né di rischi.

Bisognerà dunque andare ancora oltre. Il sistema delle sanzioni, civilistiche e penali, è destinato a essere sempre meno esaustivo, pur restando – nel suo complesso e anche per la sua forza di deterrente – imprescindibile. Si prospetta, non come alternativa ma a livello di integrazione, la necessità di utilizzare anche il sistema delle cosiddette «sanzioni positive», inteso come complesso di norme di sostegno, d'incentivazione e di premialità, un sistema che, in alcuni campi, può funzionare, come altrove è stato dimostrato, con notevole successo e con notevoli risultati. Appare inoltre opportuno, fin d'ora, un ricorso più frequente e meditato alle azioni positive, proprio a sostegno della tutela dei diritti fondamentali e dello sviluppo della persona.

Infine, su molte di queste tematiche è destinato a influire anche il mutamento del sentire sociale, il superamento di alcuni pregiudizi, l'affermazione di processi culturali più rispondenti alle esigenze di una società moderna e in continua evoluzione. In questo senso, alcune delle leggi o dei progetti di legge che via via abbiamo richiamato, già prevedono l'avvio di campagne d'informazione e di formazione, per la creazione di una nuova cultura della tolleranza, della non discriminazione, del rispetto dei diritti fondamentali della persona. È una strada sulla quale occorre procedere con determinazione e speditezza, anche se è facile rendersi conto che in questo contesto siamo già al di fuori delle possibilità e dei confini del diritto del lavoro ed è necessario che altre discipline entrino in campo, per ampliare gli orizzonti e rendere più agevole quello sviluppo dei connotati essenziali della persona che deve essere promosso ovunque ma prima di ogni altra cosa nel lavoro.

A questi effetti, ha ragione chi propone di predisporre anche tecniche d'intervento che non paralizzino la capacità di autodeterminazione e autorealizzazione del lavoratore, favorendone anzi la più ampia possibilità di esplicazione di tutte le potenzialità.

In questa prospettiva, si può andare ben oltre le tecniche di riparazione *ex post*, anche se va comunque portato avanti il cammino già intrapreso soprattutto dalla dottrina civilista, per ampliare i tradizionali confini del sistema risarcitorio. Si può e si deve concentrare ogni sforzo sulla prevenzione, responsabilizzando i datori di lavoro in una rinnovata visione della portata dell'art. 2087 cod. civ. ma al tempo stesso investendo gli organismi di rappresentanza dei lavoratori di nuovi compiti, per una più avanzata e moderna tutela dei diritti; si può infine operare perché si accresca la stessa consapevolezza del lavoratore come persona, perché riesca a far valere non solo i propri diritti considerati in una visione statica, ma le stesse prospettive di evoluzione e di realizzazione, in un contesto dinamico quale è quello individuato dalla stessa Carta costituzionale e da noi più volte richiamato in questo saggio.

Bibliografia essenziale

(Per altri riferimenti, vedi i saggi citati, che contengono ampi richiami. Si sono inseriti qui, per comodità, anche alcuni riferimenti giurisprudenziali sui singoli problemi).

Tematiche generali

DEL REY GUANTER, *Diritti fondamentali della persona e contratto di lavoro: appunti per una teoria generale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Torino, 1995, n. 15 (che contiene vari saggi di notevole interesse).

SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, pagg. 87 e ss.

BELLAVISTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro nella elaborazione giurisprudenziale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, cit., pagg. 197 e ss.

MAGNANI, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, *ivi*, pagg. 47 e ss.

GAETA, *La dignità del lavoratore e i turbamenti dell'innovazione*, in *Lavoro e diritto*, 1990, pagg. 203 e ss.

ROMEI, *Diritto alla riservatezza nel lavoro e innovazione tecnologica*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, cit., pagg. 87 e ss.

LANOTTE, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, Torino, 1998.

MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, 1, pagg. 317 e ss.

AA.VV., *Danno biologico e altro (La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore)*, a cura di M. PEDRAZZOLI, Torino, 1995.

Corte Costituzionale 10 maggio 1999, n. 167, in *Giur. cost.*, 1999, 3, pagg. 1607 e ss.

Danno da lesione di diritti personali

(oltre alle opere di carattere generale già citate)

PEDRAZZOLI, *Lesione di beni alla persona e risarcibilità del danno nei rapporti di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 2, pagg. 269 e ss.

GIANNINI, POGLIANI, *Il danno da illecito civile*, Milano, 1997, in particolare pag. 161, e, sul danno psichico, pagg. 175 e ss.

ZIVIZ, *La tutela risarcitoria della persona*, Milano, 1999 (oltre ai concetti generali, ampiamente svolti, v. sul danno esistenziale pagg. 409 e ss. e sulle lesioni dei diritti del lavoratore pagg. 368 e ss.).

Danno psichico

- MONTUSCHI, *Ambiente di lavoro e tutela della malattia psichica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, 1, pagg. 3 e ss.
- MEUCCI, *Sistematico disconoscimento datoriale di meriti e diritti e danno alla salute psichica del lavoratore*, *ivi*, 2, pagg. 583 e ss.
- Cass. civ., Sez. lav., 20 dicembre 1986, n. 7801, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, 1, pagg. 578 e ss.
- Pret. lavoro Milano 14 dicembre 1995, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 1996, pagg. 385 e ss., con note di D'AVOSSA e di MARIGLIANO.

Tecniche di tutela

- MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, cit.
- PEDRAZZOLI, *Lesione di beni alla persona*, cit.
- ROMEI, *Diritto alla riservatezza del lavoratore e innovazioni tecnologiche*, cit.; *Molestie sessuali nei luoghi di lavoro*.
- BARBERA, *Molestie sessuali: la tutela della dignità*, in *Dir. prat. lav.*, 1992, pagg. 1401 e ss.
- SCARPONI, *Le molestie sessuali nel luogo di lavoro*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro le violenze sessuali*, Padova, 1996.
- REGOLO, *La tutela contro le molestie sessuali nel diritto del lavoro statunitense e comunitario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, pagg. 3 e ss.
- POZZETTO, *La tutela della dignità nei luoghi di lavoro: le molestie sessuali (l'ordinamento belga e quello francese)*, in *Dir. lav.*, 1994, pagg. 6 e ss.
- SERGI, *Molestie sessuali nei luoghi di lavoro*, in *Questione giustizia*, 1997, pagg. 4 e ss.
- CHIAVASSA, HOESCH, *Lavoro femminile, normativa antidiscriminatoria e molestie sessuali*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, pagg. 543 e ss.
- IZZI, *Molestie sessuali e rapporto di lavoro*, in *Lav. dir.*, 1995, pagg. 285 e ss.
- Cass. civ., Sez. lav., 17 luglio 1995, n. 7768, in *Giur. it.*, 1996, pag. 1.
- Cass. civ., Sez. lav., 2 dicembre 1996, n. 10752, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, pagg. 594 e ss.
- Cass. civ., Sez. lav., 8 agosto 1997 n. 7380, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, pagg. 795 e ss.
- Cass. civ., Sez. lav., 19 dicembre 1998, n. 12717, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, pagg. 2624 e ss.
- Pret. Milano 14 agosto 1991, in *q. Riv.*, 1992, 2, pag. 1067, con nota di VERDOLIVA.
- Pret. Milano 27 agosto 1997, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 1998, pagg. 516 e ss.
- Pret. Modena 29 luglio 1998, *ivi*, 1999, pagg. 559 e ss.

Mobbing

GILIOLI, *Cattivi capi, cattivi colleghi*, Milano, 2000.

LEYMANN, *Mobbing. Psychoterror am Arbeitsplatz*, Rororo, Rowohlt, 1993.

MATTO, *Il mobbing fra danno alla persona e lesione del patrimonio professionale*, in *Dir. rel. ind.*, pagg. 491 e ss.

ORECCHIO, *Terrore sul posto di lavoro*, in *Rass. sindacale*, 1999, n. 9.

Cass. civ., Sez. lav., 25 giugno 1997, n. 7116; Cass. civ., Sez. lav., 1° giugno 1999, n. 176; Trib. Torino 16 novembre 1999, tutte reperibili nel sito *Legge e giustizia.it*, sezione lavoro.

Dequalificazione (giurisprudenza)

Cass. civ. 13 agosto 1991, n. 8835, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, 2, pagg. 954 e ss.

Cass. civ. 20 dicembre 1986, n. 7801, *ivi*, 1987, 2, pagg. 578 e ss., con nota di MEUCCI.

Cass. civ. 2 febbraio 1998, n. 1021, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, pagg. 1052 e ss.

Cass. civ. 29 settembre 1998, n. 9734, in *Or. giur. lav.*, 1998, 1, pagg. 866 e ss.

Pret. Cagliari 4 giugno 1996, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 1997, 4, pagg. 311 e ss.

Trib. Cagliari 3 luglio 1996, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 1997, 4, pagg. 312 e ss.

Trib. Milano 30 maggio 1997, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, pagg. 790 e ss.

Pret. Milano 30 aprile 1997, in *Or. giur. lav.*, 1997, pagg. 353 e ss.

Pret. Milano 9 aprile 1998, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, pagg. 718 e ss.

Pret. Bologna 8 aprile 1997, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 1998, pagg. 140 e ss., con nota di MOSCATO.

Tossicodipendenza e Aids

TOPO, *La tutela del lavoratore tossicodipendente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, 1, pagg. 246 e ss.

AIMO, *Aids e lavoro alla luce della recente giurisprudenza italiana e comunitaria*, in *Lav. dir.*, 1996, 2, pagg. 347 e ss.

BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995.

DI LECCE, *Analisi della giurisprudenza in materia di diritto al lavoro di sieropositivi e malati di Aids*, in AA.VV., *Aids e lavoro*, Torino, 1991, pagg. 57 e ss.

PERA, *Disposizioni per la tossicodipendenza e l'Aids nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, 3, pagg. 198 e ss.

Omosessuali e transessuali nel lavoro

Il licenziamento del transessuale nell'ordinamento comunitario, Corte di Giustizia Cee sent. 30 aprile 1996 e nota, in *Dir. lav.*, 1996, 2, pagg. 318 e ss.

Corte di Giustizia Cee sent. 17 febbraio 1998, in *www.lex/eurolabor/cartegius*, causa 249-96.

Immigrazione e lavoro

LO FARO, *Immigrazione, lavoro e cittadinanza*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, 4, pagg. 535 e ss.

BALLESTRERO, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, pagg. 481 e ss.

BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991.

Atti del congresso dell'Aidlass del 1994 su «*Lavoro e [discriminazione]*», Milano, 1996 (e in particolare vedi la relazione di M. V. BALLESTRERO sulla discriminazione fondata sulla cittadinanza, pagg. 77 e ss.).

Telelavoro

GAETA, PASCUCCI, *Telelavoro e diritto*, Torino, 1998.

Abbigliamento e aspetto estetico del lavoratore

KLARE, *Abbigliamento e potere: il controllo sull'aspetto del lavoratore subordinato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, 3, pagg. 567 e ss.

BELLAVISTA, *Abbigliamento del dipendente e poteri del datore di lavoro*, in *q. Riv. [giur. lav.]*, 1994, 2, pagg. 226 e ss.

VALENTE, *Capelli corti e acconciature classiche: quando la sanzione disciplinare è legittimamente connessa alla violazione delle direttive in materia di aspetto estetico*, *ivi*, 1999, 2, pagg. 621.

Cass. civ., Sez. lav., 9 aprile 1993, in *q. Riv. [giur. lav.]*, 1994, 2, pagg. 223 e ss.

Trib. Latina 19 settembre 1989, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, 2, pagg. 248 e ss.

Pret. Roma 3 dicembre 1998, in *q. Riv.*, 1999, 2, pagg. 619 e ss.

Pret. Firenze 18 ottobre 1996, in *Toscana giur.*, 1997, pagg. 165 e ss.

Pret. Milano 12 gennaio 1995, in *Foro it.*, 1995, 1, pagg. 1985 e ss.

Nuovi fattori di rischio, prevenzione e responsabilità del datore di lavoro. Quali regole?*

Sommario: 1. Vecchi e nuovi fattori di rischio; l'organizzazione del lavoro – 2. Tipologie nuove: incongruenze e costringitività organizzative; i rischi di danno psichico; lo *stress* – 3. I rischi nel lavoro femminile, al di là di quelli connessi all'apparato riproduttivo – 4. I nuovi «lavori»; frammentazione e precarietà – 5. La prevenzione dei nuovi rischi – 6. La responsabilità per i nuovi rischi – 7. Quali regole?

1. Vecchi e nuovi fattori di rischio; l'organizzazione del lavoro

Da molti anni, ormai, si parla di «nuovi rischi» o di «nuovi fattori di rischio». Tant'è che, nel tempo, la formula ha assunto significati e valenze diverse; nel senso che alcuni dei «nuovi rischi» hanno cessato di esser tali; altri sono rimasti «nuovi» solo perché non sono rientrati nella cultura diffusa e quindi non hanno avuto tutto l'approfondimento necessario; altri ancora si presentano con elementi di reale novità, anche se talora collegati a quelli della prima formulazione.

In realtà, con questo termine si volevano indicare fattori di rischio diversi da quelli tradizionali (ambiente di lavoro, macchine, attrezzature, sostanze e prodotti impiegati nelle lavorazioni ecc.) e quindi, in questo senso, «nuovi».

Significativo, soprattutto, il contenuto della sentenza n. 179 del 1988 della Corte Costituzionale, che – rivedendo orientamenti precedenti in senso contrario – mostrava la propensione verso un sistema misto con liste aperte in luogo del sistema tabellare «per le malattie professionali». La Corte argomentava questo orientamento non solo con l'intervenuto progresso delle tecnologie diagnostiche e col conseguente allargamento delle ipotesi di massima probabilità di eziologia professionale di determinate malattie, ma anche e soprattutto con l'intervenuto sviluppo delle tecniche produttive, tale da determinare l'incremento dei fattori di rischio delle malattie professionali.

Una sentenza in certo modo rivoluzionaria, che però considerava solo in parte fenomeni «nuovi» ma già conoscibili da tempo.

* Testo della relazione svolta il 1° ottobre 2004 all'Università di Bologna nell'incontro di studi, promosso dalla Facoltà di Giurisprudenza, sul tema «*Nuovi rischi nell'ambiente di lavoro: prevenzione, indennizzo e risarcimento*», pubblicato sulla *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2005, parte I, pag. 3.

In realtà, occorre tener conto, già nel 1988, di un fattore primario di rischio assolutamente fondamentale quale *l'organizzazione del lavoro*, a rigore non «nuovo», ma certamente bisognoso di adeguata e attenta considerazione per le sue numerosissime implicazioni.

Dei fenomeni «rischiosi» collegati all'organizzazione del lavoro si parlava, infatti, da molto tempo, con specifico riferimento alla ripetitività, alla monotonia, ai ritmi troppo intensi, all'eccesso di carichi di lavoro e di sollecitazioni. Tutti aspetti considerati perfino nella letteratura più corrente, ma senza un reale approfondimento dei possibili effetti, al di là di quelli più elementari, di natura essenzialmente psicologica (si pensi al film *Tempi moderni*).

Sotto questo profilo, una progressiva maggiore attenzione si andava delineando, negli anni più recenti, da un lato con la ricerca, da parte della medicina del lavoro, degli effetti realmente patologici, dall'altro con una maggiore considerazione anche normativa del problema.

Già nella legge di riforma sanitaria del 23 dicembre 1978, n. 833, nel delineare i tratti di un Testo Unico della sicurezza, al n. 8 dell'art. 24 si inseriva tra i criteri direttivi della delega quello di «prevedere l'obbligo del datore di lavoro di *programmare* il processo produttivo in modo che esso risulti corrispondente all'esigenza della sicurezza del lavoro».

Ma è nel decreto n. 626/94 che appare la formulazione più esplicita, allorché nell'articolo 3, tra le misure generali di tutela, si inserisce, alla lettera *d*, una formulazione di particolare ampiezza (*«programmazione della produzione*, mirando a un complesso che integra in modo coerente alla prevenzione le condizioni tecniche e produttive e *organizzative* dell'azienda, nonché l'influenza dei fattori dell'ambiente di lavoro»), e, nella lettera *f*, una formulazione ancora più specifica (*«rispetto dei principi ergonomici nella concezione dei posti di lavoro, nella scelta delle attrezzature e nella definizione dei metodi di lavoro e produzione anche per attenuare il lavoro monotono e quello ripetitivo»*). Significativa anche l'indicazione contenuta nel piano sanitario 1998-2000, nel quale si indicava, fra le azioni da svolgere, «la costruzione di sistemi di sorveglianza epidemiologica orientati alla prevenzione, con particolare attenzione all'organizzazione del lavoro», e più oltre, a proposito delle molestie, si segnalava che «tuttora poco conosciuto è il settore delle patologie correlate al lavoro, *associate frequentemente all'organizzazione del lavoro* e ai carichi di fatica fisico-mentale».

Val la pena anche di ricordare che nel decreto 23 febbraio 2000, n. 38, all'art. 23, sono stati previsti stanziamenti appositi affinché l'Inail provveda agli interventi di sostegno alle piccole imprese, «per programmi di adeguamento delle strutture e *dell'organizzazione* alla normativa di sicurezza e igiene del lavoro».

Dunque, della organizzazione del lavoro come fattore primario di rischio non solo non è più possibile dubitare, ma è divenuto difficile iscriverla fra gli elementi di novità. Questo, almeno in via teorica, perché all'atto pratico il settore è ancora in gran parte da esplorare, un po' per l'esistenza di ovvie resistenze a

consentire interferenze in quella che è stata sempre la più rilevante ed esclusiva prerogativa dei datori di lavoro, e un po' per la difficoltà oggettiva di conoscere appieno il fenomeno e i suoi effetti.

In un certo senso, il perdurare degli elementi di novità sta soprattutto nel fatto che le tecniche produttive di lavorazione mutano continuamente e quindi non costituiscono mai un dato acquisito per sempre; ma sta anche nel fatto che la conoscenza degli effetti è tuttora oggetto di studi, approfondimenti e acquisizioni scientifiche, a loro volta in costante divenire anche in relazione alla frequente distanza temporale tra la causa patologica e la sua manifestazione morbosa. Questo spiega perché, anche a livello europeo, le formulazioni, in sé corrette, siano rimaste non di rado sul generico, pur diventando sempre più frequenti, nei vari documenti, il riferimento all'organizzazione del lavoro come fattore di rischio.

Tuttavia, quello che va chiarito una volta per tutte è che le modalità di organizzazione dell'attività produttiva e conseguentemente del lavoro non possono più considerarsi come «nuovi» fattori di rischio, trattandosi di un dato acquisito da tempo, che ha solo bisogno di una migliore assimilazione anche culturale e complessiva, di una più aderente ed effettiva applicazione delle norme (ad esempio, quella già ricordata e contenuta nell'articolo 3 del decreto n. 626), di una più approfondita conoscenza di tutti gli effetti patologici possibili e della definizione di criteri rigorosi per il riconoscimento del nesso di causalità.

2. Tipologie nuove: incongruenze e costrittività organizzative; i rischi di danno psichico; lo stress

È invece da rilevare che all'interno della voce generale (organizzazione del lavoro) si delineano *nuove tipologie di rischio* rispetto a quelle più diffusamente considerate.

In particolare, se la maggiore attenzione è stata dedicata finora ai fattori connessi a ripetitività, monotonia, carichi di lavoro, ritmi e così via, appare oggi indispensabile considerare alcuni ulteriori aspetti (relativamente) nuovi, nel senso che sono frutto di più recente acquisizione.

Faccio riferimento a tutti i fenomeni che attengono *agli aspetti relazionali* (relazioni fra i lavoratori e fra loro e i superiori), *al rapporto persona-ambiente di lavoro-tecnico di lavorazione*, a tutte le questioni attinenti *al disagio, alla disaffezione, alla insoddisfazione*, al malessere e a quel grande complesso di fenomeni riconducibili, in modo semplificativo allo *stress*.

Ovviamente, non è che tutti questi fenomeni conducano necessariamente a vere e proprie patologie, perché anzi esse dovranno essere dimostrate e provate di volta in volta, come indicato dalla stessa sentenza già citata della Corte Costituzionale; ma è pacifico che si tratta di altrettanti *fattori di rischio*, finora considerati poco o comunque in modo insufficiente.

Per la verità, di *stress* derivante dal lavoro si parla da tempo, in medicina del lavoro. Ma la tendenza è stata, per lungo tempo, quella di considerarlo, soprattutto sul piano giuridico, come un fenomeno meramente psicologico e si è tardato molto a riconoscere che anche dallo *stress* possono derivare vere e proprie patologie (aterosclerosi, coronaropatie, ipertensione), in aggiunta a effetti comportamentali suscettibili a loro volta di determinare patologie del tipo considerato «comune» (si veda la tabella in *Trattato di medicina del lavoro* di Ambrosi e Fuà, Torino, 1996, pag. 361).

Le «incongruenze del processo organizzativo», intese in questo senso, costituiscono certamente aspetti di novità nel contesto dell'organizzazione del lavoro come fattore di rischio. Solo in questo senso, molto riassuntivo, può parlarsi di nuove rischiosità.

E nuova può considerarsi, in certo senso, la considerazione del *danno psichico* derivante da incongruenze organizzative del lavoro, in aggiunta al tradizionale danno fisico. In questo senso, la «categoria» della ripetitività e della monotonia si arricchisce con riferimento ad altri fattori come l'isolamento, la segregazione, la «fatica», intesa in senso complessivo (non solo ritmi e carichi di lavoro, ma mancanza di pause adeguate, doppio lavoro ecc.), il disadattamento e la disaffezione, la sottoposizione a *comportamenti discriminatori o persecutori, le molestie sessuali nei luoghi di lavoro*.

Ancora una volta, non si tratta sempre di dati di assoluta novità; alcuni fenomeni si sono sempre verificati, ma non venivano alla luce o non venivano presi in considerazione (per esempio le molestie sessuali e il *mobbing*); altri non formavano oggetto di specifica attenzione oppure si sono semplicemente insapriti nel tempo più recente, per effetto della globalizzazione, della concorrenza e competitività più accentuate e quindi con l'aumento delle sollecitazioni, in un contesto di minor considerazione dei problemi anche psicologici dei singoli. Insomma, non c'è dubbio che gli «stressori» siano notevolmente aumentati negli anni più recenti, determinando un incremento oggettivo dei fattori di rischio correlati all'organizzazione del lavoro.

La recente attenzione dedicata agli effetti di fenomeni noti come le molestie sessuali e le persecuzioni sul lavoro (più o meno strategiche ma sempre continuative e ripetitive) coglie esattamente questi aspetti di novità. Si stanno diffondendo ampi studi sia sull'uno che sull'altro fenomeno; e se per le molestie, come vedremo, c'è – da poco – anche una definizione legislativa, per il *mobbing* si è raggiunto comunque un notevole livello definitorio; sono stati formulati chiaramente criteri distinti fra i due fenomeni; e per il *mobbing*, di recente, un importante studioso (H. Ege) ha indicato sette parametri idonei a consentire l'individuazione in concreto del fenomeno.

È altresì significativo il fatto che la giurisprudenza si stia mostrando sempre più attenta ai nuovi fenomeni, mentre si attende anche qualche intervento legislativo, come si è già verificato in altri paesi. Così come è significativo il fatto che

ai fenomeni della «costrittività organizzativa», sia pure in misura per ora piuttosto contenuta, abbia rivolto la propria attenzione anche l'Inail, con l'affidamento a un comitato scientifico di uno studio su malattie psichiche e psicosomatiche da *stress* e disagio lavorativo, compreso il *mobbing*, e con la nota circolare n. 71 del 17 dicembre 2003 (a cui è allegata la relazione del comitato).

L'indicazione è stata, peraltro, accolta anche nel d.m. 27 aprile 2004 (in *Gazz. Uff.* 10 giugno 2004, n. 134), che, nel formulare un nuovo elenco delle malattie professionali per le quali è obbligatoria la denuncia, ha inserito nella lista II («Malattie la cui origine lavorativa è di limitata probabilità»), sotto il titolo «Malattie psichiche e psicosomatiche», le «Disfunzioni dell'organizzazione del lavoro (costrittività organizzative)».

È da notare, semmai, la tendenza (largamente presente anche nella circolare n. 71) a restringere il campo di analisi e di intervento solo ad alcuni specifici fattori di rischio, tra i quali emerge il *mobbing*, pur dopo aver riconosciuto esplicitamente la valenza del principio generale secondo cui «le incongruenze dei processi organizzativi possono diventare fattore di rischio psichico per i lavoratori». Ma questo è comprensibile, soprattutto se si tiene conto dei delicatissimi problemi di prova sui presupposti, sugli effetti e sul nesso eziologico (a proposito di quest'ultimo va rilevato il saliente contributo della Corte di Cassazione, con decisioni davvero impegnate e significative, tra le quali ne segnalo almeno alcune: 5 ottobre 1999; 2 luglio 1999; 13 febbraio 2002; 7 maggio 2002; 10 luglio 2002).

3. I rischi nel lavoro femminile, al di là di quelli connessi all'apparato riproduttivo

Altra tipologia di «nuovi fattori di rischio» è collegata a fenomeni che dovrebbero essere noti da tempo, ma solo di recente tendono a essere oggetto di specifica attenzione. Mi riferisco in particolare *al lavoro femminile*, da sempre oggetto di particolari indagini soprattutto in relazione alla sfera riproduttiva, ormai ampiamente tutelata anche sotto il profilo della sicurezza.

Più di recente, peraltro, si è cominciato a riconoscere che vi è una specificità del lavoro femminile, su questo piano, indipendentemente dalla gravidanza e dalla maternità. Non mi riferisco tanto alla rischiosità ormai accertata di certi tipi di lavoro che richiedono prolungate posizioni erette e posture inadeguate (fisioterapiste, parrucchiere ecc.), quanto e soprattutto – ancora una volta – *alla rischiosità psichica*; insomma: allo *stress* che deriva da fattori specifici quali il doppio lavoro, i problemi di difficoltà di carriera, la cosiddetta segregazione, la frequente sottoposizione a molestie sessuali, i turni disagiati che confliggono con le esigenze familiari e di cura, il disagio della cosiddetta «doppia carriera» in famiglia e delle conseguenti insoddisfazioni e così via.

Tutto questo può determinare non solo sindromi ansioso-depressive sconvolgenti in vere e proprie patologie, ma anche patologie circolatorie e coronariche e altro. Molti di questi fenomeni sono noti e su di essi si è anche riflettuto; ma assai meno lo si è fatto sotto il profilo degli effetti della rischiosità e delle possibili patologie. In questo senso, dunque, è giusto parlare di fattori «nuovi» di rischio anche quando il termine può apparire improprio.

Un altro aspetto degno di esplorazione è quello relativo al progressivo superamento della tradizionale concezione secondo cui l'ufficio è un luogo sicuro. Gli studi americani sulla «sindrome dell'edificio malsano» (risalenti ormai agli inizi degli anni settanta) hanno aspetti di definitività, che ancora da noi non sono stati accolti in pieno e assimilati. Invece è assai importante disperdere convinzioni largamente superate dai fatti e occuparsi a fondo dei fenomeni connessi alla sindrome, fra i quali alcuni possono essere dotati di reale novità (si pensi alla legionella) ma altri debbono essere ormai considerati come pacifici, salvo doverosi approfondimenti degli effetti e di tutte le problematiche attinenti alle concause.

4. I nuovi «lavori»; frammentazione e precarietà

Una categoria di fattori di rischio davvero «nuovi» va individuata nella problematica attinente non tanto alla trasformazione dell'attività produttiva come tale, quanto alle trasformazioni delle modalità di instaurazione e attuazione dei rapporti di lavoro, in altre parole alle trasformazioni della tipologia dei «lavori».

Noi sappiamo (o crediamo di sapere) tutto sul lavoro tradizionale, in ambiente fisso, con durata continuativa e indeterminata; ma questo tipo di lavoro (che non è finito, come alcuni erroneamente sostengono, ma ha soltanto perso l'esclusiva) si è visto affiancare da tempo, e soprattutto nell'epoca più recente, da una quantità crescente di *nuove tipologie*.

Diversi anni fa si pose grande attenzione al problema degli addetti ai video-terminali, che allora costituiva una novità. Sono stati esplorati i fattori di rischio e si è arrivati ad alcune conclusioni anche per via di progressive approssimazioni, sullo stesso piano normativo (decreto n. 626/94 e successive modifiche). Di tutta quella problematica resta oggi solo una parte poco esplorata, in questo senso nuova: quella, cioè, relativa agli effetti psichici di un lavoro continuativo ad alta concentrazione. Questo terreno è ancora meritevole di approfondimento, ma certo non è più ascrivibile al vero capo delle novità.

Quest'ultimo è invece occupato dalla più recente tendenza alla diffusione di lavori approssimativamente definiti come «atipici», di lavori frammentati, di lavori che non si svolgono più nelle sedi tradizionali e che spesso non implicano affatto una complessità di rapporti, potendo essere svolti anche a livello individuale. Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, fornisce un elenco diffuso, e talora fantasioso, di questi lavori che vanno dalla *ex* collaborazione

coordinata e continuativa alla somministrazione di lavoro, al lavoro intermittente, al lavoro a progetto, al lavoro ripartito, al lavoro a tempo parziale, al lavoro occasionale e così via. Tutto questo lavoro frammentato, che spesso rasenta la precarietà, presenta problemi assolutamente nuovi e diversi rispetto a quelli tradizionali; e soprattutto determina una quantità di fattori di rischio (aggiuntivi) di cui appena ora si comincia ad assumere una certa consapevolezza. È abbastanza facile, infatti, stabilire che questi lavoratori debbono ricevere una adeguata protezione anche sul piano della sicurezza; ed è positivo il fatto che la legge 29 luglio 2003, n. 229, che delega il Governo a emanare un Testo Unico sulla sicurezza e igiene del lavoro indichi – tra i pochi criteri direttivi – quello dell'adeguamento del sistema prevenzionistico e relativo campo di applicazione alle nuove forme di lavoro e tipologie contrattuali (lettera *g* dell'art. 3), e quello dell'assicurazione della tutela della salute e sicurezza sul lavoro in tutti i settori di attività e a tutti i lavoratori, indipendentemente dal tipo di contratto stipulato col datore di lavoro o col committente (*n.d.r.*: dunque anche ai contratti di lavoro autonomo (lettera *f*) dell'art. 3).

Ma va subito ricordato che il proposito di estendere a tutti i lavoratori la vigente normativa sulla sicurezza si rivelerà illusorio, se non si provvederà a integrarlo con disposizioni specifiche per quelle tipologie, dato che la disciplina attuale è modellata sul lavoro tradizionale e non può tener conto di tutti gli aspetti e pericoli (anche psichici) che derivano da un lavoro frammentario, svolto individualmente e magari in sedi non facilmente controllabili.

Bisogna infine considerare i fenomeni attinenti a tipologie di lavoro già note da tempo ma che hanno subito trasformazioni anche sul piano normativo (è il caso del socio-lavoratore di cooperativa), nonché le tipologie che si vanno diffondendo ma per le quali i fattori di rischio non sono stati finora individuati nella loro interezza. Penso, a questo riguardo, al problema del *telelavoro*, che ha alcune caratteristiche in comune con le tipologie frammentate più sopra ricordate, ma ne ha qualcuna in più connessa al tipo di svolgimento del lavoro, che può implicare una segregazione particolarmente accentuata, tant'è che proprio nei primi progetti di legge che tendevano a regolare questo rapporto si era previsto un diritto assolutamente nuovo: quello, cioè, alla «socialità».

Con ciò possiamo concludere l'elenco dei nuovi fattori di rischio; elenco certamente non esaustivo, perché com'è stato chiarito con nettezza, a proposito della valutazione dei rischi nella sentenza 15 novembre 2001 della Corte di Giustizia europea, «i rischi professionali che devono essere oggetto di valutazione da parte dei datori di lavoro non sono stabiliti una volta per tutte, ma si evolvono costantemente, in funzione – in particolare – del progressivo sviluppo delle condizioni di lavoro e delle ricerche scientifiche in materia di rischi professionali».

5. La prevenzione dei nuovi rischi

Il primo interrogativo che si pone, dopo questa sommaria ricognizione, è relativo alla possibilità concreta di *prevenire* i nuovi rischi.

La risposta, che a me sembra addirittura intuitiva, è che la prevenzione può presentare, in questi casi, maggiori difficoltà rispetto ai fattori di rischio più tradizionali e noti; ma non solo non è impossibile, anzi è doverosa e realizzabile già in base alla disciplina e alle conoscenze attuali.

Infatti, in questa materia, come si è già accennato, nulla è stato definito per sempre; perché anzi il sistema dà per presupposto il mutamento e il divenire continuo dei fattori di rischio e impone di tenerne conto attraverso valutazioni e misure dinamiche, proprio in relazione ai continui mutamenti delle tecniche produttive, dei sistemi di lavorazione, delle tipologie dei rapporti di lavoro e in rapporto alle acquisizioni del progresso scientifico e della tecnica.

Non a caso, l'art. 2087 codice civile impone di adottare nell'esercizio dell'impresa tutte le misure necessarie alla tutela della personalità fisica e morale di chi lavora; l'art. 3 del decreto n. 626/94, dal canto suo, impone la programmazione della prevenzione, con le modalità di cui si è detto, nonché il rispetto dei principi ergonomici non solo nella concezione di posti di lavoro e nella scelta delle attrezzature, ma anche nella definizione dei metodi di lavoro e produzione; l'art. 4 dello stesso decreto fa obbligo al datore di lavoro di valutare *tutti* i rischi; infine, dall'art. 17, comma 1, lettera *a*, del [decreto] n. 626, si evince che il datore di lavoro è tenuto all'attuazione delle misure per la tutela della salute e *dell'integrità psico-fisica* dei lavoratori.

Tutto questo significa che la prevenzione è doverosa, ma è anche concretamente possibile, solo che si tenga conto delle indicazioni che provengono dalla nostra normativa, dai documenti più rilevanti della Unione europea e di altri organismi e infine delle «conoscenze acquisite in base al progresso tecnico» (art. 3, lettera *b*, decreto n. 626).

Questo significa che il lavoro deve essere programmato in modo da prevenire i rischi correlati alla organizzazione e deve essere perseguito come primario il fine della tutela preventiva della salute in ogni fase dell'attività produttiva.

D'altronde non va dimenticato che nella nuova tabella delle malattie professionali, per le quali è obbligatoria la denuncia (decreto 27 aprile 2004, già ricordato), sono state inserite, per la prima volta, le disfunzioni dell'organizzazione del lavoro (costrittività organizzative); e questo non rappresenta solo un riconoscimento formale ma una precisa indicazione per tutti.

D'altronde, alcuni documenti comunitari sono ricchi di significati e di indicazioni. Mi riferisco, in particolare, alla comunicazione 11 marzo 2002 della Commissione delle Comunità europee, il cui titolo è già, di per sé, significativo («Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e della società: una nuova strategia comunitaria per la salute e per la sicurezza»), ma lo è ancora di più il contenuto:

viene indicato come obiettivo il conseguimento di un vero «benessere sul luogo del lavoro» sulla base della messa in campo di una quantità di strumentazioni e iniziative diversificate, ma puntando soprattutto sulla prevenzione, anche e soprattutto in riferimento alla *organizzazione del lavoro*. Molta attenzione viene dedicata alle nuove malattie, allo *stress*, alla depressione, all'ansia, agli effetti della violenza e delle pressioni morali sui luoghi di lavoro, alle caratteristiche tipiche del lavoro giovanile e del lavoro frammentato.

Secondo il documento, nelle novità nel campo dei fattori di rischio non c'è nulla di ineluttabile; tutto può essere prevenuto, migliorando la conoscenza dei rischi, rendendo l'organizzazione del lavoro più aderente alle modificazioni dei sistemi e delle tipologie, rafforzando la cultura della prevenzione, l'informazione e la formazione. Lo sviluppo delle malattie psico-sociali solleva una nuova sfida per la salute e la sicurezza sul lavoro; ma essa va affrontata e risolta con un impegno rinnovato dei singoli datori di lavoro e degli organi di sorveglianza (che devono essere in grado di conoscere e valutare *l'insieme dei rischi*, anche e soprattutto a fini prevenzionali), ma anche con l'adozione di una strategia coerente per la ricerca, attraverso il coordinamento dei programmi di ricerca, l'orientamento di essi alla soluzione dei problemi pratici riscontrati sul luogo di lavoro e il trasferimento dei risultati delle ricerche alle imprese.

Insomma, secondo la Commissione, occorre davvero *una strategia globale*, che miri alla prevenzione attraverso il rispetto delle regole esistenti da parte dei datori di lavoro pubblici e privati, rafforzi le conoscenze, incrementi la sorveglianza prevenzionale, rafforzi ed espanda la ricerca anche nel campo delle affezioni e disturbi di natura psico-sociale correlati al lavoro.

Queste indicazioni sono poi sostanzialmente riprodotte anche nella raccomandazione della Commissione del 19 marzo 2003 sull'elenco europeo delle malattie professionali e nella recentissima comunicazione della Commissione al Parlamento europeo sull'attuazione pratica delle direttive concernenti la salute e la sicurezza sul lavoro, che contiene una sottolineatura molto forte della necessità di prevenire ritmi stressanti, lavori ripetitivi e *rischi psico-sociali*, con tutti gli strumenti disponibili.

Ovviamente, in questa opera di prevenzione, i singoli imprenditori o enti pubblici non devono essere lasciati soli, con le loro iniziative e le loro responsabilità; è compito dell'ordinamento di favorire la ricerca, di diffondere informazioni, di migliorare i servizi pubblici di prevenzione e sorveglianza, di formulare linee guida e delineare modelli ergonomicamente corretti di organizzazione del lavoro. Del resto, in questa direzione vanno anche alcune indicazioni contenute nel rapporto di monitoraggio sull'attuazione del decreto n. 626, effettuato da parte delle Regioni e depositato nel novembre 2003, ma ancora non attinto da quel livello di riflessione che sarebbe stato necessario, se davvero esistesse quella cultura della prevenzione su cui l'Unione europea e altri organismi continuano a insistere.

In buona sostanza, la prima garanzia può derivare da una corretta *organizzazione del lavoro*, che tenga conto – appunto – dei principi ergonomici, delle acquisizioni[i] più recenti sui rischi di natura psico-sociale; ma subito dopo si prospetti l'esigenza di una completa e corretta *informazione*, perché nella conoscenza del rischio sta uno dei primi presupposti perché il danno non si verifichi. Recenti statistiche dimostrano la crescita di infortuni e malattie proprio fra i soggetti più giovani, fra gli addetti ai lavori frammentati, fra gli immigrati; e dunque bisogna rinforzare l'informazione e con essa la formazione, anche se non è difficile comprendere che quanto più il lavoro è frammentario, tanto più difficile è procedere a una reale informazione e a una compiuta formazione di tutti i soggetti.

Ma la terza garanzia (peraltro strettamente collegata alle prime due) sta nella consapevolezza dell'importanza – ai fini del benessere sul lavoro – delle *relazioni interpersonali, dei rapporti gerarchici*, di tutte le problematiche correlate al *disadattamento*, al *disagio*, a tutte le forme di *stress*. Solo se si è convinti di questo si può impostare davvero un programma di prevenzione anche nelle singole aziende. Ma è fondamentale anche superare concezioni ormai arretrate, secondo le quali le persecuzioni morali, il *mobbing*, le molestie sessuali, sono fenomeni a carattere eminentemente individuale, magari esasperate da particolari reattività e, perché no?, talora da desideri di vendetta o da tentativi di speculazione.

Che ci possano essere anche isolati fenomeni di quest'ultimo tipo è possibile; ma l'Unione europea e l'Agenzia di Bilbao ci avvertono che ormai oltre il 28% della popolazione lavorativa (40 milioni di lavoratori, nell'Ue a 15 membri) è colpito da fenomeni del genere, con gravi conseguenze per la salute dei singoli, ma anche per la produttività e la serenità dell'ambiente di lavoro. Appare dunque evidente che il fenomeno è di troppo ampia portata per ridurlo a una immaginaria casistica di speculazioni o di iper-reattività.

Del resto, già diversi anni fa, in alcuni paesi si era provveduto a emanare provvedimenti e formulare raccomandazioni circa le misure da adottare contro le varie forme di persecuzione psicologica sul lavoro. In Svezia la prima normativa risale al 1977, ma ha ricevuto ulteriore estensione con l'ordinanza 21 settembre 1993, che indica la necessità della pianificazione e organizzazione del lavoro in modo da prevenire ogni forma di persecuzione sul lavoro; e le successive «raccomandazioni» emanate dall'ente nazionale svedese per la salute e sicurezza sul lavoro indicano specificamente le misure da adottare per una efficace opera di prevenzione, fra le quali l'elaborazione di una politica del lavoro *ad hoc* per l'ambiente di lavoro; l'elaborazione di procedure che garantiscano condizioni psicologiche e sociali nei luoghi di lavoro le migliori possibili per quanto concerne la situazione lavorativa e l'organizzazione del lavoro; l'adozione di misure idonee a incoraggiare un clima di rispetto e di amicizia sul luogo di lavoro; una adeguata formazione dei quadri e dei dirigenti anche in rapporto ai rischi di natura psico-sociale; una corretta fornitura a tutti i lavoratori delle informazioni necessarie; la creazione di opportunità per i lavoratori per migliorare

le loro conoscenze e le loro prestazioni. Ciò che conta rilevare comunque è che uno dei compiti fondamentali di chi presiede all'organizzazione del lavoro è quello di contribuire alla formazione di una vera e propria cultura del rispetto e della tolleranza perché questo è un elemento basilare per poter evitare sia le persecuzioni che le molestie.

Deve essere chiaro, in ogni caso, che il richiamo alle disposizioni o raccomandazioni di altri paesi ha solo valore indicativo delle misure prevenzionali ipotizzabili; ma il dovere di adottarle è già insito nel nostro sistema, come si vedrà più oltre, anche al di là di ogni normazione specifica.

Insomma, si tratta di delineare un sistema di prevenzione certamente non facile, anzi complesso, ma utile per tutti, per il benessere dei singoli e della collettività e anche per lo stesso «benessere» delle aziende.

6. La responsabilità per i nuovi rischi

L'impostazione che si è data al tema della prevenzione aiuta anche a comprendere più agevolmente come si prospetti la tematica relativa alle *responsabilità*.

Ovviamente c'è una responsabilità degli organi pubblici, per la tempestiva adozione delle misure poste a loro carico e per la creazione di informazioni adeguate e di sistemi di ricerca coordinati e collegati poi con le imprese, per la miglior conoscenza dei nuovi fenomeni.

Ma sussiste, in ogni caso, nei singoli settori e nelle singole sedi di lavoro, la responsabilità dei datori di lavoro privati e pubblici.

Il contenuto dell'art. 2087 è inequivocabile nel porre precisi obblighi, tra i quali è compreso anche quello di tenersi informati – per quanto possibile e utile – sulle acquisizioni scientifiche e tecniche.

La giurisprudenza e la dottrina hanno a lungo scavato attorno a questa disposizione importantissima, finendo per concordare sulla sua ampiezza e sulla sua capacità di adeguarsi ai mutamenti delle situazioni. Tant'è che non hanno fatto scandalo alcune decisioni della stessa Suprema Corte che hanno considerato che l'obbligo di sicurezza si acuisce a fronte di particolari soggetti o di particolari situazioni; che poi era soltanto un modo per sottolineare l'ampiezza e la dinamicità della norma. Quando l'art. 2087 si riferisce a tutte *le misure da adottare*, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, mostra chiaramente di non distinguere tra vecchi e nuovi rischi ma semplicemente di esigere che le misure necessarie vengano adottate anche se non previste espressamente dal legislatore, a fronte di rischi, noti o comunque conoscibili. E l'art. 3 del decreto n. 626 non solo non si è posto in posizione di incompatibilità col 2087, ma anzi ne ha irrobustito e corroborato il contenuto. La stessa discussione che si è posta nell'esperienza giuridica attorno alla natura della responsabilità nascente dall'art. 2087 si è rivelata più astratta che utile a una compiuta definizione. Del resto, si è affermato anche di recente che una regola generale è difficilmente formulabile, essendo piuttosto da

valutare di volta in volta se ricorra la responsabilità contrattuale o quella aquiliana, o addirittura entrambe. Quello che è certo è che, posto che il datore di lavoro – in virtù dell'art. 2087 cod. civ. e del d. lgs. n. 626/94 – deve valutare *tutti* i rischi e adottare *tutte* le misure necessarie, dall'inosservanza di questo dovere non può che derivare una responsabilità, di volta in volta sul piano penalistico o su quello civilistico. Non ha rilevanza, infatti, la mancanza della previsione di una sanzione per l'art. 2087, una volta che si riconosca, come moltissimi hanno fatto, che la violazione del dovere di sicurezza può costituire il nucleo essenziale della colpa penale allorché si sia verificato un evento, appunto, penalmente tutelato.

Semmai i problemi sono di altro genere. Il primo è certamente quello relativo alla prova del nesso di causalità; ma esso si risolve in base alle regole e ai principi generali; sicché non è certamente il caso di dilungarsi sul tema.

Il secondo è quello relativo ai limiti.

Come tutte le condotte doverose, il limite fondamentale è quello della *esigibilità*, senza il quale non ci sarebbe ragionevolezza e dunque il precetto sarebbe destinato a cadere nel nulla. Non è possibile soffermarsi, in questa sede, sull'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla definizione delle misure concretamente attuabili o tecnicamente fattibili. È ormai convinzione comune, però, che da questa valutazione deve essere esclusa ogni considerazione di natura economica; lo hanno ripetuto mille volte – fra l'altro – gli organismi comunitari, come risulta dagli stessi «considerando» che introducono il testo delle direttive di maggiore rilevanza.

Il punto fondamentale, però, è che non è sufficiente il riferimento che spesso viene fatto all'esperienza (se non altro perché essa è solo uno dei parametri indicati nell'art. 2087), ma occorre tener conto anche delle acquisizioni della scienza e della tecnica. Acquisizioni di cui il datore di lavoro deve essere a conoscenza non a seguito di un impegno scientifico diretto, ma sulla scia di quell'obbligo di tenersi informato che fa parte del contenuto dell'art. 2087. Niente esperimenti scientifici, dunque, né gallerie del vento: imporre cose del genere ai datori di lavoro sarebbe semplicemente assurdo. Ma se conoscenze diffuse rivelano che la scienza e la tecnica hanno individuato un rischio e hanno indicato le misure idonee a prevenirlo, allora non ci sono giustificazioni: quelle misure debbono essere adottate, e se non lo si fa ognuno si assume le proprie responsabilità. Al riguardo del rischio psico-sociale, ad esempio, di cui oggi si parla diffusamente perfino sui quotidiani, l'ignoranza non è più giustificata sotto nessun profilo. Il datore di lavoro deve fare il possibile per eliminare anche questi fattori di rischio; da ciò la responsabilità per non aver adeguatamente organizzato il lavoro, o di non aver preso provvedimenti ogni volta che si abbia notizia di atti di persecuzione o di molestie o di altri fenomeni del genere (fermo restando, ovviamente, quanto si è detto circa la prova di un nesso di causalità).

Naturalmente, la responsabilità si configura nei termini e nelle forme attualmente previste per gli infortuni e le malattie professionali. Su questo piano non

è possibile operare alcuna distinzione tra vecchi e nuovi rischi. E questo vale anche per i profili risarcitori. A questo proposito, deve essere sottolineato il fatto che buona parte della giurisprudenza tende ormai a ridurre la distanza tra il danno patrimoniale e quello extra-patrimoniale, erodendo anche – progressivamente – la portata del principio secondo il quale il danno extrapatrimoniale è risarcibile solo se derivante da reato.

Un'attenta elaborazione compiuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, specialmente in questi ultimi anni, ha condotto a riconoscimenti e affermazioni un tempo impensabili, nel senso che si sono fatti rientrare fra i danni risarcibili diversi da quelli patrimoniali e non nascenti da reato anche fenomeni molto diversi; tant'è che si parla di danni risarcibili anche a proposito delle conseguenze della dequalificazione, del *mobbing*, delle molestie (particolarmente significativa la sentenza n. 10157 del 26 maggio 2004 della Suprema Corte, che, considerando il danno da dequalificazione come danno non patrimoniale, coglie l'occasione per definire il contenuto di quest'ultimo, facendovi rientrare il danno biologico, il danno morale e il danno da lesioni di interessi costituzionalmente protetti; e, per quest'ultimo profilo, v. anche la sentenza – sempre della Corte Suprema – n. 8828, del 31 maggio 2003).

È un processo di elaborazione tuttora in corso ma che ha molta rilevanza ai nostri fini, proprio perché molti dei fenomeni che derivano dalle nuove rischiosità non producono (solo) danni di natura economica.

7. Quali regole?

La domanda finale del titolo della relazione (Quali regole?) ha già trovato sostanziale risposta nelle considerazioni che precedono. Molte regole esistono e vanno coerentemente ed efficacemente applicate. Diverso problema è se esse siano sufficienti a considerare tutti i nuovi fenomeni oppure abbiano bisogno di ulteriori integrazioni.

L'Unione europea, nei documenti più volte richiamati, sembra suggerire ai legislatori nazionali di perfezionare ulteriormente i loro sistemi normativi, non prima però che sia stata data piena attuazione alla disciplina vigente (sulle cui carenze applicative gli organismi comunitari si sono a lungo e ripetutamente soffermati).

È difficile, peraltro, se non addirittura impossibile, ipotizzare una disciplina normativa che regoli la stessa organizzazione del lavoro. Si può pensare, peraltro, a interventi più specifici, su singole materie o su singoli settori. Ma l'approccio, finora, a iniziative di ampliamento è apparso deludente e in alcuni casi (vedi il nuovo progettato Testo Unico) addirittura preoccupante.

Ci si chiede se sia opportuno disciplinare il *mobbing* e le molestie sessuali. Benché personalmente sia contrario a mitizzare la funzione della legge, credo che una normativa specifica (ma distinta per i due fenomeni, che restano

sostanzialmente diversi anche se in alcuni casi possono coincidere) potrebbe essere utile per meglio definire i fenomeni, per rafforzare il giudizio sociale di negatività di certi comportamenti, per specificare meglio procedure idonee a garantire l'emersione dei fenomeni e la celerità della risposta giudiziaria.

Altri paesi ci hanno provato. Si è già detto della Svezia, ma si potrebbe citare anche la Spagna, che ha adottato da tempo una disciplina della violenza sessuale che comprende anche le molestie sui luoghi di lavoro; e soprattutto la Francia che – con la legge sulla modernizzazione sociale, emanata il 17 gennaio 2002 – ha dedicato un intero titolo all'*Harvèlement* considerandolo come un reato; altri Paesi hanno preferito la via di grandi accordi collettivi a livello nazionale (in Germania, resta famoso il precedente costituito dall'accordo sindacati-Volkswagen del 1996) o quella delle «buone pratiche» concordate tra le parti sociali ma favorite anche dagli organi governativi; altri ancora, sempre sul piano degli accordi collettivi, hanno individuato una figura particolare, quella del «garante» o del «consigliere per la prevenzione», con specifiche competenze psico-sociali riferite all'ambiente di lavoro e alla stessa organizzazione del lavoro.

In Italia, la legge comunitaria 31 ottobre 2003, n. 306, all'articolo 17, lettera *b*, ha delegato al governo il compito di definire entro 18 mesi la nozione di molestie sessuali, considerandole come discriminazioni. Il che potrà consentire anche la piena attuazione dei principi previsti dal decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216 (attuazione della Direttiva n. 2000/78 per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro).

Significativa anche la direttiva della Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento della funzione pubblica, del 24 marzo 2004 (*Gazz. Uff.* 5 aprile 2005, n. 80) «Misure finalizzate al miglioramento del benessere organizzativo nelle pubbliche amministrazioni». Se alcune affermazioni sono un po' generiche, e se in tema di prevenzione degli infortuni e delle malattie si resta ancora nel vago, è rilevante il fatto che si riconosca ampiamente nella premessa l'esigenza di creare *un clima organizzativo che stimoli la creatività e l'apprendimento*, di sviluppare *l'ergonomia* degli ambienti di lavoro, di dedicare particolare attenzione a *modelli gestionali* delle risorse umane diretti a favorire il miglioramento degli ambienti di lavoro e l'aumento dei livelli di produttività, nel contesto delle relazioni sindacali. È altrettanto rilevante il fatto che nelle misure da adottare, da parte delle singole amministrazioni, si indichino la valorizzazione delle risorse umane e l'incremento delle motivazioni, la diffusione della cultura e della partecipazione, la prevenzione dei rischi psico-sociali di cui allega il decreto legislativo n. 626/94.

Difficile, allo stato, immaginare il livello di attenzione che le singole amministrazioni dedicheranno alla direttiva, soprattutto alla luce di esperienze del passato in cui importanti direttive presidenziali sono rimaste assolutamente sulla carta; ma insomma, anche ai fini di una diffusione della nuova cultura, è importante che certe affermazioni siano riuscite a entrare in un documento ufficiale, comunque impegnativo.

D'altronde la via dell'introduzione dei codici di autoregolamentazione e di condotta, sotto il profilo dei rapporti interpersonali tra i lavoratori e con i loro superiori gerarchici, che ha avuto già una certa diffusione, può essere un ulteriore strumento di notevole importanza; così come quelle delle «buone prassi», assai diffuse in altri paesi. Il resto lo ha fatto e lo sta facendo – spesso egregiamente – la giurisprudenza.

Più difficile valutare i risultati della contrattazione collettiva, talora troppo ripetitiva di principi generali e poco collegata alle nuove realtà e ai nuovi fenomeni. Ma anche questa è una carta su cui bisogna puntare con forza, perché il contributo delle parti sociali – su questi terreni così difficili – è assolutamente imprescindibile.

Resta ferma la mia convinzione, già espressa in altre sedi, che altri passi debbono essere compiuti, non solo a riguardo della responsabilità sociale, ma anche sul terreno della responsabilità amministrativa delle aziende.

La legge 29 settembre 2000, n. 300, all'art. 11 conferiva al governo una delega, «per la disciplina delle responsabilità amministrative delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica», indicando criteri di grande rilievo sulla responsabilità dei soggetti, sulla tipologia delle sanzioni, sulle misure interdittive e accessorie e così via, nonché sulla erogabilità di sanzioni penali a persone fisiche responsabili di particolari violazioni.

Purtroppo, quella delega, che aveva suscitato grandi aspettative e aveva fatto decretare da parte di alcuni, forse un po' troppo presto, la fine del principio *societas delinquere non potest*, e si riferiva ad alcuni settori specifici tra cui anche i reati di lesioni colpose e omicidio colposo se commessi con violazione delle norme sulla sicurezza e igiene del lavoro, ha avuto attuazione solo per una parte, restando esclusa proprio quella che era – ai nostri fini – di maggior interesse. Ma il tema va ripreso certamente, perché già nella prima attuazione la legge ha provocato serie riflessioni anche sulle cause dei comportamenti illeciti all'interno delle aziende e sulle misure per prevenirli; il che tornerebbe particolarmente utile in un campo come quello del lavoro e in un settore delicato come quello della sicurezza del lavoro.

Nel concludere, è appena il caso di precisare che non si è fatto alcun riferimento, in questa relazione, al problema dell'indennizzo e dell'intero profilo assicurativo. L'omissione è volontaria, perché a questi temi specifici e non meno rilevanti sono dedicate altre relazioni. E tale è l'ampiezza della materia oggi in considerazione che sarebbe davvero assurdo abbandonarsi a inutili e non pertinenti invasioni di campo.

Mi preme, infine, come definitiva conclusione, sottolineare che tutto quanto si è detto presuppone soprattutto l'affermazione di una vera cultura della prevenzione, che ancora non si può dire esistente nel nostro Paese. Solo il diffondersi di una cultura del genere potrà aiutare a comprendere i nuovi fenomeni e individuare le misure occorrenti per prevenirli, suscitando in tutti gli organismi

pubblici e privati quel senso di responsabilità che dovrebbe tra l'altro scattare comunque a fronte di un fenomeno che rappresenta, per i dati di cui ancora disponiamo, sia per quanto riguarda gli infortuni, che per quanto riguarda le malattie, una vera tragedia, insopportabile per una società civile.

SEZIONE II

LA TUTELA CONTRO LE DISCRIMINAZIONI DI GENERE E LE MOLESTIE SESSUALI

1. SCRITTI E DISCORSI

Relazione al Convegno Ancorpari*

Sono molto lieto di partecipare a questo Convegno.

È, per me, un'occasione importante per avere una più precisa nozione dei contenuti della vostra attività e dei problemi sui quali vi state interrogando. In questo senso, la relazione della vostra Presidente ha già fornito un contributo prezioso.

Devo ammettere che, da molti punti di vista, le vostre iniziative appaiono più avanzate ed incisive perfino degli interventi di alcuni organi costituzionali. (Mi è sembrata molto importante, per esempio, l'iniziativa sulle polizze assicurative per l'assistenza legale nelle azioni in giudizio).

Mi compiacio anche del fatto che cerciate di sopperire, con le vostre iniziative, alle manchevolezze che si evidenziano nell'azione complessiva delle strutture istituzionali, che pure avrebbero il dovere assoluto di garantire il funzionamento degli organismi esistenti nel nostro ordinamento.

Come è noto, nel 1995 la Commissione lavoro del Senato – da me presieduta – ha condotto un'indagine conoscitiva sullo stato di attuazione della legge 125 del 1991. La relazione finale svolta dalla Commissione tracciava un quadro che, sotto molti profili, non si poteva dire confortante.

Il documento conclusivo dell'indagine dedicava al problema delle Consigliere di parità alcune attente considerazioni, che evidentemente sono tuttora attuali, a giudicare da quanto ascoltato nella relazione introduttiva.

Il documento, oltre a registrare l'importanza che la Commissione lavoro del Senato attribuiva al ruolo della Consigliera di parità, diceva – tra l'altro – che nell'istituire quell'organismo sembrava si fosse pensato a delle figure più prossime a degli eroi missionari, che a dei pubblici controllori dotati di strumenti concreti per l'effettiva esplicazione delle funzioni loro assegnate dalla legge. Era un'osservazione dura, ma corrispondeva alla realtà che ci si era presentata nel corso dei numerosi sopralluoghi effettuati in varie zone d'Italia e delle varie audizioni, in Commissione e sul territorio, di molte delle parti interessate.

Nel complesso, era emerso un quadro francamente preoccupante.

La legge n. 125/91 è assolutamente inequivocabile sulla natura del ruolo assegnato alla figura del Consigliere di parità: è l'elemento costitutivo di un reticolo fondamentale per la strutturazione di tutte le azioni volte a conseguire l'obiettivo della parità. Peraltro, per operare secondo tale impostazione, questa figura avrebbe avuto bisogno di strumenti adeguati, mentre ciò che era risultato con grande evidenza era che in molti casi gli strumenti si riducevano a una scrivania e a un telefono, in altri casi neanche a quello. A mancare del tutto, inoltre, erano

* Relazione di Carlo Smuraglia al Convegno dell'Associazione Nazionale delle Consigliere di parità tenutosi nel luglio del 1998 inedito per quanto consta.

i mezzi, anche di natura finanziaria, per affrontare spostamenti e trasferte e per svolgere concretamente qualsiasi attività di ispezione e controllo, ma anche di documentazione e confronto con altre realtà.

Nel corso dell'indagine, alla nostra proposta di convocare a Roma tutte le Consigliere di parità, per audirle, ci fu opposta l'obiezione che il limitato gettone di presenza e l'esigua previsione di spesa, da parte degli organi ministeriali, non consentivano di ritenere quella trasferta un'attività riconducibile all'ordinario esercizio delle loro funzioni.

C'era un altro dato significativo che la relazione conclusiva dell'indagine non aveva mancato di registrare. Le azioni in giudizio promosse dalle donne in generale e, come prevede la legge, dalle Consigliere di parità, dall'entrata in vigore della normativa fino a quel momento erano risultate piuttosto poche, né si era registrata alcuna significativa tendenza all'aumento. Per questo fatto, si dava una spiegazione duplice.

Da un lato – si osservava – era da mettere in conto una certa riluttanza, per chi si trova in una situazione specifica, a promuovere un'azione in giudizio assumendosene personalmente la responsabilità. È comprensibile, infatti, che in una condizione di disparità e di oggettiva difficoltà, non susciti grande entusiasmo l'idea di promuovere iniziative giudiziarie, tanto più sapendo di andare incontro a tempi lunghi e a ostacoli di varia natura. Soprattutto, è difficile sostenere la determinazione ad intraprendere la via giudiziaria, essendo consapevoli di potersi trovare nella condizione di non poter più svolgere il proprio lavoro con serenità. È per far fronte a questa difficoltà che la legge prevede che possano essere le stesse Consigliere di parità a promuovere le azioni in giudizio.

D'altra parte – veniva anche rilevato in quella relazione – nulla è stato mai predisposto per ciò che attiene l'assistenza legale e le relative spese. A questo proposito, si osservava che l'ipotesi, da qualcuno avanzata, di devolvere questa funzione all'Avvocatura dello Stato, in primo luogo avrebbe richiesto un intervento legislativo – giacché tale funzione non è prevista tra i compiti assegnati all'Avvocatura dello Stato –, in secondo luogo avrebbe lasciato scoperto tutto il settore della pubblica amministrazione, dove l'Avvocatura dello Stato non ha titolo per assumere la difesa del ricorrente o del resistente (se si preferisce, del denunciante o del denunciato).

Il problema era certamente delicato.

Nella relazione si formulavano delle proposte concrete, affiancandole peraltro a delle indicazioni molto stringenti e pertinenti circa l'attività che il Parlamento dovrebbe esercitare nell'esercizio delle sue funzioni di controllo e di stimolo dell'attività del Governo. Si sarebbe potuto pensare che dalla pubblicazione del documento – avvenuta nel settembre 1995 – i destinatari avrebbero tratto argomenti rilevanti per mettersi in movimento, per colmare tutte le lacune segnalate. In effetti, neanche la Commissione lavoro ritenne di poter fare troppo affidamento sulla forza di autorità morale del Parlamento. Infatti, ad un anno

di distanza dalla conclusione dell'indagine, la Commissione convocò il Ministro del lavoro per sentire che cosa si fosse fatto, nel frattempo, in termini generali, e quali soluzioni si fossero adottate per i problemi specifici che erano stati sollevati. Il Ministro Treu venne in Commissione lavoro e dichiarò di condividere le conclusioni di quel documento, aggiungendo che la legge n. 125/91 gli appariva ancora valida nella sua impostazione fondamentale. In particolare, in quell'occasione il Ministro ammise la permanenza della lamentata carenza di strumenti e di risorse finanziarie idonee a garantire la funzionalità dei Consiglieri e dei Centri per le pari opportunità, aggiungendo una constatazione di grande rilievo: nella pubblica amministrazione, permangono forti e diffuse resistenze alle problematiche della parità, al punto che lo stato di attuazione della legge risulta più arretrato nel comparto pubblico che in quello privato.

Ad un anno dalla pubblicazione della relazione, erano essenzialmente queste le considerazioni che il Ministro del lavoro svolgeva: per un verso dichiarava di condividere le conclusioni dell'indagine, per un altro verso lasciava intendere che la situazione era rimasta immutata. Poiché non può essere certo la Commissione lavoro del Senato, o quella della Camera, a procedere allo stanziamento di risorse e all'attuazione di misure d'intervento specifiche, non si capisce di chi altri sarebbe stato questo compito se non del Governo stesso. Eppure, a giudicare dall'esito dell'audizione, sembrava che il compito del Ministro si riducesse ad una mera constatazione, ad una – sia pur convinta – dichiarazione di condivisione dell'analisi svolta.

Considerazioni analoghe faceva anche il Ministro delle pari opportunità, il cui dicastero, all'epoca, era stato appena istituito. Il Ministro Finocchiaro, in quell'occasione, sottolineava l'esigenza di un rifinanziamento della legge n. 125/91 nell'ambito della Finanziaria 1996, pur rilanciando contestualmente la linea di una valorizzazione del "genere" nel quadro dell'azione di Governo complessiva, in modo da consentire l'effettività delle pari opportunità per tutti, in tutti i campi.

Quindi, ad un anno di distanza, eravamo a quel punto.

Oggi l'interrogativo è se, passato un altro anno, abbiamo davvero compiuto dei passi avanti o meno. Io ho la sensazione che veri passi avanti con si siano compiuti.

È ancora all'ordine del giorno il richiamo a far confluire lo sforzo di tutti verso una forte e diffusa azione di sollecitazione di chi è responsabile del mantenimento degli impegni assunti e della realizzazione degli interventi già individuati come necessari e indifferibili. È ancora importante lavorare per creare le condizioni affinché le Consigliere di parità possano svolgere il loro mandato liberamente e nella pienezza delle loro funzioni.

A questo proposito, devo dire che si erano registrate delle significative aperture, dei concreti cenni di attenzione al problema della parità, anche nell'ambito degli accordi tra Governo e parti sociali. Nell'accordo del 3 luglio 1993 si faceva

riferimento alla necessità di definire le azioni positive per le pari opportunità nel quadro dell'obiettivo prioritario della promozione dell'occupazionale femminile. L'indicazione concreta era l'ampliamento del finanziamento della legge n. 125/91 e l'integrazione con altri strumenti legislativi e contrattuali, con particolare riferimento agli strumenti di politica attiva del lavoro.

Le stesse indicazioni sarebbero state riprese nell'accordo stipulato tra il Governo e le parti sociali il 24 settembre 1996. Anche allora le parti concordarono sull'esigenza di dare piena attuazione al principio di pari opportunità, riservando al Ministro competente la responsabilità di un'azione di impulso e di coordinamento complessivo, finalizzata alla promozione e al potenziamento delle singole iniziative.

Nell'accordo tra le parti sociali e il Governo sottoscritto, nello scorso ottobre, a margine della crisi politica che si era aperta nella maggioranza, questi accenni compaiono in tono assai minore. Il documento, pur contenendo una lunga serie di riferimenti alle politiche del lavoro, riserva un rilievo modesto alle politiche di parità.

Si può dunque dire, in termini riassuntivi, che nella considerazione complessiva del fenomeno non sono stati compiuti, ad oggi, dei passi avanti sufficienti a consentire la piena attuazione della legge 125/91 e l'effettivo funzionamento degli organismi istituzionalmente preposti alla sua applicazione.

Recentemente, una direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri – un tipo di provvedimento raramente usato nel nostro sistema istituzionale – ha richiamato i singoli Ministri alla necessità di dare attuazione, negli ambiti di rispettiva competenza, alle politiche di pari opportunità. È un'iniziativa importante: sfruttando una prerogativa della Presidenza del Consiglio, essa indica agli apparati ministeriali una direzione precisa; formula un esplicito richiamo alla necessità di dare attuazione alla legge 125/91, con particolare riferimento alle azioni positive e alle azioni da svolgere in giudizio; pone, implicitamente, il conseguimento delle pari opportunità in tutti i campi tra gli obiettivi da perseguire, in quanto sposta l'accento sul tema della considerazione dei problemi della donna in un contesto complessivo, trattandolo non come un tema separato rispetto agli altri, ma come elemento centrale delle politiche del lavoro e di tutte le politiche sociali.

Questa direttiva, se attuata e pienamente applicata, può costituire la premessa indispensabile per compiere un ulteriore passo avanti.

Non considero la legge 125/91 un punto di arrivo. Sono consapevole che l'elaborazione della materia, anche in ambito internazionale, è in continua evoluzione verso obiettivi sempre più avanzati. Ma ritengo che in questa fase di sviluppo, ancora fortemente dinamica, la prima cosa da fare è garantire che almeno gli strumenti già previsti vengano finalmente utilizzati nella loro pienezza, a ormai sette anni di distanza dalla loro introduzione. Il rischio è quello di compiere delle fughe in avanti: non avendo ancora realizzato quanto già codificato in

termini legislativi, non si potrebbe avere alcuna garanzia circa l'effettiva possibilità di attuazione degli strumenti normativi che ancora dobbiamo immaginare per l'avvenire; ad essi, infatti, potrebbe essere riservata l'infelice sorte di alcuni istituti già previsti dalla l. 125/91.

Questa osservazione mi sembra importante, anche perché in vari contesti sembra emergere la tendenza a considerare il problema della discriminazione – che poi è il problema ispiratore delle prime leggi in materia di lavoro femminile – come qualcosa che ha già trovato, in qualche modo, una soluzione. Accade ormai con una certa frequenza di vedere espresso, qua e là, il concetto che, in fondo, la questione della discriminazione sessuale è oggi meno acuta che in passato. Credo che queste valutazioni non siano corrette: il problema della discriminazione è ancora attualissimo; solo che le forme con cui si manifesta sono diventate molto più sofisticate rispetto al passato. Ad esempio, casi come quello dell'imprenditore di Rho che alcuni anni fa, richiedendo all'ufficio di collocamento cinque lavoratori, poneva la condizione che fossero maschi, nell'Italia di oggi non si verificano più. Le forme sono molto più sottili; l'intenzione discriminatoria non viene espressa per iscritto; la selezione avviene comunque, ma con altre modalità, più occulte e indirette. Considerare superato e risolto il problema, solo perché si manifesta in forme meno plateali di un tempo, mi appare come uno sforzo di illudersi, magari più nelle intenzioni, ma dannoso nella sostanza. Pertanto, inviterei a diffidare delle speranze che si tramutano in realtà soltanto nel pensiero di chi le nutre: le speranze sono solo speranze...

È bene, però, affermare che la battaglia contro le discriminazioni non può più essere affrontata come una battaglia di retroguardia, tesa a colmare una disuguaglianza, un disavanzo nel sistema delle tutele, sanabile solo aiutando la categoria svantaggiata ad avvicinarsi alle altre.

La battaglia contro le discriminazioni deve fare un passo avanti: non c'è politica antidiscriminatoria che non sia contemporaneamente una politica di pari opportunità, che non contempra la necessità di considerare tutti gli esseri umani come soggetti nelle stesse condizioni di partenza. Naturalmente, deve essere riconosciuta e valorizzata la natura peculiare di ciascuno, devono essere tenute in debito conto le caratteristiche intrinseche degli individui. L'obiettivo non è parificare a tutti i costi, ma eliminare gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno sviluppo della persona umana, quale che sia il suo sesso e la sua condizione lavorativa, in accordo – peraltro – con il dettato costituzionale.

Le vicende di alcuni disegni di legge testimoniano degli sforzi che sono stati fatti per superare qualcuno di questi ostacoli. In tal senso, mi sembra significativa la storia parlamentare del disegno di legge di cui sono presentatore – al quale faceva riferimento anche la vostra Presidente –, in materia di molestie sessuali nei luoghi di lavoro. Secondo una modalità probabilmente inedita nella storia del Senato, la discussione sul provvedimento si è interrotta a metà del suo *iter* di trattazione: una volta arrivati all'esame dell'articolo 5, la discussione è stata

sospesa e da un anno e mezzo non si trova il tempo e il modo di reinserire il provvedimento all'ordine del giorno!

Incredibilmente, ogni sollecitazione e insistenza fino ad oggi si è dimostrata vana. Basterebbero due ore per arrivare fino in fondo e giungere all'approvazione del disegno di legge. Eppure queste due ore non si sono trovate, nonostante il vistoso carteggio che si è nel frattempo sviluppato tra me, il Presidente del Senato e i Capigruppo (cui compete direttamente la formazione dell'ordine del giorno). A fronte di questo intenso scambio epistolare, ho di volta in volta ottenuto che il disegno di legge venisse calendarizzato per una data specifica che, immancabilmente, per l'improvvisa sopravvenienza di un'emergenza – crisi albanese, quote latte, ecc. –, diventava impraticabile.

Una vicenda del genere deve comunque indurre a qualche riflessione, giacché non solo è senza precedenti il fatto che un disegno di legge venga lasciato a metà del suo *iter*, ma è del tutto ingiustificabile che ciò accada per un provvedimento già approvato da un ramo del Parlamento. È bene ricordare, infatti, che nella scorsa legislatura il Senato aveva già approvato e trasmesso alla Camera quel testo. Lo scioglimento delle Camere azzerò proceduralmente il lavoro fatto fino a quel momento. Insediato il nuovo Parlamento e ripresentato il testo nella versione già approvata, ottenemmo dal Senato la dichiarazione di urgenza, in modo da assicurare al provvedimento priorità e speditezza di trattazione. Si è poi visto, in concreto, quale effettività ha avuto quell'assunzione di impegno del Senato.

Ho raccontato questa vicenda per dire che forse, nonostante le accresciute dichiarazioni di attenzione verso queste tematiche, i tempi non sono sostanzialmente migliorati: se fatti del genere accadono perfino al livello che si supporrebbe più ricettivo degli umori collettivi, deve pure esserci un difetto di sensibilità complessivo!

Viene il sospetto che ci sia un serio problema culturale di sottovalutazione, se il Senato, che poteva approvare questo disegno di legge già nella legislatura precedente, oggi, quando il processo di assimilazione e riflessione dovrebbe essere più avanzato, non riesce a farlo. Se così fosse, vorrebbe dire che c'è ancora bisogno di insistere, che occorre intensificare ulteriormente l'azione di pressione sui temi della parità.

In quel disegno di legge giacente in Parlamento c'è un articolo – l'articolo 5 – che riguarda direttamente la figura del Consigliere di parità. La norma, in particolare, la riguarda sotto due profili. Uno di essi – che pure qualche perplessità ha suscitato tra le Consigliere stesse – concerne l'attribuzione di una funzione nuova. È la funzione di primo punto di riferimento per i soggetti – in massima parte le donne – esposti al fenomeno delle molestie sessuali nei luoghi di lavoro e generalmente indotti al silenzio, anche [per] la mancanza di un interlocutore legittimato e affidabile. Proprio qui in Lombardia, a Crema, è venuto alla luce un caso emblematico, quello di sei donne sottoposte – singolarmente – ad una

serie di molestie. Hanno taciuto per anni, senza riuscire a parlare nemmeno tra loro. L'idea di garantire, attraverso le Consigliere di parità, un punto di riferimento stabile, di istituire un interlocutore legittimato con cui si possa parlare nella garanzia della riservatezza, da cui possano venire indicazioni, suggerimenti ed eventualmente la promozione di azioni, trae spunto proprio dalla frequenza e tipicità di casi come quello di Crema. L'altro punto fondamentale sul quale insiste l'articolo 5 riguarda la dotazione di mezzi, strumenti e risorse – anche economiche – che deve essere assicurata alla Consigliera di parità, per dare piena effettività alla sua funzione.

Con il resto del disegno di legge, dunque, è rimasto al palo anche quell'articolo, che coglieva, opportunamente, l'esigenza di dare una struttura economica agli istituti di parità, un problema tutt'altro che secondario, rimasto irrisolto negli anni.

Il problema più profondo, evidentemente, è di sensibilità collettiva, una sensibilità che dal 1991 non sembra aver fatto molti passi in avanti.

Ho avuto occasione di dire, anche in altri contesti, che le responsabilità sono molte e che, in parte – lo dico con franchezza –, sono da rintracciare presso gli stessi soggetti interessati. È nel costume del nostro Paese, ma forse anche degli altri, la convinzione che una battaglia democratica su temi di principio che rivestono un interesse per la vita democratica raggiunge il traguardo più alto e definitivo nell'approvazione di una legge. Bisogna invece sapere che una legge di riforma, per quanto importante e condivisa, trova sempre, nelle strutture tradizionali preesistenti, delle istintive e inesorabili resistenze alla sua sostanziale applicazione. Sospendere una battaglia di principio al momento della prima ratifica legislativa è un errore tra i più gravi che si possano commettere.

È accaduto con la legge n. 903 del 1977. È accaduto soprattutto con la legge n. 125 del 1991; anche se è il caso ricordare che se si è ottenuta una legge così importante è stato per la presenza di una vastissima mobilitazione delle donne, delle associazioni femminili e delle organizzazioni sindacali, che hanno spinto fino ad ottenere un largo consenso anche presso le forze politiche e, quindi, l'approvazione in Parlamento della legge. Purtroppo una parte di questo sostegno complessivo è venuta meno, nella convinzione che il traguardo fosse stato raggiunto. Invece, le resistenze sono prevedibilmente cominciate dopo, al momento della concreta attuazione della legge. Quelle forze, dunque, andrebbero rimesse in campo al più presto.

L'obiettivo, a questo punto, non è solo quello di attuare in pieno la legge n. 125/91, ma addirittura quello di andare oltre.

A questo proposito, vorrei soffermarmi brevemente su alcuni supposti ostacoli alle azioni di parità che, secondo qualcuno, sarebbero derivati da successivi cambiamenti del quadro legislativo. Si tratta, a mio avviso, di ostacoli facilmente superabili, purché si intenda correttamente il vero spirito delle azioni di parità.

È di questi giorni la pubblicazione del decreto legislativo del Governo in materia di riforma del mercato del lavoro. Il decreto – varato il 23 dicembre scorso, ma pubblicato solo l'8 gennaio – delinea una grande riforma del sistema degli strumenti di governo del mercato del lavoro*. È una riforma globale e articolata di un sistema notoriamente fatiscente e inadeguato, la cui modernizzazione e riqualificazione era da tempo invocata da varie parti. Non mi soffermo sulle caratteristiche di questo provvedimento, che presenta, dal mio punto di vista, luci ed ombre. Mi interessa il disegno complessivo di riforma, volto ad ottenere che il governo del mercato del lavoro non si risolva tanto nel semplice avvicinamento di domanda e offerta di lavoro, ma si trasformi in un sistema integrato che partendo dalla formazione arrivi alla fase terminale di incontro tra domanda e offerta di lavoro. È questa la grande ambizione di fondo della riforma appena varata: creare un apparato integrato, fortemente decentrato, capace di far fronte alle esigenze di un mercato del lavoro che è profondamente cambiato negli ultimi anni e per il quale gli istituti tradizionalmente esistenti si sono dimostrati totalmente inadeguati.

La riforma del sistema delineata dal nuovo impianto normativo passa anche attraverso la soppressione di alcuni organismi, in particolare quelli in cui era prevista la presenza dei Consiglieri di parità. Si tratta di un grave danno per la causa della parità, o è piuttosto l'occasione per guardare il problema sotto un altro profilo?

Per quanto riguarda il livello regionale, va osservato innanzitutto che il decreto legislativo del [3] dicembre 1997 [n. 469] articolo 4, lettera *b*), prevede la costituzione di una Commissione permanente tripartita, come sede concertativa di valutazione e verifica delle linee programmatiche e delle politiche del lavoro di competenza regionale. È un istituto che alcuni hanno scambiato per un organismo puramente consultivo e non operativo. Può invece essere uno strumento molto importante: il luogo in cui si progetta, si valuta e si verifica la politica attiva complessiva. Non, dunque, un'operazione burocratica, ma un processo cui concorrono fortemente istituzioni e parti sociali, come componenti integrate di un unico sistema complessivo. È importante il fatto di aver espressamente previsto che di questa Commissione faccia parte il Consigliere di parità nominato ai sensi della legge 125/91. Il Consigliere di parità esce dunque dal contesto entro cui era inserito – perché quel contesto viene abolito dalla riforma del mercato del lavoro –, ma entra in un organismo nuovo, guadagnando una postazione da cui godere di una prospettiva più ampia e globale circa le politiche attive del lavoro. L'idea – ormai in progressiva affermazione, anche al di là dello spirito

* [Carlo Smuraglia si riferisce al d. lgs. n. 469/1997, Conferimento alle Regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di mercato del lavoro, a norma dell'articolo 1 della legge 15 marzo 1997, n. 59, che rappresenta il primo intervento di trasferimento delle funzioni di collocamento, sino ad allora esercitate dal Ministero del lavoro, alle Regioni ed enti locali. Il d.lgs. 469/97 è stato formalmente abrogato dal d.lgs. 150/2015, che ora regola la materia.]

della l. 125/91 – che il problema del lavoro femminile non può essere visto in modo segregato o settoriale, ma va inserito in una linea politica generale, trova in questo approccio la massima esplicazione. Il Consigliere di parità, infatti, non siederà in quella Commissione regionale solo per intervenire, in funzione difensiva, sulle differenze e gli squilibri già esistenti nella società e penalizzanti per le donne. Egli dovrà essere lì per partecipare attivamente alla definizione di una politica del lavoro che assuma la problematica femminile tra le componenti costitutive fondamentali. È quello cui oggi qualcuno si riferisce, dicendo che si deve “correre in mezzo alla corrente”. In questo caso, la corsa in mezzo alla corrente è lo strumento attraverso cui realizzare, contestualmente, una politica di pari opportunità e una politica attiva di valorizzazione del lavoro femminile, inteso come grande risorsa ancora parzialmente inespressa nel nostro Paese e non, dunque, come area sociale e produttiva tutelata entro cui circoscrivere una specie protetta.

Lo stesso problema è affrontato in modo analogo anche a un livello più locale, su scala provinciale. Anche lì è prevista una Commissione per le politiche del lavoro, concepita come organismo tripartito permanente, esteso al Consigliere di parità.

Questi due organismi, regionale e provinciale, entro i quali i Consiglieri di parità sono inseriti a pieno diritto e nella stessa posizione, possono diventare, come talvolta accade nel nostro Paese, apparati irrilevanti e ininfluenti, [che la politica può occasionalmente interpellare]. Ma può anche accadere che questi organismi diventino il motore propulsivo di tutte le politiche di livello decentrato: regionale, provinciale e, quindi, anche comunale. In questo senso, la responsabilità dei Consiglieri di parità nell'interpretazione del loro ruolo è di grandissima importanza. Naturalmente occorrerà – è bene ribadirlo ancora una volta – che essi abbiano a disposizione la dotazione necessaria, in termini di strumenti operativi e di risorse finanziarie. In una congiuntura di trasformazione e di profondo cambiamento strutturale del sistema – quale è quella che stiamo attraversando – è particolarmente importante che i Consiglieri di parità si ritaglino una posizione della massima rilevanza possibile.

Rimangono da risolvere anche gli altri problemi ai quali ho fatto cenno: ristrutturazione delle funzioni, facilitazione delle azioni in giudizio, riconsiderazione delle azioni positive e delle modalità, diverse dal passato, attraverso cui promuoverle. È noto, infatti, che in nome delle azioni positive sono state spesso promosse e finanziate attività che potevano essere svolte in altri ambiti e con altri fondi. Alcune aziende, per esempio, hanno svolto programmi di formazione generica, utilizzando risorse che erano destinate alle azioni di parità.

Inoltre, non credo che, anche alla luce della imminente riforma del Ministero del lavoro e del suo decentramento, si possano profilare pericoli per il funzionamento complessivo del sistema di parità. Anche a livello di organizzazione centrale, non mi pare che nessuna norma, tra quelle attualmente vigenti, autorizzi

l'esautorazione della Consigliera nazionale di parità e del Comitato permanente. È possibile, però, che si debba immaginare la ristrutturazione di un organismo che già nel 1995 il Ministro del lavoro definiva elefantiaco, poco fluido, con serie difficoltà di funzionamento anche nel settore istruttorio, quello preposto all'individuazione delle azioni positive da ammettere al finanziamento. In ogni caso, non è immaginabile che la ristrutturazione del Ministero del lavoro possa arrivare a porre un limite ad una linea di azione che è definita da una legge statale che nessuno ha abrogato**, che non penso possa essere abrogata e che, anzi, una recente direttiva del Consiglio dei Ministri invita ad attuare rapidamente, in tutte le sue parti.

In sintesi, la mia valutazione della situazione si può riassumere in questi termini: le modifiche ordinamentali che sono in corso non possono creare alcun ostacolo all'azione delle Consigliere di parità e alla piena applicazione della legge 125/91; al contrario, possono consentirne uno sviluppo ulteriore e più avanzato.

Occorre avere la consapevolezza di questo e, allo stesso tempo, insistere fortemente presso gli organi competenti affinché provvedano a garantire le dotazioni strumentali e finanziarie necessarie al concreto funzionamento degli istituti di parità. Diversamente, il ricorso alle azioni in giudizio rimarrà condizionato al sostegno di iniziative private, spesso serie e lodevoli – come la vostra –, ma pur sempre ispirate da uno spirito di volontariato volto a supplire ad un'obiettiva insufficienza degli organismi istituzionali.

In definitiva, occorre ancora un forte impegno per tenere desto lo spirito che ha condotto all'approvazione della legge 125/91 e che ha ispirato il complessivo ripensamento delle politiche attive del lavoro tuttora in atto a livello nazionale – ma anche a livello internazionale – come ha dimostrato la Conferenza di Pechino.

Dalle Consigliere di parità ci aspettiamo che si mettano alla testa di un rinnovato e rivitalizzato movimento di pressione e di sensibilizzazione sui temi della parità, capace di superare tutte le resistenze residue, in particolare quelle di natura culturale, ma anche di dare un forte impulso propositivo alla creazione di strumenti nuovi e più avanzati.

C'è un gran bisogno di voi. C'è un gran bisogno delle Consigliere di parità per vincere fino in fondo questa battaglia di civiltà.

** [Come noto, la normativa di cui alla l. n. 125/91 è confluita nel d. lgs. 198/2006, Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'art. 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246 e le istituzioni di parità sono state oggetto negli anni successivi di revisioni. Sulla condizione e sulle vicende di dette istituzioni si v. il contributo di M. BARBERA, *Eguaglianza e istituzioni di parità*, nel Vol. I di questa opera, in <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/view/178/531/1519>, pag. 211.]

Le discriminazioni di genere sul lavoro. Dall'Europa all'Italia - Considerazioni conclusive*

Lo svolgimento di relazioni accurate e dotate tutte di particolare acutezza e profondità di riflessione, nonché di alcuni interventi particolarmente stimolanti, consente solo di aggiungere qualche considerazione conclusiva.

A me sembra che si sia evidenziata da un lato la perdurante attualità del problema e l'opportunità, anzi la necessità, di occuparsene a fondo, e dall'altro la singolarità della situazione normativa e culturale del nostro Paese rispetto all'Europa.

Parecchi anni fa, la Fondazione Malagugini tenne un convegno, a Milano, sulle «azioni positive (un primo bilancio sulla legge 125/91)»^{**}; quella legge, con tutti i suoi limiti e difetti, ben evidenziati nel convegno, ci poneva in un certo modo su una posizione di avanguardia, quanto meno tra i Paesi più progrediti; e suscitava speranze e aspettative. Sembrava, allora, che fosse possibile, per noi, insegnare qualcosa all'Europa, ancora ferma alle proclamazioni generiche e di principio; e forse non solo all'Europa.

Qui, oggi, si è rilevato come, in qualche modo la situazione si sia rovesciata: le istituzioni europee hanno fatto molti passi avanti nella riflessione e anche nell'elaborazione di documenti sempre più impegnativi, fino a utilizzare la forma della direttiva; e l'Italia, al contrario, ha applicato poco e male le principali indicazioni della legge 125, non è riuscita a estrarne tutte le potenzialità e alla fine, se ha compiuto qualche limitato progresso, è stato solo perché – appunto – gli strumenti comunitari glielo hanno imposto; e anche qui è da rilevare – concordo pienamente con le osservazioni di Maria Vittoria Ballestrero e Gisella De Simone – come la stessa attuazione delle più recenti direttive sia stata fatta in termini riduttivi, spesso quasi di malavoglia e come obbedendo a una costrizione.

È proprio qui che si rileva la natura profondamente culturale e politica (in senso lato) del problema e dell'approccio che ad esso dedica da anni il nostro Paese. D'altronde, lo dimostrano con chiarezza alcune vicende estremamente significative.

* Relazione conclusiva di Carlo Smuraglia al Convegno «Le discriminazioni di genere sul lavoro. Dall'Europa all'Italia», promosso dalla Fondazione Malagugini con la partecipazione della Cgil Lombardia e della Camera del lavoro, tenutosi a Milano il 26 marzo 2004, pubblicata sul volume a cura di C. SMURAGLIA, *Le discriminazioni di genere sul lavoro. Dall'Europa all'Italia*, Roma, Ediesse, 2005, pag. 85.

** [Gli Atti del Convegno sono pubblicati in AA.VV., *Le azioni positive. Un primo bilancio sulla legge 125/91*, Milano, FrancoAngeli, 1993.]

Dopo l'exploit della legge 125 e dopo i primi entusiasmi, c'è stata quasi una corsa all'inattuazione. Nella relazione della Commissione lavoro del Senato del 26 settembre 1995, a conclusione dell'indagine conoscitiva sullo stato di attuazione della legge 125/91, emergeva con chiarezza un quadro tutt'altro che soddisfacente; tant'è che la relazione si concludeva con una precisa indicazione di ciò che occorrerebbe fare per realizzare davvero i contenuti fondamentali della 125 e anzi andare avanti. Non mancava, nella relazione, l'analisi delle cause dell'inattuazione della legge, indicate sotto molteplici profili: anzitutto, il freno rappresentato dalla teoria di chi sosteneva che la legge era stata una forzatura e dunque sarebbe stata troppo avanzata rispetto ai tempi e alle situazioni reali per poter essere attuata; in secondo luogo, le resistenze dei conservatori di sempre, ostili a ogni novità e a ogni segnale di vero progresso civile e sociale; in terzo luogo, la mancata predisposizione di strumenti e mezzi adeguati. Ma a queste cause più evidenti, bisogna aggiungere la convinzione che si trattasse di una legge «per le donne» e «delle donne»; talché molti si sentivano autorizzati a non occuparsene; col paradosso, però, che neppure tutte le donne erano convinte che la legge servisse e fosse utile davvero e anzi alcune teorizzavano addirittura la sua inattualità.

La Commissione concludeva asserendo la necessità che tutti (organi istituzionali, organizzazioni sindacali sociali e così via) si adoperassero a fondo per la formulazione di una diffusa cultura della parità e delle pari opportunità.

L'appello fu raccolto solo da alcune organizzazioni e associazioni, che oggettivamente si diedero da fare perché le innovazioni della 125 diventassero concreta realtà; e ci furono anche alcuni atti (pochi per la verità) importanti, da parte delle istituzioni pubbliche. Voglio citare, per tutti, un documento innovativo, quale la direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 1997 («Azioni volte a promuovere l'attribuzione di poteri e responsabilità alle donne, a riconoscere e garantire libertà di scelta e libertà sociale a donne e uomini»). Era un documento innovativo, che si indirizzava a tutti i Ministri, proponendo una linea di vera e propria *mainstreaming*, con puntuali indicazioni di obiettivi. Il documento era così significativo che fu rapidamente dimenticato e messo da parte, così come le proposte e le indicazioni della citata relazione della Commissione lavoro del Senato, che non ebbero alcun seguito operativo, ma alle quali addirittura non fece seguito neppure una qualsiasi ulteriore indagine.

Tutto questo è rivelatore di un gap culturale e politico rispetto alla realtà, rivelatosi negli anni quasi insormontabile, talora restando nascosto e talaltro emergendo addirittura in modo clamoroso.

Ci sono state, è vero, alcune modifiche alla 125, ma è difficile sostenere che esse abbiano avuto un successo reale, e abbiano rappresentato, nei fatti un concreto avanzamento.

Del resto, voglio ricordare ciò che è accaduto al disegno di legge sulle molestie sessuali nei luoghi di lavoro, richiamato anche da qualche relatore. Non

esprimo giudizi sulla bontà o meno di quel disegno di legge; ricordo soltanto che esso, presentato nell'agosto 1992, non ebbe esito alcuno in quella brevissima legislatura; ripresentato nella successiva, riuscì a ottenere l'approvazione del Senato il 26 settembre 1995, ma, trasmesso alla Camera, lì rimase fino alla fine della legislatura (anch'essa breve); ripresentato ancora, riuscì a ottenere di nuovo l'approvazione dell'aula del Senato il 23 aprile 1998 e fu trasmesso alla Camera dove giacque per ben ventidue mesi; quando iniziò la discussione, essa si protrasse per un anno, fino a quando finì anche quella legislatura, che non era stata breve. Una senatrice temeraria ripropose il testo all'inizio della quattordicesima legislatura, chiedendo l'urgenza; le fu risposto che bisognava rifletterci, anche se il problema esisteva davvero; e la riflessione fu tale che l'urgenza fu negata e del disegno di legge non si parlò più.

È una vicenda istruttiva e significativa. Perché un disegno di legge viene approvato due volte in un ramo del Parlamento e non riesce a passare mai nell'altro ramo? Perché nel 2001, nove anni dopo la prima presentazione del disegno di legge sulle molestie sessuali, c'era ancora bisogno di riflessione, un bisogno che peraltro sembra perdurare anche oggi?

Resistenze da parte imprenditoriale? Certamente sì, ma esse non erano bastate a fermare il disegno di legge al Senato. Dunque c'è stato qualcosa di più; magari qualche resistenza interna anche alla sinistra e qualche difetto di convinzione da parte di non poche donne parlamentari, soprattutto alla Camera, circa l'utilità di quella legge o circa la sua bontà, pur senza riuscire a presentare alternative. Io credo che anche qui si manifesti il problema culturale – politico – a cui accennavo. Non c'era stata una nota giornalista che parlando del testo del Senato, aveva scritto che quei senatori (certamente un po' avanti negli anni) avevano minacciato di togliere il «sale» ai rapporti intersessuali anche nell'ambito del lavoro, proibendo perfino cose che spesso sono gradite? Non aveva capito, io penso, che questo proposito non ce l'aveva nessuno, che tutti erano convinti che i rapporti «consensuali», fossero intoccabili e che il problema riguardava solo i comportamenti «indesiderati» e discriminatori. Ma tant'è: i pregiudizi sono duri a morire ed evidentemente quello scritto non esprimeva soltanto le opinioni dell'autrice ma anche quell[e] dei non pochi nemici (vittoriosi) dell'intervento legislativo.

Ma si potrebbe ricordare qualche altro episodio significativo: quando, finalmente, fu raggiunto un accordo – soprattutto per merito «trasversale» delle parlamentari – per l'approvazione della legge sulla violenza sessuale, in un ramo del Parlamento fu approvato contemporaneamente un ordine del giorno che ricordava che non bastava la repressione, ma che il problema era anche culturale e quindi occorrevano iniziative di informazione e di formazione; pertanto impegnava il governo e tutti gli organi istituzionali ad attivarsi in tal senso, soprattutto al fine di prevenzione e di creazione di quella cultura diffusa di cui ho già detto. L'ordine del giorno fu approvato all'unanimità e poi, come sempre, non ebbe il più piccolo seguito.

Si è poi presentata l'occasione delle direttive comunitarie del 2000 e del 2002 ricordate nelle relazioni. Non ci si poteva sottrarre all'obbligo di dargli attuazione nel nostro sistema ma lo si è fatto, prima di tutto, in ritardo e poi con le serie limitazioni denunciate soprattutto nelle due relazioni iniziali di questo convegno. Un'occasione, dunque, almeno in parte mancata. Infine, è stata approvata la legge comunitaria 2003 che all'articolo 17 delega il governo ad adottare entro 18 mesi i decreti legislativi per garantire l'effettiva applicazione del principio di parità di trattamento fra uomini e donne in materia di lavoro, per definire la nozione di discriminazione diretta e di discriminazione indiretta, per definire le molestie e le molestie sessuali nel quadro delle discriminazioni, e così via.

Stiamo aspettando, ovviamente, i decreti legislativi, sperando che essi vengano redatti nello spirito non tanto e solo della delega (di cui sono stati sottolineati alcuni limiti) quanto e soprattutto nel quadro delle indicazioni comunitarie e confidando che sia predisposto quanto necessario perché i principi siano corredati di mezzi e strumenti necessari per la concreta attuazione.

Siamo particolarmente ansiosi di vedere come si attuerà il disposto della lettera e) dell'art. 17 (prevedere misure adeguate per incoraggiare il dialogo fra le parti sociali al fine di promuovere il principio della parità di trattamento anche attraverso accordi collettivi, codici di comportamento, scambi di esperienze e pratiche nonché il monitoraggio delle prassi sui luoghi di lavoro). La regola, così come dettata, ha una sua rilevanza, anche se non tutto può essere deferito al dialogo fra le parti sociali, quasi che le istituzioni pubbliche non possano fare altro che dare incoraggiamenti ad altri; e anche se una più precisa presa di posizione antidiscriminatoria non avrebbe davvero fatto male, non trattandosi solo, ovviamente, di parità di trattamento.

Ma, nonostante tutto, il richiamo alla contrattazione collettiva, ai codici di comportamento, agli scambi di esperienze pratiche e al monitoraggio sembra andare un po' più lontano dalle consuete indicazioni di massima.

In realtà, altri Paesi stanno procedendo con maggiore energia e con maggior convinzione sulla linea che si desume soprattutto dagli atti delle istituzioni europee; faremmo forse bene a occuparci un po' di più delle iniziative legislative già adottate in Francia o di quelle che stanno maturando in Spagna, oltretutto degli atti, più o meno normativi, che da tempo sono stati assunti in alcuni Paesi scandinavi; ma soprattutto dovremmo riflettere su noi stessi e cercare di capire le ragioni di questa arretratezza culturale che ci impedisce di dar corso effettivo ad alcune «folgorazioni» (come la 125, per fare un esempio) che pure hanno investito positivamente il nostro Paese, e ci ostacola quotidianamente sul percorso di un vero riconoscimento dell'esistenza sempre più attuale di serie discriminazioni sul lavoro e della necessità di far diventare senso e coscienza comune quella che è ancora proclamazione e affermazione di principi a cui non riescono a corrispondere i fatti.

C'è da svolgere un grande lavoro. Ha ragione Maria Vittoria Ballestrero quando dice che non ci si può accontentare di aspettare che passi «a nuttata»; io credo che sia necessario tornare a quei grandi momenti di impegno collettivo che pure ci sono stati e ci sono di quando in quando nel nostro Paese, senza riuscire però a coagularsi entrando con continuità nella politica dei partiti, nell'impegno dei movimenti, nella diffusa coscienza civile.

Sembra quasi che in questo Paese tutto si attenui, alla lunga, e finisca per ristagnare nel disinteresse e nel distacco. Non può, non deve essere così; ma certo non ci si può affidare soltanto agli impegni e alle iniziative istituzionali e normative, anche se, bisogna dirlo con forza, su questi terreni occorre esigere comportamenti più decisi e convinti e più dotati di reale effettività. Una cultura diffusa contro le discriminazioni di ogni tipo si forma quotidianamente, con l'azione e l'impegno di tanti. E dunque alle organizzazioni sindacali dobbiamo chiedere di rendere più espliciti i riferimenti, nella contrattazione collettiva, alle regole e ai principi che abbiamo oggi ricordato, cercando di renderli effettivi, piuttosto che limitarsi alla riproduzione di affermazioni di puro principio. Alle associazioni e ai movimenti dobbiamo chiedere di non considerare raggiunti gli obiettivi ogni volta che qualcosa sia ottenuto, ma convincersi che questi problemi sono destinati ad assumere dimensioni sempre più vaste e complesse e dunque non è mai consentito acquietarsi e tornare a casa. Agli organi di informazione, bisogna chiedere – se possibile – di non fermarsi agli episodi più eclatanti (talora a quelli più pruriginosi), ma di cercare di contribuire, quotidianamente, alla riflessione e alla formazione di una cultura, diffusa e avanzata. Insomma, per dirla con le relatrici, ancoriamoci pure alle indicazioni comunitarie come punto stellare di riferimento, ma cerchiamo di andare avanti e di ottenere che il termine «dall'Europa all'Italia» possa non tanto invertirsi, quanto arricchirsi anche di un nostro contributo al complessivo processo di avanzamento, che sarà ancora più difficile adesso che altri Paesi, con diverse culture, stanno entrando ed entreranno giustamente nell'Unione europea.

Un'ulteriore e davvero conclusiva considerazione: credo si debba fare molta attenzione a non confondere fenomeni che possono essere assai diversi. Si tende ormai a parlare con sempre maggior frequenza delle molestie sessuali e del *mobbing* come se si trattasse di un fenomeno unico. Al contrario, ci sono profonde diversità, anche perché una caratteristica tipica del *mobbing* è quella della continuità e della persistenza mentre le molestie possono risolversi anche in un unico atto o comunque in comportamenti che non assumono ancora un connotato di sicura protrazione nel tempo. È vero che le molestie, quando non approdano allo sperato successo degli autori, possono sfociare agevolmente nel *mobbing*. Ma questo non basta a identificare i fenomeni. E poi, tutto il lavoro che si è fatto qui da noi ma anche e soprattutto in ambito europeo per inserire le molestie fra gli atti discriminatori, non va lasciato cadere in un'improduttiva confusione. Il *mobbing* può anche essere discriminatorio ma non lo è necessariamente e per definizione.

È un richiamo che ritengo necessario non in riferimento a questo convegno nel quale – del resto – la relazione della professoressa Cassitto è stata chiarissima al riguardo, ma in rapporto a un atteggiamento più generale, che, dietro l'innamoramento per le parole e per le mode, finisce per nascondere un'inutile confusione. Si tratta di fenomeni e problemi che hanno una loro struttura distinta e per i quali la mescolanza non è davvero utile.

Il riconoscimento delle molestie e delle molestie sessuali come discriminazioni è importante e rappresenta un traguardo che fino a pochi anni fa sembrava irraggiungibile; non è il caso di stemperarlo in rivoli troppo ampi per correre il rischio della confusione dei concetti e dei fenomeni.

Concludo davvero: il quadro che esce da questo convegno non è fatto di illusioni, certamente, ma neppure di depressioni sterili: dobbiamo prendere atto realisticamente della situazione, delle importanti novità che ci vengono dall'Europa e dalle quali non possiamo sottrarci, e dobbiamo cercare di andare avanti. Le esperienze – spesso negative – a cui si è fatto riferimento non debbono servire per concludere che non c'è nulla da fare, ma anzi debbono rappresentare un'indicazione e un insegnamento importante per capire quali nemici bisogna combattere, quali ostacoli bisogna superare e per quali ragioni è indispensabile, per dirla ancora con Maria Vittoria Ballestrero, «rimetterci a lavorare»; e concordo con lei anche sul fatto che bisogna farlo piuttosto in fretta.

2. ATTI ISTITUZIONALI

Disegno di legge n. 38 del 9 maggio 1996 - Norme per la tutela della dignità e libertà della persona che lavora, contro le molestie sessuali nei luoghi di lavoro

SENATO DELLA REPUBBLICA
XIII LEGISLATURA

DISEGNO DI LEGGE N. 38

d'iniziativa del senatore SMURAGLIA, DE LUCA MICHELE, PELELLA, DE GUIDI, TOIA, D'ALESSANDRO PRISCO, DANIELE GALDI, MANCONI, BEDIN, BERNASCONI, BRUNO GANERI, BUCCIARELLI, PAGANO, PILONI, PIZZINATO, SQUARCIALUPI, ROCCHI e MANIERI

COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 9 MAGGIO 1996

Norme per la tutela della dignità e libertà della persona che lavora, contro le molestie sessuali nei luoghi di lavoro

ONOREVOLI SENATORI. – Il 26 settembre 1995 il Senato ha approvato un disegno di legge recante il titolo «Norme per la tutela della dignità e libertà della persona che lavora, contro le molestie sessuali nei luoghi di lavoro».

Quel testo, frutto di un lungo lavoro in Commissione e poi in Aula, nel corso del quale si erano realizzate ampie convergenze tra i vari Gruppi, è poi passato alla Camera dei deputati, dove ha percorso ben poco cammino, fino a quando è sopravvenuta la fine della legislatura.

Adesso si ritiene opportuno ed anzi doveroso riproporre il testo così approvato, per avviare la procedura di cui all'articolo 81 del Regolamento del Senato, con l'auspicio che la nuova approvazione possa avvenire in tempi brevi e che poi il disegno di legge possa ricevere il conforto e l'approvazione anche dell'altro ramo del Parlamento. Si compirebbe così un'opera di civiltà di grande rilievo ed un'affermazione di libertà e di uguaglianza nei luoghi di lavoro la cui importanza non può sfuggire a nessuno.

L'approccio è parziale, ma certamente non riduttivo, mirandosi comunque ad ottenere un primo e rilevante risultato. In effetti, questo testo non riguarda la rilevanza penale delle molestie né la tematica delle molestie complessivamente considerate: il suo ambito è più ristretto, anche se non meno rilevante. Infatti, ci si limita ad occuparsi delle molestie nei luoghi di lavoro, in un ambito cioè in cui il fenomeno assume aspetti particolarmente odiosi per la difficoltà o addirittura l'impossibilità per il soggetto passivo di assumere liberamente le proprie determinazioni. E si è preferito escludere ogni riferimento alle sanzioni penali, ben sapendo che la tematica penalistica è ancora più delicata e complessa, come è dimostrato – del resto – dalle complesse vicende che hanno subito, per molti anni, i vari progetti di legge in materia di violenza sessuale.

Il disegno di legge approvato dal Senato si colloca su un altro piano e vuol essere soprattutto un'integrazione, un completamento, di quelle garanzie che dal 1970 in poi sono state previste dallo Statuto dei lavoratori, a tutela (lo dice espressamente anche il titolo della legge) della «dignità e libertà della persona».

Si fornisce, quindi, una definizione delle molestie sostanzialmente mutuata dalle indicazioni degli organi comunitari, nel senso che più che tentare di fare un impossibile elenco casistico, si è concentrata l'attenzione sul fatto che deve trattarsi di un atto manifestamente «indesiderato» e percepito dalle persone offese come lesivo della dignità e della libertà.

Si sottolinea, poi, la particolare gravità delle molestie commesse approfittando di una posizione di potere (e quindi compiute o da superiori gerarchici o dallo stesso datore di lavoro). Si afferma che assumono contenuto discriminatorio le molestie quando influiscono direttamente o indirettamente sulle decisioni inerenti alla costituzione, allo svolgimento o all'estinzione del rapporto di lavoro (e quindi si stabilisce la nullità di tali atti). Si fa obbligo al datore di lavoro di assumere tutte le iniziative necessarie per l'informazione, la formazione e la prevenzione nella materia delle molestie. Si affidano ulteriori compiti ai consiglieri di parità, che possono, quindi, partecipare ai giudizi relativi a molestie, o promuoverli, quando esse hanno carattere collettivo. Si consente alle persone che subiscono molestie intollerabili, da parte del datore di lavoro, di dimettersi per giusta causa, prevedendosi in tale caso una penalizzazione a carico del datore di lavoro. Si prevede un regime processuale particolarmente celere, semplice e spedito, con la facoltà per il Pretore di emettere anche condanna di risarcimento del danno liquidato in via equitativa e di disporre la pubblicazione del provvedimento. Si stabilisce la nullità degli atti di ritorsione contro le persone che denunciano molestie e contro i loro testimoni. Si prevedono, infine, assemblee aggiuntive – fuori dell'orario di lavoro – specificamente dedicate all'argomento cui si riferisce la legge.

Con questo disegno di legge viene affrontato un problema di grande rilievo, non con la pretesa di risolverlo per via legislativa, ma con la consapevolezza che la legge può dare un importante contributo, anche a livello culturale,

per il superamento di antiche resistenze e vecchi pregiudizi, ma soprattutto per consentire a chi subisce le molestie, spesso in silenzio, di trovare la forza e gli strumenti per reagire.

Questa legge è fatta per tutelare «la persona che lavora» e quindi riguarda tutti, indipendentemente dal sesso.

Ma è chiaro che il problema non è quantitativo: è semplicemente un problema di civiltà riuscire a sottrarre persone che lavorano, e in particolare le donne, dal ricatto che quasi sempre è implicito nell'impiego delle molestie, anche verbali; ricatto tanto più grave quando proviene da chi detiene un potere gerarchico ovvero dal datore di lavoro.

Certo, si tratta di un problema troppo sottovalutato; ma bisogna riconoscere che l'approvazione del disegno di legge nella scorsa legislatura è stata dovuta anche allo sforzo ed alla pressione di tante lavoratrici, di tante associazioni e di tanti organismi sindacali: in tutte le occasioni in cui qualche lavoratrice ha trovato la forza di reagire, infatti, sono stati questi organismi a collocarsi al suo fianco ed a sostenerla in una battaglia spesso non facile, soprattutto perché mancava una legge di tutela e bisognava ricorrere ad altri strumenti, non sempre adeguati.

Qualcuno si è chiesto perché questo disegno di legge abbia seguito un cammino diverso da quello della legge sulla violenza sessuale. In realtà, non solo sono diverse le leggi (quella approvata dal Senato si riferisce solo alle molestie sui luoghi di lavoro ed ha una struttura privatistica e processualistica; l'altra si riferisce agli atti sessuali violenti indipendentemente dal luogo in cui vengono commessi e riguarda la loro punizione con sanzioni penali), ma sono diversi anche i fenomeni considerati, che hanno in comune soltanto la connotazione sessuale, ma per il resto differiscono profondamente. Tuttavia, è importante che l'approvazione definitiva della legge sulla violenza sessuale sia seguita da una sollecita approvazione anche della legge sulle molestie. Si tratta infatti di cercare in tutti i modi di sbarrare la strada alle discriminazioni, agli abusi di potere, ad una mentalità troppo lontana da elementari esigenze di rispetto, di libertà e di dignità della persona, per formare invece una «cultura» nuova e civile, alla cui base si collochino proprio quelle fondamentali esigenze che fin qui sono state neglette, non solo nei luoghi di lavoro ma anche nella stessa società.

Si confida, dunque, in una rapida approvazione di questo testo, nelle forme abbreviate previste dal Regolamento.

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1.

(Molestie sessuali)

1. Ai fini della presente legge, costituisce molestia sessuale ogni atto o comportamento, anche verbale, a connotazione sessuale o comunque basato sul sesso, che sia indesiderato e che, di per sé ovvero per la sua insistenza, sia percepibile, secondo ragionevolezza, come arrecante offesa alla dignità e libertà della persona che lo subisce, ovvero sia suscettibile di creare un clima di intimidazione nei suoi confronti.

2. Assumono particolare rilevanza le molestie sessuali che esplicitamente o implicitamente siano accompagnate da minacce o ricatti da parte del datore di lavoro o dei superiori gerarchici in relazione alla costituzione, allo svolgimento ed alla estinzione del rapporto di lavoro.

3. Costituiscono comportamenti discriminatori ai sensi dell'articolo 4, commi 1 e 2, della legge 10 aprile 1991, n. 125, le molestie che influiscono sulle decisioni inerenti alla costituzione, svolgimento o estinzione del rapporto di lavoro.

Art. 2.

(Ambito di applicazione)

1. I comportamenti illeciti di cui all'articolo 1, comma 1, riguardano tutte le lavoratrici ed i lavoratori appartenenti a tutte le tipologie di rapporti di lavoro.

2. La tutela è altresì estesa alla fase di trattativa precedente alla costituzione del rapporto.

Art. 3.

(Nullità di atti discriminatori)

1. Tutti gli atti o patti che derivino da atto discriminatorio per sesso conseguente alla molestia sessuale e, particolarmente, da ricatti o minacce accompagnati a molestia sessuale, sono nulli.

Art. 4.

(Obblighi del datore di lavoro)

1. Il datore di lavoro, pubblico o privato, è tenuto ad adottare, d'intesa con le rappresentanze sindacali aziendali e il consigliere di parità, le iniziative necessarie ai fini della formazione, della informazione e della prevenzione relative alle problematiche di cui all'articolo 1.

2. Qualora siano denunciati al datore di lavoro i comportamenti di cui all'articolo 1, egli ha l'obbligo di porre in atto procedure tempestive e imparziali di accertamento, assicurando la riservatezza dei soggetti coinvolti.

Art. 5.

(Ulteriori competenze dei consiglieri di parità)

1. I consiglieri di parità di cui all'articolo 8 della legge 10 aprile 1991, n. 125, e i centri per la parità e le pari opportunità aziendali di cui al comma 3 dell'articolo 1 della medesima legge, svolgono anche funzione di assistenza e consulenza per le lavoratrici ed i lavoratori che subiscano atti di molestia o ricatti sessuali, garantendo la riservatezza ogni volta che gli interessati intendano mantenerla. Tali funzioni dei consiglieri di parità devono essere portate a conoscenza dei lavoratori e delle lavoratrici nelle singole aziende, mediante affissione del presente articolo, in luogo accessibile a tutti, a cura dei datori di lavoro.

2. Ai consiglieri di parità devono essere assegnati mezzi e strumenti necessari, per l'espletamento anche di questo compito, a cura dell'ufficio del lavoro competente ai sensi dell'articolo 8 della legge 10 aprile 1991, n. 125. Con decreto da emanarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro del lavoro e della previdenza sociale definisce, nell'ambito delle ordinarie dotazioni di bilancio, gli strumenti ed i mezzi di cui i consiglieri di parità devono essere dotati, sia per i fini della citata legge n. 125 del 1991 sia in relazione alle funzioni di cui alla presente legge ed impartisce precise direttive circa l'assistenza legale dei consiglieri di parità per tutte le ipotesi in cui essi sono legittimati a stare in giudizio.

3. I datori di lavoro che occupino più di 15 dipendenti portano a conoscenza dei lavoratori, mediante affissione in luogo accessibile a tutti, il nome, il recapito e le competenze del consigliere di parità.

Art. 6.

(Conseguenze dei comportamenti scorretti)

1. Le promozioni, le migliori qualifiche o i trasferimenti ottenuti con comportamenti scorretti a connotazione sessuale sono annullabili a richiesta della persona danneggiata.

Art. 7.

(Dimissioni per giusta causa)

1. Qualora i comportamenti di cui all'articolo 1 siano tenuti direttamente dal datore di lavoro, le lavoratrici ed i lavoratori interessati hanno il diritto di risolvere il rapporto senza obbligo di preavviso. In tal caso, il datore di lavoro

sarà tenuto a corrispondere, oltre al trattamento di fine rapporto, un'indennità, anche a titolo di risarcimento del danno, di importo compreso tra le sei e le diciotto mensilità della retribuzione globale in atto al momento della cessazione del rapporto e comunque non superiore, nel contratto di lavoro a tempo determinato, al numero dei mesi mancanti alla cessazione del rapporto di lavoro.

Art. 8.

(Responsabilità disciplinare)

1. Si configurano responsabilità disciplinari nei confronti di coloro che tengano i comportamenti vietati dalla presente legge, secondo quanto previsto dalla contrattazione collettiva.

2. Analoga responsabilità può configurarsi anche nell'ipotesi di consapevole denuncia di fatti inesistenti, compiuta al solo scopo di denigrare qualcuno o comunque di ottenere vantaggi sul lavoro.

Art. 9.

(Azioni in giudizio)

1. La persona che abbia subito molestie nel luogo di lavoro o sia esposta comunque ai comportamenti di cui all'articolo 1 e non ritenga di avvalersi della procedura di conciliazione prevista dai contratti collettivi, ma intenda agire in giudizio, può promuovere il tentativo di conciliazione ai sensi dell'articolo 410 del codice di procedura civile, anche attraverso il consigliere di parità, ove esista, ferma restando l'applicazione, anche alle ipotesi considerate nella presente disciplina, dell'articolo 8, comma 8, della legge 10 aprile 1991, n. 125. Si applicano, per il ricorso in giudizio, le disposizioni di cui all'articolo 413 del codice di procedura civile, le disposizioni dell'articolo 15 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, e quelle dell'articolo 4, limitatamente ai commi 6, 7 e 8, della legge 10 aprile 1991, n. 125. Nel giudizio previsto dal presente articolo deve essere in ogni caso presente l'autore materiale del comportamento molesto.

2. Con lo stesso provvedimento di cui all'articolo 15, primo comma, della legge 9 dicembre 1977, n. 903, il pretore condanna altresì il responsabile del comportamento molesto al risarcimento del danno, che liquida in forma equitativa.

3. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche ai dipendenti pubblici.

Art. 10.

(Pubblicazione del provvedimento pretorile)

1. Nei casi più gravi, su istanza della parte interessata, il giudice può disporre che il provvedimento definitivo di condanna o di assoluzione venga pubblicato,

a cura del datore di lavoro, mediante affissione in luogo accessibile a tutti i dipendenti, omettendo il nome della persona che ha subito la molestia.

Art. 11.

(Azioni positive e attività d'informazione)

1. Costituiscono azioni positive, anche ai fini dell'ammissione ai finanziamenti di cui all'articolo 2 della legge 10 aprile 1991, n. 125, i progetti che comprendono piani dettagliati di prevenzione, formazione ed informazione nella materia oggetto della presente legge, presentati dai soggetti e con le modalità di cui al medesimo articolo 2 della citata legge n. 125 del 1991.

2. Apposite campagne di informazione sono predisposte annualmente dal Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento e uguaglianza di opportunità fra lavoratori e lavoratrici e dalle commissioni regionali, sul tema delle molestie sessuali.

Art. 12.

(Nullità dei provvedimenti di ritorsione)

1. I provvedimenti relativi alla posizione soggettiva del lavoratore dipendente che abbia denunciato comportamenti di molestia da parte del datore di lavoro o di superiori gerarchici, in qualunque modo peggiorativi della sua condizione, quali trasferimenti, licenziamenti e simili, adottati entro un anno dal momento della denuncia, si presumono a contenuto discriminatorio.

2. È tuttavia consentita la prova contraria ai sensi dell'articolo 2728, secondo comma, del codice civile.

3. Analogo trattamento è riservato ai testimoni che hanno deposto in senso conforme alla denuncia.

Art. 13.

(Assemblee)

1. Ad integrazione di quanto disposto dall'articolo 20 della legge 20 maggio 1970, n. 300, le lavoratrici e i lavoratori, separatamente, hanno diritto a tre ore di assemblea annue, fuori dall'orario di lavoro, per discutere sul tema dei rapporti sui luoghi di lavoro e sui comportamenti discriminatori o molesti per ragioni di sesso tenuti nell'ambiente di lavoro, da colleghi di lavoro, da superiori gerarchici e dallo stesso datore di lavoro. Le assemblee sono indette con le modalità e si svolgono nelle forme di cui al predetto articolo 20 della citata legge n. 300 del 1970. Spetta esclusivamente all'assemblea decidere se e quando consentire la partecipazione all'assemblea di dirigenti sindacali, anche esterni, ed esperti.

Disegno di legge n. 41 del 9 maggio 1996 - Norme penali e processuali contro le molestie sessuali

SENATO DELLA REPUBBLICA
XIII LEGISLATURA

DISEGNO DI LEGGE N. 41

d'iniziativa dei senatori SMURAGLIA, DE LUCA Michele, PELELLA e D'ALESSANDRO
PRISCO

COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 9 MAGGIO 1996

Norme penali e processuali contro le molestie sessuali

ONOREVOLI SENATORI. – Il codice penale vigente non prevede espressamente il reato di molestie sessuali. Di fronte ad un fenomeno che appare sempre più diffuso, specialmente nei luoghi di lavoro, i rimedi approntati dall'ordinamento consistevano, fino a poco tempo fa, soltanto nell'applicazione dell'articolo 660 del codice penale, che prevede una ipotesi contravvenzionale per i comportamenti di «molestia o disturbo» oppure, quando gli atti compiuti erano di maggiore gravità ed avevano un contenuto più specificamente corrispondente alla fattispecie legale, nell'applicazione dell'articolo 521 del codice penale (atti di libidine violenti). In realtà, finivano per sfuggire alla sanzione penale la maggior parte dei comportamenti definibili come «molestie sessuali», nell'accezione ormai comunemente recepita anche nell'ambito comunitario.

A seguito dell'approvazione della legge 15 febbraio 1996, n. 66 («Norme contro la violenza sessuale»), il problema è stato risolto solo apparentemente, nel senso che le molestie sessuali potrebbero, in vari casi, farsi rientrare nella fattispecie di cui al nuovo articolo 609-*bis* del codice penale. Peraltro, non solo tale soluzione non sarebbe esaustiva, ma talora potrebbe essere addirittura ingiusta. Infatti, da un lato gli «atti sessuali» di cui alla nuova norma presuppongono pur sempre violenza, o minaccia o abuso di autorità, e non è detto che questi

elementi ricorrano nei casi più frequenti di molestia, quanto meno se considerati in senso strettamente tecnico. Dall'altro, la pena oggi prevista per gli atti di «violenza sessuale» può risultare davvero eccessiva, quand'anche si consideri la particolare attenuante di cui all'ultimo comma del nuovo articolo 609-*bis*, per comportamenti ben diversi rispetto a quelli cui manifestamente si è riferito il recente legislatore.

Per evitare confusioni e questioni interpretative e soprattutto per evitare che il giudice sia indotto, in molti casi, ad assolvere piuttosto che applicare una sanzione che ritiene eccessiva rispetto alla reale entità del fatto, appare dunque opportuno prevedere uno specifico reato di «molestie sessuali», inerente a comportamenti a connotazione sessuale, indesiderati e lesivi della dignità e libertà morale della persona.

Occorre altresì prevedere una fattispecie specifica relativa ai comportamenti di molestia sessuale posti in essere, nei luoghi di lavoro, da superiori gerarchici o dallo stesso datore di lavoro. Questa ipotesi è, ovviamente, più grave, proprio perché in essa è insito un contenuto anche di ricatto e di pressione illecita esercitata da chi dispone di strumenti preponderanti a fronte della soggezione, quanto meno di natura economica se non di natura personale, in cui si trova la persona che lavora, specialmente se appartenente alle cosiddette categorie deboli. Questa previsione deve essere estesa anche alla fase antecedente alla costituzione del rapporto di lavoro, perché è noto che proprio nell'occasione di offerte o proposte di lavoro spesso vengono posti in essere comportamenti di molestia sessuale fortemente ricattatori.

Si ritiene opportuno che queste nuove figure di reato vengano inserite tra i delitti contro la libertà individuale, così come si è fatto per la violenza sessuale.

La ragione di tale collocazione è fin troppo evidente; ed essa ha notevole importanza non solo per gli effetti concreti, ma anche e soprattutto per il valore di messaggio e di definizione di principio che chiaramente essa viene ad assumere.

Si ritiene, pur essendo ben note le discussioni svolte in materia analoga e tuttora aperte, che la procedibilità debba essere a querela. La materia è di particolare delicatezza, sicché sembra opportuno e giusto lasciare, in definitiva, che sia la persona offesa a decidere se intende o meno affrontare un procedimento penale e un pubblico dibattimento, con tutte le conseguenze ben note.

Ciò che interessa, comunque, è il fatto che i comportamenti di molestia sessuale vengano, nel progetto, considerati come delitti; il che dovrebbe assumere anche un particolare valore ammonitorio e di principio. Per quanto riguarda la pena, si ritiene utile lasciare ampia discrezionalità al magistrato per quanto riguarda le molestie «generiche», che possono essere molto diversificate ed assumere connotati del tutto peculiari anche per i rapporti tra i soggetti interessati e per i luoghi in cui vengono effettuate, e quindi mal si presterebbero ad un sistema sanzionatorio troppo rigido. Ovviamente, la pena è aggravata in modo rilevante e diviene detentiva quando alle molestie si aggiunge quella

connotazione ricattatoria cui si è già fatto cenno, da parte di datori di lavoro o superiori gerarchici.

Si è ritenuto opportuno ed utile prevedere anche alcune disposizioni di natura processuale, per consentire alle vicende di questo tipo di assumere, anche nel processo, quella dimensione collettiva che spesso è loro propria. A tal fine, occorre consentire, anche al di là delle formulazioni restrittive dell'attuale codice di procedura penale, l'intervento di enti esponenziali e organismi sindacali, rigorosamente predeterminati ed ovviamente subordinati al consenso della persona offesa. Tali previsioni vengono peraltro limitate alle ipotesi più gravi (molestie sessuali collegate al rapporto di lavoro), sembrando sufficiente, per ciò che attiene alle molestie generiche, l'applicazione della normativa di carattere generale.

Si è ritenuto, peraltro, utile cercare di correggere una discrasia del vigente codice di rito, che ammette l'intervento di enti esponenziali, ma ne limita poi fortemente la portata e l'efficacia in sede dibattimentale, in cui non v'è diritto né di concludere argomentatamente, né di avanzare richieste. Non si tratta di consentire la richiesta di danni, ché allora si verserebbe nell'ipotesi di un istituto diverso (la costituzione di parte civile), che resta, ovviamente, inalterato: si tende semmai a considerare quello degli enti come un intervento adesivo, a sostegno dell'accusa. Sono ipotesi già presenti in altri ordinamenti e tutt'altro che ignote alla nostra esperienza giuridica. È il caso di sperimentarle proprio in una materia così delicata e rilevante, onde consentire pienezza di poteri e reale efficacia di intervento.

Non ci si illude di risolvere, in sede penale, un problema di tanta delicatezza come quello delle molestie sessuali e, del resto, si è già ripresentato un altro disegno di legge – con lo stesso testo già approvato dal Senato il 26 settembre 1995 – finalizzato soprattutto a garantire una tutela contro le molestie nei luoghi di lavoro, con un'impostazione tipicamente lavoristica. Tuttavia, la previsione di norme penali può funzionare come deterrente, consentendo l'emergere dei casi più clamorosi e quindi una più ampia riflessione collettiva su questa complessa materia; e soprattutto può assumere un rilevante valore di affermazione di principio, utile anche per la formazione di una cultura diversa, più rispettosa dei diritti, delle prerogative, della libertà e della dignità della persona, a fronte di un fenomeno che riguarda in grandissima parte le donne, ma investe, sia pure in misura meno rilevante, anche altri soggetti, parimenti meritevoli di tutela.

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1.

1. Dopo l'articolo 613 del codice penale è inserito il seguente:

«Art. 613-bis. - (*Molestie sessuali*). – Per molestia sessuale si intende ogni atto o comportamento indesiderato, a connotazione sessuale, che leda la dignità e la libertà morale della persona, compresi anche gli atteggiamenti puramente verbali o scritti.

Chiunque effettua molestie sessuali è punito con la multa fino a lire un milione.

Se il comportamento è tenuto da un datore di lavoro oppure da un superiore gerarchico, avvalendosi di forme di pressione o ricatto in relazione alle condizioni di lavoro o comunque allo *status* di lavoratore o lavoratrice subordinati, la pena è della reclusione da tre mesi a due anni.

Alla stessa pena è soggetto chi reca molestie sessuali in occasione della proposta o offerta di costituzione di un rapporto di lavoro.

Il reato è procedibile a querela della persona offesa».

Art. 2.

1. Dopo l'articolo 91 del codice di procedura penale è inserito il seguente:

«Art. 91-bis. - (*Diritti e facoltà di enti ed associazioni nei procedimenti in materia di molestie sessuali*). – 1. Nei procedimenti penali relativi ai reati previsti dai commi terzo e quarto dell'articolo 613-bis del codice penale possono intervenire gli organismi sindacali rappresentativi dei lavoratori a livello aziendale, ovvero le organizzazioni sindacali di categoria a livello territoriale cui sia stato attribuito il consenso da parte della persona offesa.

2. Possono altresì intervenire le associazioni che si siano costituite per atto pubblico da almeno due anni ed abbiano fra i loro scopi la tutela degli interessi colpiti dai reati di cui al comma 1.

3. Nelle ipotesi previste nei commi 1 e 2 gli enti intervenuti possono formulare, in sede dibattimentale, motivate conclusioni a sostegno dell'accusa, nonché avanzare formali richieste, compresa quella di pubblicazione della sentenza».

Relazione conclusiva dell'indagine conoscitiva (Doc. XVII/4 del 28 settembre 1995) sullo stato di attuazione della legge 10 aprile 1991, n. 125, recante norme in materia di azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro

SENATO DELLA REPUBBLICA
XII LEGISLATURA

Doc. XVII n. 4

DOCUMENTO APPROVATO DALLA 11^a COMMISSIONE PERMANENTE
(Lavoro, previdenza sociale)

nella seduta del 26 settembre 1995

Relatore SMURAGLIA

A CONCLUSIONE DELL'INDAGINE CONOSCITIVA

promossa dalla Commissione stessa nella seduta del 5 ottobre 1994; svolta nelle sedute del 30 e 31 maggio 1995; 20 giugno 1995; 4 luglio 1994; 20 e 21 settembre 1995; con sopralluoghi a Milano (10 marzo 1995); a Firenze (15 maggio 1995); a Napoli (22 maggio 1995); e conclusa nella seduta del 26 settembre 1995

SULLO STATO DI ATTUAZIONE DELLA LEGGE 10 APRILE 1991, N. 125, RECANTE NORME IN MATERIA DI AZIONI POSITIVE PER LA REALIZZAZIONE DELLA PARITÀ UOMO-DONNA NEL LAVORO

(articolo 48, comma 6, del Regolamento)

Comunicato alla Presidenza il 28 settembre 1995

ONOREVOLI SENATORI. – Avviati alcuni sommari accertamenti sullo stato di attuazione della legge n. 125 del 1991, la Commissione Lavoro del Senato si è resa agevolmente conto della necessità di approfondire l'indagine, onde pervenire ad un quadro il più possibile esauriente della situazione, che già dai primi dati acquisiti appariva piuttosto critica.

Fu quindi deciso di esperire una formale indagine conoscitiva chiedendo il prescritto consenso del Presidente del Senato, che in effetti l'autorizzò in data 3 febbraio 1995, raccomandando peraltro di avviarla dopo l'approvazione della legge finanziaria. Il periodo di sospensione fu utilizzato solo per raccogliere materiale e documentazione e per chiedere informazioni e notizie a tutti gli organismi regionali del Paese. Dopodiché, l'indagine ha avuto il suo normale svolgimento mediante diverse audizioni in sede e mediante sopralluoghi della Commissione in tre località di aree diverse (Milano, Firenze, Napoli); sopralluoghi nel corso dei quali furono sentite molte persone, in rappresentanza di uffici pubblici, delle parti sociali, di magistrati, di associazioni e così via. Naturalmente, la Commissione non ha ritenuto di esaurire il quadro con le citate audizioni in loco, ma ha solo cercato di ottenere conferme e precisazioni di quanto già risultava documentalmente acquisito, in aree sufficientemente rappresentative di zone geografiche molto diverse fra loro.

Nel corso dell'indagine, è pervenuto il rapporto predisposto dal Comitato Nazionale di Parità ai sensi dell'articolo 10 della legge n. 125; ed anche di esso si è tenuto ampio conto, così come del materiale preannunciato nel corso delle audizioni e successivamente trasmesso alla Commissione e di tutto il materiale acquisito, comprese le varie indagini ed i vari accertamenti compiuti in vari periodi da parte del CNEL.

Sono altresì pervenute, in alcuni casi con sollecitudine e in altri con qualche ritardo, le risposte delle Regioni, non tutte, peraltro, e non sempre esaurienti; né è mancato qualche caso di «distrazione», se si pensa che una Regione ha fatto riferimento ad iniziative assunte, «su sollecitazione della Consiglieria regionale di parità», che poi è risultata non essere mai stata nominata. Si è avuto, però, per questa via, notizia anche di iniziative interessanti ed utili (ad esempio, l'apertura dello «sportello donna e lavoro» a Torino, per iniziativa del Consigliere regionale di parità ed altre iniziative di rilievo adottate a Milano e in altre sedi), a dimostrazione del fatto che la buona volontà, l'iniziativa e la fantasia possono anche supplire, almeno in parte, alle carenze strutturali di cui ci si occuperà più avanti.

Naturalmente, la Commissione ha tenuto conto anche della letteratura piuttosto ampia che si è formata sulla 125 e in particolare dei più autorevoli commenti, anche critici, alla legge in esame ed alla sua attuazione.

Qualche difficoltà si è dovuta registrare per ciò che attiene ad alcuni dati; in qualche caso, è risultato quasi impossibile ottenere quelli più recenti; in altri, si è dovuto ricorrere a fonti diverse, così evidenziandosi la necessità che vengano

predisposti strumenti adeguati di rilevazione, raccolta ed elaborazione dei dati, sui quali ogni soggetto interessato abbia modo di riflettere e confrontarsi.

Comunque, attraverso tutto questo lavoro, la Commissione ritiene di aver acquisito un quadro esauriente della situazione e di essere quindi in grado di compiere, sulla base di esso, valutazioni ed indicazioni conclusive, che pur non avendo la pretesa di essere esaustive dell'intera problematica, cercano quantomeno di contribuire ad evidenziarne gli aspetti più rilevanti.

Proprio in relazione alle caratteristiche ed al significato dell'indagine svolta e degli elementi acquisiti, la Commissione ha deciso di concluderla con un documento finale, da rendere noto con particolari forme di pubblicità, anche come contributo ad una piena informazione sulla legge n. 125 e ad una forte sensibilizzazione, che si rivela sempre più indispensabile anche per la formazione di una cultura della parità che, nei suoi aspetti generali e specifici, continua ad apparire alquanto carente.

1. La legge 10 aprile 1991 n. 125 ed i precedenti.

Il fondamento della normativa paritaria risiede non solo sulla norma di cui all'articolo 3 della Costituzione, su cui ci si soffermerà più avanti, ma anche su un'altra norma basilare della Costituzione stessa (articolo 37) che per quanto contenesse un certo margine di ambiguità per ciò che attiene al rapporto tra svolgimento dell'attività lavorativa e adempimento della funzione familiare, tuttavia era di contenuto inequivocabile per quanto riguarda il principio di uguaglianza e di parità di trattamento.

La norma, come è noto, dette luogo ad ampi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali e da alcune parti ne fu perfino contestata l'immediata precettività. Peraltro, essa ha finito per entrare gradualmente nel sistema come uno dei suoi elementi portanti, anche se più faticoso ed arduo è stato il cammino per ciò che attiene alla acquisizione di una diffusa e comune cultura della parità.

La legislazione degli anni settanta fu contrassegnata, soprattutto nel periodo iniziale, da norme di carattere eminentemente protettivo, più che di vera e propria attuazione della parità.

È solo con la legge n. 903 del 1977 che si realizzò una svolta significativa, nel senso di una prima e coerente attuazione non solo del dettato costituzionale ma anche di ciò che si andava elaborando a livello comunitario.

Non si può dire, tuttavia, che la legge in questione abbia raggiunto, nella realtà, tutti i traguardi che si era prefissa. La parità restava ad un livello eminentemente formale, la tutela giudiziaria non aveva modo di esplicarsi se non in forme assai limitate, la normativa antidiscriminatoria valeva soprattutto ad eliminare i casi più clamorosi e manifesti, non riuscendo peraltro ad abbattere quel muro assai più insidioso e latente che è rappresentato da una sostanziale disparità di trattamento.

Nel decennio successivo, a partire dagli inizi degli anni ottanta, maturarono iniziative diverse, nelle quali si cominciava a prendere atto delle strategie, che andavano prendendo corpo negli altri Paesi, in una direzione più raffinata ed avanzata, quella – cioè – delle pari opportunità. Nel 1983 si istituiva il Comitato Nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici; nel 1984 veniva istituita presso la Presidenza del Consiglio la Commissione Nazionale per la realizzazione della parità fra uomo e donna. Nella contrattazione collettiva nazionale, soprattutto sul finire del decennio, compariva per la prima volta la tematica delle pari opportunità e delle azioni positive. Nel 1987 era lo stesso Ministro del lavoro a presentare un disegno di legge in tale direzione.

Questo lungo e faticoso processo, accompagnato e sostenuto da un forte impegno dei sindacati, dell'associazionismo femminile e di alcune parti politiche, approdava finalmente ad un risultato con la legge 10 aprile 1991 n. 125, frutto di intensi dibattiti nel Paese e nelle aule parlamentari. Questa legge veniva accolta e salutata come un radicale passo avanti sulla via dell'impegno contro le discriminazioni anche indirette e per la realizzazione di una parità sostanziale e di una pari opportunità nel lavoro.

È stato rilevato che la legge n. 125 presentava contenuti tra i più avanzati dei Paesi europei e addirittura, in alcuni casi anticipatori rispetto a talune indicazioni comunitarie; ma non si mancava di osservare come, paradossalmente, assai meno anticipatrici e innovative fossero le strutture, i mezzi di attuazione e gli strumenti di controllo.

Tutto questo va detto perché a fronte delle difficoltà che la legge n. 125 ha chiaramente incontrato nella sua attuazione, da alcune parti si è ragionato come se essa fosse un masso erratico, calato a forza nel sistema e soprattutto in un sistema che non era preparato a riceverlo. In realtà, la legge n. 125 non è frutto di una fortuita coincidenza di intenti fra diverse forze politiche o di una momentanea e casuale vittoria del movimento femminile, in un momento di distrazione dei suoi nemici. Giustamente si è rilevato che dietro la legge n. 125 c'è una consistente elaborazione teorica e politica e un *iter* parlamentare protrattosi per anni.

Certo, una legge così avanzata – almeno nei principi – poteva apparire come una forzatura; ma tutte le leggi di riforma hanno bisogno di una spinta eccezionale, per superare resistenze e difficoltà. Talora poi (è il caso dello Statuto dei diritti dei lavoratori) almeno una parte delle resistenze viene superata anche per effetto dello slancio impresso dalla legge e da una proficua attività giurisprudenziale. Altre volte, invece, le resistenze sparse nella società e nelle coscienze finiscono per fermare il cammino di una legge di riforma, quando addirittura non riescono a vanificarla e ad imporre dei passi indietro o delle misure sostanziali di controriforma.

Proprio per questo, forse, i sostenitori dei principi più avanzati dovrebbero guardarsi bene dall'abbassare la guardia, una volta ottenuta l'affermazione formale di essi attraverso l'approvazione di una legge. È noto, invece, che ben spesso il risultato viene considerato acquisito solo per il fatto che una legge appare sulla *Gazzetta Ufficiale*. È un errore, anche grave, che bisognerebbe sempre evitare; e non c'è dubbio che tra le cause della situazione non soddisfacente in cui la legge n. 125 è venuta a trovarsi in fase di attuazione, c'è anche questa «disattenzione» di molti di coloro che avrebbero invece dovuto sostenerla. Resta, tuttavia, il fatto che la legge 125 è una legge significativa e di grande importanza per i suoi contenuti, per la sua struttura, per le indicazioni che ne scaturiscono.

Ovviamente, come tutte le grandi leggi di riforma, non è perfetta ed infatti alcune scelte e alcune soluzioni adottate sono state sottoposte a vivaci critiche da parte dell'abbondante dottrina che si è formata sull'argomento negli anni successivi alla sua entrata in vigore.

Ma, a prescindere da questi aspetti, tutto sommato marginali, restano di grande rilievo gli elementi di fondo della legge, tra i quali vanno segnalati, in particolare:

1) la puntuale definizione delle finalità: favorire l'occupazione femminile, realizzare l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro, rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità;

2) l'indicazione delle azioni positive come strumento fondamentale per eliminare le disparità nella formazione scolastica e professionale, nell'accesso al lavoro, nella progressione di carriera e così via; per favorire la formazione e la professionalità anche nel lavoro autonomo e nell'attività imprenditoriale; per incidere sull'organizzazione e sulle condizioni di lavoro in modo da superare il *gap* che tradizionalmente svantaggia le donne, per promuoverne l'inserimento nei settori in cui esse sono sottorappresentate, per favorire infine un corretto equilibrio tra responsabilità familiari e professionali ed una migliore ripartizione di tali responsabilità fra i due sessi;

3) la distinzione fra azioni positive volontarie e relativo finanziamento (di cui all'articolo 2, commi 1, 2 e 3), e azioni positive obbligatorie (per le amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 2, comma 6);

4) la previsione di ulteriori forme di finanziamento delle azioni positive di formazione attraverso una quota del fondo di rotazione;

5) la nuova disciplina delle azioni in giudizio, con una precisa definizione anche della discriminazione indiretta;

6) la complessa strutturazione delle cosiddette istituzioni della parità (dal Comitato nazionale e relativi organi fino ai consiglieri di parità, che nella 125 assumono un ruolo di straordinaria importanza e di rilevante impegno);

7) la previsione di un obbligo di rapporto sulla situazione del personale, ogni due anni, per le aziende che occupano oltre 100 dipendenti (articolo 9); e così via.

Naturalmente, con questi accenni non si può esaurire il contenuto complessivo di una legge di tanto rilievo. Importa, però sottolineare il consistente passo avanti rispetto alle concezioni, al contenuto ed alla struttura della legge n. 903 del 1977, la novità di alcune indicazioni, soprattutto relativamente alle finalità, la modernità del passaggio al concetto di pari opportunità, lo sforzo di individuare soluzioni «sostanziali» e non meramente formali, l'ampliamento del novero dei destinatari degli obblighi e degli impegni. In certa misura, una legge del genere, prima ancora che come strumento di attuazione dell'articolo 37 della Costituzione si pone come uno dei modi con cui il comma 2 dell'articolo 3 della Costituzione intendeva risolvere il problema della realizzazione di una uguaglianza effettiva e sostanziale tra i cittadini; il che ne sottolinea il particolare rilievo, considerando che, secondo molta parte della dottrina, l'articolo 3 costituisce proprio il vero cardine dell'intero sistema costituzionale.

Se dei limiti devono evidenziarsi fin d'ora, a riguardo della legge, essi riguardano non solo e non tanto gli stanziamenti, sicuramente inadeguati, quanto la timidezza mostrata dal legislatore a riguardo degli strumenti e soprattutto delle istituzioni della pari opportunità. È chiaro che una legge del genere può funzionare solo se si realizza una capacità piena delle istituzioni di attivare, sostenere e realizzare le finalità della legge; ciò vale in ogni caso, ma è particolarmente evidente quando una legge non ha e non vuole avere carattere repressivo ma piuttosto connotati promozionali e incentivanti.

Autorevoli commentatori hanno rilevato che su questo piano non si è tenuto conto delle esperienze di altri Paesi e dunque non si è battuta quella strada della autonomia e della autosufficienza delle istituzioni che all'estero (ma qualche volta, in altri campi, anche in Italia) ha mostrato di essere l'unica dotata di reale effettività. Le critiche indirizzate alla struttura e alla composizione degli organi centrali ed i rilievi dedicati alle dotazioni di strumenti e di mezzi operativi per i consiglieri di parità colgono certamente nel segno. E non si può non rilevare che anche una certa ambiguità nella definizione delle azioni positive e delle loro modalità di attuazione e di finanziamento non poteva che nuocere sul piano della difficoltà di realizzare una vera e propria strategia di valorizzazione delle risorse umane.

I limiti accennati (ed altri saranno evidenziati nel corso della relazione) non erano tali, in ogni caso, da impedire l'attuazione della legge; e tutti i commentatori, anche i più critici, concordano nel ritenere che la legge avrebbe avuto comunque (ed avrebbe tuttora, magari con qualche aggiustamento) una reale possibilità di operare nel concreto, realizzando i fini che il legislatore si era proposto.

2. *L'attuazione della legge 125.*

Nonostante quanto si è detto finora, è emerso in modo assolutamente pacifico ed evidente che la legge n. 125 è stata solo parzialmente (molto parzialmente, per la verità) attuata.

Due autorevoli studiosi (Ballestrero e Treu), in un noto commentario sistematico alla legge, pubblicato nei primi mesi del 1994 e dunque a tre anni di distanza dall'entrata in vigore della legge, scrivevano che – pur non essendo il caso di formulare giudizi definitivi – bisognava ammettere che la legge n. 125 «non è ancora neppure decollata».

Tre anni sono pochi? In realtà, quel giudizio ha trovato conferma da tutta l'indagine conoscitiva svolta dalla Commissione lavoro. Ed ormai dall'entrata in vigore della legge sono passati non tre ma quattro anni, un tempo – cioè – più che sufficiente per disporre di un quadro affidabile sul piano delle valutazioni sperimentali. Si cercherà più oltre di individuare le ragioni di questo sconcertante risultato; per adesso, è opportuno seguire i contenuti e le strutture essenziali della legge per valutarne appunto lo stato di attuazione nei singoli aspetti.

2.1 *Le azioni positive.*

Dall'indagine sono emersi alcuni dati che fanno riflettere. Da un forte entusiasmo iniziale, il numero dei progetti presentati ha subito un calo notevole. In secondo luogo, esiste un forte squilibrio tra i progetti presentati ed ammessi nel Nord e Centro e quelli del meridione, sensibilmente più ridotti. Ancora: resta alta la percentuale di progetti non ammessi per varie ragioni, comprese anche le difficoltà di finanziamento.

Infine la tipologia degli interventi ammessi al finanziamento è in qualche modo rovesciata rispetto a quella che dovrebbe essere secondo le finalità della legge, posto che proprio gli interventi organizzativi (che dovrebbero essere i più rilevanti) sono collocati sostanzialmente nelle ultime posizioni.

Dai dati suindicati risultano: il numero dei progetti presentati e approvati nei primi quattro anni; la distribuzione geografica dei progetti ammessi; la suddivisione per settori produttivi e per soggetti promotori; i finanziamenti dei progetti; la tipologia degli interventi ammessi in un anno di riferimento (1993). I dati sono di per sé significativi e dimostrano con chiarezza il progressivo calo dei progetti presentati, la ridotta entità dei progetti approvati nei vari periodi e il forte squilibrio tra Nord e Sud. Risulta poi in particolare, per quanto attiene alla tipologia degli interventi, che la prevalenza è relativa alla formazione e riqualificazione professionale mentre seguono le indagini aziendali, l'informazione e la sensibilizzazione, l'orientamento e inserimento al lavoro, gli osservatori sulla condizione femminile ed altro; mentre gli interventi di tipo organizzativo riguardano complessivamente appena il tre per cento del totale.

Ora, di questi dati può essere data agevolmente una spiegazione.

Per quanto riguarda il calo del numero dei progetti presentati, infatti, il raffreddamento dell'entusiasmo iniziale non è derivato soltanto da un venir meno delle attese che si erano create con l'approvazione della legge, ma anche dalle lentezze burocratiche legate all'istruttoria, alla valutazione dei progetti ed al loro finanziamento; tutti elementi tali, appunto, da scoraggiare la promozione

di iniziative. Nel corso della indagine conoscitiva, infatti, è emerso che la durata media di emissione del decreto di approvazione di un progetto da parte del Ministero del lavoro e della previdenza sociale è pari a circa 18 mesi, di cui ben 12 necessari per l'attività istruttoria e decisionale da parte del Comitato nazionale. La prima *tranche* di finanziamento viene erogata dopo circa quattro mesi dall'inizio dell'attuazione del progetto mentre il saldo finale interviene dopo circa tre anni dalla presentazione del progetto. È chiaro che questi aspetti compromettono in modo considerevole gli obiettivi dell'intervento legislativo, atteso che l'interesse ad attuare una azione positiva che implica una ristrutturazione del fattore lavoro non può essere differito nel tempo ma richiede un immediato riscontro.

Quanto alla ripartizione dei progetti tra grandi e piccole imprese e tra Nord-Centro e Sud, la spiegazione dei dati è evidente, considerando che incide non solo «la cultura» delle grandi aziende e soprattutto di quelle del Nord (intendendosi per «cultura» quanto meno una maggior disponibilità a recepire i contenuti della legge o alcuni di essi), ma anche il tasso di sindacalizzazione, certamente assai più carente sia nelle piccole imprese che (e soprattutto) nel meridione. In questo senso, può dirsi che la legge ha mancato uno dei suoi obiettivi, proprio perché non è riuscita a superare quelle disuguaglianze di fatto e di situazioni anche geografiche che invece era destinata a superare o rimuovere.

Più delicato e complesso (e in un certo senso più grave) è il dato relativo alla tipologia delle azioni proposte ed ammesse. Infatti, l'azione positiva dovrebbe raggiungere il massimo di efficacia proprio quando riesce ad affrontare problemi di inquadramento, qualifiche, mansioni e organizzazione del lavoro, quando – cioè – si inserisce in una strategia di valorizzazione e sviluppo del lavoro femminile e delle risorse umane. Invece, si è visto che questi sono, anche numericamente, gli interventi meno rilevanti, a fronte di una sorta di frantumazione di iniziative di tipo diverso, giustamente definite come «isolate e rudimentali e motivate spesso da contingenti esigenze aziendali».

Ma c'è di più; tendono a prevalere le iniziative formative; il che non sarebbe un male se non vi fosse il legittimo dubbio che gli interventi siano utilizzati piuttosto per finalità formative generiche che non per obiettivi specificamente collegati alla *ratio* di fondo della legge. Per di più manca assai spesso qualunque forma di coordinamento tra le azioni positive di formazione e le altre attività formative di competenza di vari organi dello Stato e in particolare delle regioni.

È giusto, peraltro, evidenziare anche il fatto che vi sono stati casi in cui le azioni positive hanno assunto contenuti di maggior respiro ed hanno dato luogo ad esperimenti di notevole interesse. Basti pensare alle esperienze realizzate alla Italtel, alla Zanussi, all'Enel, tanto per limitarsi a qualche esempio: in questi casi, si è cercato di cogliere il senso complessivo della legge e di intervenire sull'organizzazione del lavoro e in particolare, talora, sui tempi, (è il caso delle prime due aziende) o si è compiuto uno sforzo per modificare la cultura aziendale,

indirizzandola verso un effettivo riconoscimento della «risorsa donna». Proprio queste esperienze, anche se non sono numericamente le più rilevanti, dimostrano quali e quante strade possa aprire questa legge, solo che soccorrano fantasia, cultura della parità e impegno diffuso.

Forti perplessità suscitano le modalità di finanziamento.

La legge, infatti, prevede una forma di finanziamento delle azioni positive per così dire «normale» (articolo 2) ed una ulteriore modalità relativa a quelle realizzate mediante la formazione professionale (articolo 3), per le quali si dovrebbe provvedere con una quota del fondo di rotazione di cui all'articolo 25 della legge 21 dicembre 1978, n. 845, determinata annualmente dal CIPE.

Ma mentre tale quota veniva fissata dalla stessa legge in ragione del 10 per cento, in sede di prima applicazione, per gli anni successivi tale quota non è stata determinata dal CIPE col risultato che in pratica le azioni positive sono state finanziate solo in via normale, proprio nel momento in cui ci sarebbe stato bisogno – fra l'altro – di potenziare gli interventi di riqualificazione professionale nei confronti delle lavoratrici collocate in mobilità.

2.2 *Le azioni positive nella pubblica amministrazione.*

Quanto alle azioni positive «obbligatorie», l'inadempimento dell'obbligo sancito all'articolo 2 comma 6 a carico delle amministrazioni pubbliche è pacifico anche a prescindere dalla scadenza del termine di un anno previsto, appunto, dalla norma. Già nella seduta del 30 novembre 1994 della Camera dei deputati, rispondendo ad una interrogazione parlamentare, il Ministro del lavoro precisava testualmente: «quanto ai piani di azioni positive che le Amministrazioni Pubbliche devono adottare ai sensi dell'articolo 2, comma 6, della legge n. 125 1991, uno studio condotto dall'IRSI su un campione di amministrazioni dei differenti comparti del settore pubblico, in seguito ad una convenzione stipulata con il Ministero, ha permesso di rilevare che la Pubblica Amministrazione non ha di fatto dato attuazione alla citata norma.

Infatti i Comitati per le pari opportunità, istituiti in seguito all'accordo intercompartimentale del 23 agosto 1988, recepito dal decreto del Presidente della Repubblica n. 395 del 1988, della cui attività le amministrazioni si sarebbero dovute avvalere, pur riconoscendo come essenziale nell'ambito delle proprie competenze la predisposizione di piani di azioni positive, non sono però riusciti a realizzarli».

Risulta peraltro che, anche successivamente, questa situazione non si è modificata, come emerge anche dal rapporto del Comitato nazionale e dalle stesse comunicazioni pervenute dal dipartimento della funzione pubblica.

Tra le ragioni di tutto questo vi è anche una sorta di contenzioso che si è aperto tra Ministero del lavoro e il Dipartimento della funzione pubblica a riguardo delle competenze a provvedere e soprattutto a riguardo delle modalità di finanziamento, essendosi richiesto alla Funzione Pubblica di accedere ai

finanziamenti previsti dall'articolo 2 ed essendosi replicato dal Ministero del Lavoro che quei fondi sono destinati solo a finanziare le azioni positive dell'impresa privata.

I vari tentativi di comporre il contrasto non hanno mai approdato a concreti risultati ed anzi è emersa con sempre maggior chiarezza la mancanza di un effettivo coordinamento e di una precisa definizione di competenze e funzioni.

Non ha certamente giovato, a tal fine, il fatto che il decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, con l'articolo 61 (poi modificato in parte dall'articolo 29 del decreto-legge 23 dicembre 1993, n. 546) abbia dettato una disciplina del tutto autonoma, ponendosi come unico riferimento non tanto la legge 125 quanto le direttive della Comunità Europea.

Così, l'ufficio per la condizione femminile, istituito presso il dipartimento della funzione pubblica ha assunto funzioni parallele a quelle del Comitato, in materia di verifica dell'attuazione della legge e di raccolta di dati. Ed anche questo, ovviamente, ha creato ulteriori problemi di raccordo e di competenza.

Attualmente, il dipartimento della funzione pubblica sta lavorando attorno ad alcuni grandi progetti (vedi la relazione del Ministro Frattini al Seminario del CNEL del 15-26 giugno 1995 sulla parità di trattamento tra donne e uomini nella P.A. in attuazione del diritto comunitario) ed è auspicabile che essi approdino a risultati concreti e positivi anche per le implicazioni che essi comportano sui rapporti con iniziative analoghe di altri Paesi; ma la verità è che la norma dell'articolo 2, comma 6, della legge n. 125 era ed è assai più rigorosa, analitica e articolata, mirando a coinvolgere nelle azioni positive le amministrazioni dello Stato, le Regioni, le Province, i Comuni e tutti gli enti pubblici non economici. La capillarità di queste azioni positive sarebbe importante non solo per il fatto che molto consistente è la presenza femminile nel pubblico impiego, ma anche perché l'adempimento puntuale di un obbligo di legge da parte delle amministrazioni pubbliche, in piena aderenza alle finalità ed agli scopi di cui all'articolo 1, servirebbe di esempio, di precedente e di stimolo per analoghe iniziative nel settore privato.

2.3 Le istituzioni della parità.

Questo è un aspetto particolarmente delicato, circa l'attuazione della legge, proprio perché l'effettività di una disciplina del genere è affidata principalmente alla capacità delle istituzioni di parità non solo di funzionare regolarmente, ma anche di svolgere azioni promozionali e di incentivazione. In altre parole, qui sta il perno su cui deve ruotare tutta la legge. E purtroppo proprio questo perno si è trovato in particolare difficoltà sul piano attuativo.

Alcuni limiti cui si è già accennato, erano già nella legge, ma ciò che conta è che, anche così come sono costruite queste istituzioni, o non sono riuscite a decollare oppure hanno funzionato e funzionano, come è stato rilevato «a scartamento ridotto».

La legge attribuisce al Comitato Nazionale per le parità una molteplicità di funzioni che comportano compiti propositivi (articolo 1 comma 3, articolo 6, lettere *a, c, e, g*), consultivi, in merito alla validità di progetti da ammettere al finanziamento (articolo 2, commi 2, 5, 6), ispettivi (articolo 6 lettera *d, f, h*) e divulgativi delle finalità della legge n. 125 del 1991 (articolo 6, lettera *b*).

In dottrina, è stata criticata la legge soprattutto in ordine ad alcuni «buchi neri» proprio in relazione alla mancanza di altri compiti che, secondo l'esperienza inglese e nordamericana, rafforzano complessivamente l'autorità e l'autorevolezza degli organismi della parità. In particolare, una studiosa (M. Barbera) sottolinea l'omissione del potere di fornire pareri tecnici ai soggetti destinati e della facoltà di intervento nei giudizi in tema di discriminazione. Altri hanno evidenziato, in termini negativi, la cancellazione, di fatto, di una reale «potestà di accertamento». Ma a prescindere da questi rilievi, sta di fatto che i compiti assegnati dalla legge sono comunque di grande rilievo e di notevole potenzialità, ove riescano ad essere svolti appieno. Soprattutto, la vasta gamma di attribuzioni comporterebbe un forte dinamismo nell'azione amministrativa e una collaborazione sistematica con gli organi dell'amministrazione.

Ma il Comitato ha sempre avuto notevoli difficoltà di funzionamento, anche a prescindere dalla buona volontà e dall'impegno delle persone che nei vari momenti ne hanno fatto parte o lo hanno diretto.

In realtà ha nuociuto al Comitato la composizione troppo estesa, da taluni definita «elefantiaca», così come ha nuociuto certamente la sovrapposizione o la contrapposizione con altri organismi come l'ufficio per la condizione femminile all'interno del dipartimento della funzione pubblica o la Commissione Nazionale per la parità e la pari opportunità istituita presso la Presidenza del Consiglio. Ma, quali che siano le cause specifiche, in effetti, le carenze principali del Comitato si sono risolte sul piano propositivo (basterebbe pensare al pressoché totale distacco tra il lavoro del Comitato e le iniziative parlamentari in materia di lavoro femminile) e sul piano del controllo e dell'attività ispettiva in genere. Lo stesso rapporto del Comitato segnala alcune di queste difficoltà e limiti ed evidenzia i rapporti non sempre facili con gli altri organismi suaccennati. Ma non agevoli sono stati e sono i rapporti con il Collegio istruttorio, come è evidenziato dalle stesse lentezze burocratiche e dai ritardi nell'esame e nell'approvazione dei progetti di azioni positive. La stessa segreteria tecnica, che dovrebbe svolgere il ruolo di motore dell'intero organismo è troppo sottodimensionata (complessivamente, l'ufficio è composto da dieci persone) per poter funzionare appieno. Ma forse è risultata anche errata la scelta di eliminare un organismo esecutivo (che pure era previsto nel progetto ministeriale del 1987), intermedio fra il Comitato e gli altri organismi. Se infatti si voleva mantenere la forte rappresentatività del Comitato e il pluralismo delle rappresentanze si doveva pur prevedere che una sorta di assemblea composta di alcune decine di

componenti ben difficilmente può svolgere compiti che non siano generici o di mero indirizzo.

A tale scopo, un Comitato esecutivo o un Consiglio direttivo, più ristretto e non vincolato a criteri di rappresentanza, avrebbe forse potuto svolgere più agevolmente quei compiti di promozione e di stimolo che sembrano essere fondamentali secondo il disposto e la *ratio* dell'articolo 6.

Bisogna riconoscere che il Comitato ha svolto un lavoro notevole di ricerca, di approfondimento dei contenuti della legge, di studio delle soluzioni possibili, e ha anche operato sul piano della diffusione e della promozione delle tematiche paritarie. Ma ciò è rimasto fortemente al di sotto delle aspettative che la legge aveva suscitato e di quanto sarebbe stato necessario per dare, appunto, effettività ai principi generali e innovativi della legge n. 125.

Soprattutto, ciò che rileva è che il Comitato non è riuscito a porsi come il vero punto di riferimento e di raccordo tra il Ministero del lavoro e tutti gli altri organismi e istituzioni della parità, anche periferici.

La Commissione ha preso visione con interesse del programma triennale del Comitato Nazionale e degli obiettivi che si intende perseguire (accrescere il tasso di occupazione femminile e migliorare la posizione professionale delle donne; realizzare la parità di opportunità tra i sessi nel mercato del lavoro; attuare un maggiore equilibrio tra le diverse aree del Paese). E non c'è dubbio che sono condivisibili le proposte formulate sui singoli aspetti fondamentali della tematica.

Tuttavia (ma sull'argomento si tornerà nella parte conclusiva) deve dirsi fin d'ora che alcuni ostacoli vanno rimossi ed alcune soluzioni vanno attuate con rapidità, se si vuole che questi obiettivi possano essere realisticamente perseguiti e possano in concreto instaurarsi rapporti efficaci e proficui tra il Comitato, le altre istituzioni della parità e gli altri organismi della amministrazione pubblica e della stessa organizzazione comunitaria.

Ma la nota più dolente è rappresentata dai Consiglieri di parità.

In questo caso, parlare di mancato decollo della legge è del tutto attuale e corrispondente alla realtà, sia da quella che risulta dalla documentazione che da quella che è emersa dalla viva voce delle parti interessate.

L'articolo 8 della legge n. 125 ha ristrutturato completamente la figura del Consigliere di parità, già prevista in altre leggi precedenti (legge n. 863 del 1984 e legge n. 56 del 1987) ma con funzioni limitate e solo in relazione ad alcuni livelli. Adesso, i Consiglieri di parità sono previsti a livello centrale, regionale e provinciale, operano – a vario titolo – presso la Commissione centrale per l'impiego e presso le Commissioni circoscrizionali e sono dotati di compiti e funzioni particolarmente rilevanti oltre a quelli assegnati dalla legge nell'ambito delle competenze delle predette commissioni («svolgono ogni utile iniziativa per la realizzazione delle finalità della presente legge: articolo 8 comma 6). Sono pubblici funzionari, hanno obbligo di rapporto all'autorità giudiziaria, possono

agire in giudizio su delega delle lavoratrici oppure promuovere autonomamente un giudizio contro atti di discriminazione collettiva. Basta l'indice delle funzioni assegnate ai Consiglieri di parità (quelle del comma 6 dell'articolo 8 possono apparire generiche, ma in realtà sono destinate a consentire la massima autonomia d'azione) per rendersi conto che la maggior parte dell'effettività della legge può essere assicurata solo da un corretto funzionamento di questo organismo.

Ma proprio questa figura fondamentale è stata colpita dal maggior tasso di disinteresse e di incomprendimento. Ritardi incredibili nella nomina dei Consiglieri di parità, mancata dotazione di strumenti e di mezzi, contestazioni e controverse su alcune delle funzioni attribuite dalla legge, sono fatti che costellano il cammino di questa figura, che in realtà ha potuto camminare ben poco.

Se il Consigliere nazionale è stato nominato solo da qualche mese, peraltro lasciando un posto vacante in una importante sede della Lombardia, non miglior sorte è toccata a numerose Regioni, nelle quali la nomina è arrivata con estremo ritardo; e ancor peggio deve dirsi di alcune Regioni, nelle quali la nomina dei Consiglieri non è ancora avvenuta. Risultano, infatti, prive da sempre del Consigliere regionale di parità ben sette Regioni: Abruzzo, Emilia Romagna, Lazio, Umbria, Campania, Calabria, Sardegna. Sono altresì, da sempre, prive dei Consiglieri provinciali di parità le stesse Regioni e, in aggiunta, la Puglia e le Marche.

Gli stessi criteri di nomina – come osserva il Comitato – «sono stati interpretati in modo variegato, in alcuni casi addirittura in violazione del principio della preventiva consultazione con le organizzazioni sindacali e con il rischio dell'affermazione di logiche spartitorie».

È rimasto accertato che lentezze e ritardi dipendono in alcuni casi dalle mancate intese o dalla «disattenzione» dei Consigli regionali, in altri casi anche da lentezze burocratiche a livello ministeriale. Di fatto, anche di fronte alle più clamorose inadempienze, il Ministero del lavoro si è limitato a qualche sommario sollecito (l'ultimo è del maggio 1995) anche a seguito di un particolare richiamo da parte del Comitato Nazionale.

Ma la cosa più grave è l'assoluta mancanza di strumenti e di mezzi, là dove il Consigliere di parità finalmente esiste; e la carenza è tale da impedire una reale operatività perfino alle persone più disponibili ed impegnate; si può, infatti, credere alla propria funzione e cercare di impegnarsi al meglio, ma se non c'è una scrivania, un telefono, un qualsiasi supporto, se costa di più la perdita di una giornata di lavoro di quanto possa rendere il gettone previsto (26.000 lire lordi!), se non si possono avere altro che permessi non retribuiti, se non sono previsti neppure i rimborsi per le spese di viaggio, è chiaro che non c'è volontariato che tenga: manca proprio il minimo indispensabile perché la stessa buona volontà possa esplicarsi, tramutandosi in concreta efficacia e capacità di funzionamento e così conquistando autorevolezza e credibilità. Sembra proprio che si sia pensato

ad eroi o missionari, quando invece bisognava dare strumenti concreti e possibilità effettive di esplicazione delle funzioni così chiaramente affermate dalla legge.

Sotto questo profilo, la Commissione ha dovuto registrare un coro di doglianze, pienamente fondate e condivisibili. Il fatto che perfino quel modestissimo gettone sia sottoposto ad un limite massimo fissato annualmente con decreto del Ministro del lavoro, così come la generica direttiva impartita dal Ministro con una circolare e rivolta ad uffici pubblici in alcuni casi tutt'altro che disposti ad ascoltare ed in altri effettivamente impossibilitati a fornire aiuti e strumenti concreti, assumono un sapore quasi beffardo: quasi una rivolta dei fatti contro i principi. E questo è davvero inammissibile soprattutto perché questi dati non sono emersi per la prima volta nel corso delle audizioni della Commissione, ma sono noti da tempo. È del settembre 1993 una missiva delle Consigliere regionali e provinciali di parità della Lombardia che denuncia con forza la situazione, propone rimedi ed avanza addirittura l'ipotesi che «non esista un reale interesse a far vivere il ruolo di Consiglieri di parità previsto da una legge della Repubblica». È del 1994 il già citato Commentario sistematico alla legge n. 125, in cui si afferma che se non si risolverà in modo adeguato il problema degli strumenti operativi, tutta la legge si risolverà in «un grosso inganno, un'ennesima operazione di immagine». Sono note le prese di posizione del Comitato nazionale, di singoli Consiglieri, di organizzazioni sindacali e di associazioni femminili. Ma a tutto questo, finora, ha corrisposto solo il silenzio: sono continuati i ritardi, ma soprattutto i Consiglieri di parità – ove esistenti – non hanno avuto i supporti, gli strumenti e i mezzi necessari per operare. Ad una Consigliera nominata di recente in una importante Regione italiana, la Commissione ha chiesto quale accoglienza avesse ricevuto presso gli uffici pubblici cui doveva appoggiarsi. La risposta è stata significativa: l'accoglienza è stata ottima e calorosa fino a che non ha cominciato ad avanzare richieste, almeno di un punto di appoggio, di una scrivania, di un telefono, di un minimo di personale. A quel punto, sono state opposte difficoltà insormontabili e l'entusiasmo è calato gradualmente fino a cessare del tutto.

A tutto questo deve aggiungersi che nulla è stato mai disposto per ciò che attiene alla assistenza legale ed alle spese relative.

Escludendo l'utilizzo dell'Avvocatura dello Stato, che pur necessiterebbe di una specifica autorizzazione a svolgere anche questi compiti, ma che sarebbe in ogni caso tagliata fuori in tutti i casi in cui la controparte è un'amministrazione pubblica, per esercitare la sua facoltà di azione in giudizio il Consigliere di parità dovrebbe farsi assistere da un legale; ma a proprie spese, visto che nulla è previsto a riguardo. C'è da sorprendersi se di azioni promosse da Consiglieri di parità non se ne vedono, e soprattutto quando si tratta di iniziative proprie, contro le discriminazioni collettive?

Ma non basta: per essere incisivo il ruolo dei Consiglieri di parità in seno alle Commissioni per l'impiego, occorrerebbe una presenza assidua e continuativa;

ma i supplenti sono previsti, finora, solo a livello provinciale, mentre non ne risultano nominati a livello regionale (con una sola, recente, eccezione).

Per altro verso, vi sono state anche alcune contestazioni circa il diritto di voto delle Consigliere nelle Commissioni per l'impiego. Sono stati posti i quesiti al Ministero, ma la questione – pur assai rilevante – non è stata ancora risolta; solo nel disegno di legge n. 1985 presentato dal Ministro del lavoro al Senato nel luglio scorso è stata inserita una disposizione interpretativa dell'art. 8 della 125, nel senso del riconoscimento del diritto di voto nella Commissione regionale per l'impiego.

2.4 Le azioni in giudizio.

Anche sotto questo profilo, i risultati del primo quadriennio sono estremamente deludenti. Le azioni individuali sono state pochissime, quelle promosse dai Consiglieri di parità ancora di meno, la casistica è davvero irrilevante. Se l'esperienza fatta con l'articolo 15 della legge n. 903 del 1977 era stata modestissima, l'applicazione pratica dell'art. 4 è stata ancora più ridotta.

La Commissione non ha voluto limitarsi alle sentenze pubblicate (ripetiamo, pochissime) ed ha voluto sentire anche i magistrati del lavoro di Milano, Firenze e Napoli anche per accertare se vi fossero altre decisioni non pubblicate oppure controversie definite in modo significativo in sede conciliativa.

Ma il Pretore di Firenze ha fatto sapere di non aver nulla da comunicare. Il Pretore dirigente di Napoli ha confermato il dato negativo, discutendo utilmente con la Commissione sulle possibili cause; il Pretore dirigente di Milano, con altri magistrati del lavoro, ha mostrato disponibilità e sensibilità ed ha fornito tutto il materiale raccolto nella Pretura del lavoro: ma si trattava di non più di una decina fra sentenze, verbali di conciliazione e ordinanze; il che, per una Pretura del lavoro come quella di Milano, è davvero un'entità insignificante.

Anche con i magistrati del lavoro di Milano e con una avvocatessa esperta nella materia specifica si è discusso sul fenomeno e sulle sue cause, ma il quadro che ne è uscito non è molto più illuminante delle considerazioni che già scaturiscono dallo stesso dato numerico.

Insomma, nessuno contesta che le discriminazioni ci siano, ma tutti concordano nel ritenere che un'azione giudiziaria in costanza di rapporto è davvero troppo rischiosa perché una lavoratrice discriminata si decida a compiere il tentativo. Vi sono, inoltre, difficoltà di prova (a ben poco è servita la tanto discussa «inversione» dell'onere della prova, che all'atto pratico non ha avuto neppur modo di essere sperimentata). Vi è, gravissima, la carenza di funzionamento dei Consiglieri di parità, se non addirittura la loro mancanza. Infatti, dai Consiglieri dovrebbe scaturire un impulso, anche per le azioni individuali (attraverso la delega e attraverso lo strumento dell'intervento), ma soprattutto per quelle collettive. Ma il ruolo del Consigliere di parità, per essere svolto, richiede quella dotazione di mezzi e strumenti che si è già visto essere totalmente carente. Ma poi la verità è che la funzione

del Consigliere di parità sarebbe rilevante soprattutto a monte, nell'aiutare le interessate a conoscere la legge, a prendere nozione dei propri diritti, a trovare la forza di farli valere. Ma se non si sa neppure se c'è un Consigliere di parità e chi è, e dove lo si possa trovare, è chiaro che viene a mancare tutto un retroterra, senza del quale le azioni in giudizio diventano impensabili.

D'altronde, è significativo il fatto che il dato complessivo risulti negativo anche per ciò che attiene alle azioni giudiziarie di dipendenti pubblici, dove la stabilità del posto è meglio garantita. La casistica è lievemente più ricca, in queste ipotesi; ma si tratta sempre di pochissime sentenze di TAR relative soprattutto a modalità discriminatorie inserite nei bandi di concorso o vicende similari.

Il rapporto del Comitato nazionale segnala alcune iniziative giudiziarie relative alla nozione di discriminazione indiretta a carattere collettivo ed all'impiego delle prove statistiche di cui all'articolo 4 della legge. L'elenco, è peraltro significativo – come rileva lo stesso Comitato – soprattutto come indice della possibilità di avviare esperienze applicative coerenti con gli obiettivi della legge. Ma, come si vede, il discorso è tutto di prospettiva e non riesce ad attenuare la sensazione amara di una consolidata disapplicazione della legge anche su questo versante.

2.5 *Il rapporto sulla situazione del personale (articolo 9).*

Si tratta di una previsione assai importante, sul piano informativo, ai fini della conoscenza dei fenomeni e della stessa individuazione delle possibilità di intervento. Il rapporto, biennale, posto a carico delle aziende che occupano più di 100 dipendenti, dovrebbe essere comunicato alle rappresentanze sindacali aziendali e al Consigliere regionale di parità. Ma la normativa si è arenata subito dopo l'emanazione del decreto ministeriale 8 luglio 1991 che determinava il modello del rapporto, prevedendo la comunicazione delle informazioni, disaggregate per unità produttiva, distinte per livelli contrattuali e suddivise per anno.

Il decreto è stato impugnato avanti al TAR del Lazio da aziende appartenenti alla Confindustria e all'Assicredito asserendo che la distinzione per unità produttive e l'articolazione per livelli violava il dettato normativo.

Il TAR del Lazio ha negato la sospensiva del provvedimento e il giudizio di legittimità è tuttora pendente. Il Ministero del lavoro, in attesa di una soluzione concordata della questione e nelle more dello svolgimento di consultazioni con le parti sociali, ha provveduto con proprio decreto del 30 novembre 1994 a rinviare *sine die* il termine per la presentazione dei rapporti biennali relativi al biennio 1992-1993; si tratta di una decisione davvero sorprendente, poiché non è concepibile che si presti ad un semplice rinvio, per di più *sine die*, proprio l'organo cui spetta – prima di ogni altro – di garantirne l'attuazione e l'applicazione concreta.

Si è così determinata una situazione veramente singolare e certamente al limite della legalità. Numerose aziende hanno aderito agli inviti delle rispettive

associazioni di categoria e si sono limitate ad inviare dati accorpati in modo tale da imporre una lettura assai complessa.

Altre hanno approfittato della situazione per non mandare nulla. Altre ancora, a seguito di diffide dell'Ispettorato del lavoro, hanno impugnato anche queste ultime, pur senza mai ottenere la sospensiva. Lo scopo dell'articolo 9 è stato, quindi, completamente vanificato; e le responsabilità vanno anche ricondotte al comportamento dello stesso Ministero del lavoro che in realtà non ha, a tutt'oggi, assunto una iniziativa veramente determinante, pur dovendo sapere che la funzione del rapporto è strettamente connaturata con gli obiettivi della legge, non solo come strumento di rilevazione delle discriminazioni, ma anche come ausilio ai fini della progettazione di azioni positive.

In sede di indagine conoscitiva sono emersi comunque anche altri dati, sostanzialmente negativi, fra i quali vanno segnalati: l'estrema difficoltà di lettura e interpretazione dei dati, quando pervengono, da parte dei Consiglieri di parità, là dove esistono; la difficoltà di ottenere una qualche collaborazione dei sistemi informatici di cui sono dotati molti organismi regionali (questa collaborazione si è realizzata solo in pochi casi e, in genere, in virtù di iniziative o rapporti personali). Scarsa è stata, finora, la reazione delle stesse organizzazioni sindacali di fronte a carenze così clamorose. Infine gli stessi Ispettorati del lavoro non sono intervenuti se non in casi eccezionali; ma non si sa se ciò sia avvenuto per carenze organizzative degli stessi oppure per mancanza di segnalazioni da parte dei soggetti destinatari del rapporto, a norma dell'articolo 9, comma 2.

2.6 Il finanziamento.

Si è già detto che il finanziamento è insufficiente per garantire davvero la funzionalità della legge; e per altro verso non è, talora, neppure utilizzato in modo adeguato.

È chiaro che la copertura prevista dall'articolo 11, comma 1, prima parte, non esaurisce neppure tutte le spese del Comitato e degli altri organi (basti pensare che lo stanziamento per il finanziamento della Commissione di garanzia di cui alla legge n. 146 del 1990 ammonta a più del doppio di quello riservato al Comitato). Manca, inoltre, una previsione specifica di stanziamento per le spese e le competenze dei Consiglieri di parità.

L'attivazione della quota del Fondo di rotazione di cui all'articolo 3 è avvenuta mediante iscrizione nel bilancio di previsione dell'esercizio finanziario 1992, di un capitolo aggiuntivo, con uno stanziamento di lire 48.927.000.000. A fine esercizio, tale importo è stato portato in economia, in quanto inutilizzato. Nell'esercizio finanziario 1993 la somma è stata inglobata nel capitolo riferito ai finanziamenti nazionali del Fondo sociale europeo che il CIPE ripartisce fra le Regioni.

In questo modo, le possibilità offerte dall'articolo 3 sono state vanificate; gli oneri si sono riversati tutti sulla fonte di finanziamento dell'articolo 2; gli interventi di «formazione specifica», sono finiti, sostanzialmente, nel mucchio.

Ben si comprende che questi sono anni difficili sul piano finanziario; ma una legge di riforma importante come la legge n. 125 non può vivere di «soccorsi» ed ha bisogno di un *budget* consistente, per poter conseguire i propri obiettivi.

2.7 *La relazione al Parlamento.*

Ai fini di un efficace controllo anche da parte del Parlamento, la legge prevede all'articolo 10 che dopo due anni dall'entrata in vigore, il Ministero del lavoro riferisca entro 30 giorni alle competenti commissioni parlamentari sull'attuazione della legge, sulla base di un rapporto redatto dal Comitato nazionale.

Dopo la scadenza del biennio, la Commissione lavoro del Senato sollecitò la relazione al Ministro del lavoro, ma solo in data 13 dicembre 1993 l'allora Ministro Giugni intervenne in Commissione per effettuare una comunicazione sull'argomento, avendo però cura di precisare che si trattava di semplici comunicazioni e non della relazione di cui all'articolo 10 della legge n. 125 del 1991, non essendo stato possibile disporre ancora del rapporto del Comitato. Al termine della comunicazione, comunque, il Ministro affermava di ritenere che la relazione di cui all'art. 10 dovesse essere presentata al Parlamento al più presto.

Peraltro, solo nel febbraio 1995 è pervenuto alla Commissione il rapporto del Comitato trasmesso dal Ministro del lavoro «ai sensi dell'articolo 10 della legge 125». A prescindere dal contenuto del documento, in sé esauriente, non si può ritenere che con esso si esaurisca la previsione dell'articolo 10, che evidentemente esige un atto «politico», cioè del Ministro, sia pure redatto sulla base del rapporto del Comitato. La questione non è formale, perché la relazione al Parlamento, quando è prevista, non può riferirsi semplicemente ad una trasmissione di dati e di valutazioni di un altro organo, ancorché evidentemente il Ministro intenda farle proprie. In realtà, il Parlamento – da un Ministro – ha diritto ad avere di più: una valutazione politica dello stato di attuazione della legge, l'indicazione delle misure eventualmente da adottare, l'assunzione di impegni e di responsabilità. Solo in questo modo può aprirsi quel dialogo tra Ministro e Parlamento che evidentemente l'articolo 10 intendeva instaurare.

Anche sotto questo profilo, dunque, la legge non ha avuto compiuta attuazione. Tant'è che la Commissione lavoro del Senato ha dovuto procedere di propria iniziativa all'indagine conoscitiva che si conclude con il presente documento.

2.8 *Rapporti con altre leggi: in particolare la n. 215 del 1992.*

Vale la pena di ricordare, nel concludere sul punto, che la legge n. 125 presupponeva anche un collegamento con altre leggi e comunque una concomitante attuazione dei principi paritari. Basti pensare, da un lato, alle finalità generali

indicate nel comma 1 dell'articolo 1 che evidentemente non possono essere perseguite solo con le azioni positive, ma richiedono interventi specifici di politica attiva del lavoro. E si rammenti, inoltre, che nel comma 2, lettera *b*) dello stesso articolo della legge n. 125, vi è un esplicito riferimento al lavoro autonomo ed anche all'attività imprenditoriale.

Ora, è facile riscontrare che tutta la legislazione del lavoro successivo al 1991 tiene ben poco conto degli obiettivi specifici enunciati nell'articolo 1, comma 1.

Si ravvisa, a questo riguardo, una chiara responsabilità non tanto e solo del Parlamento, quanto e soprattutto dei titolari del potere d'iniziativa legislativa e in particolare degli organi governativi (va considerato, infatti, che la maggior parte dei provvedimenti legislativi è d'iniziativa del Ministro del lavoro e che gran parte dei provvedimenti di questi anni sono stati adottati nella forma del decreto-legge e quindi per iniziativa governativa). Ciò significa che non è stato colto il profondo significato delle leggi relative al lavoro femminile ed alle condizioni di disuguaglianza, che imponevano un'azione globale e coerente e non solo limitata a disposizioni di principio, pur importanti.

Ancora più clamorosa è la concomitante disapplicazione di un'altra legge importante, strettamente collegata alla legge n. 125, quale è la legge n. 25 febbraio 1992, n. 215 (azioni positive per l'imprenditoria femminile). Secondo le rappresentanti del coordinamento donne delle organizzazioni sindacali, questa legge rappresenta proprio l'altra faccia della medaglia e come tale avrebbe dovuto procedere in modo parallelo con la legge n. 125. Al contrario, è pacifico che la legge n. 215 non è riuscita a diventare concretamente operativa e che perfino i finanziamenti previsti hanno potuto essere recuperati, e reinseriti nella legge finanziaria approvata nel dicembre 1994 solo a seguito di particolari insistenze da parte del Comitato per le pari opportunità.

È ben vero che all'attuazione di questa legge si sono frapposti anche ostacoli da parte degli organismi comunitari, che hanno considerato troppo elevato il livello di aiuti previsti dalla legge, in sostanza imponendone la riduzione. Ed è vero che il regolamento di attuazione, adottato – anche per la procedura d'infrazione attuata dalla Commissione dell'Unione Europea – con considerevole ritardo, ha finito per ridurre, in concreto la portata della legge. Ma il fatto è che a tutt'oggi, il regolamento di attuazione non è ancora operante e dunque la legge non è riuscita a decollare. E questo suggerisce amare riflessioni sia per ciò che attiene alla sensibilità di alcuni organismi comunitari, sia anche per quanto riguarda l'impegno degli organi governativi del nostro Paese.

In sostanza, continua a dominare il campo una «filosofia» riduttiva del valore del lavoro femminile e degli stessi principi di parità e di pari opportunità.

Ne è prova, del resto, la stessa sentenza n. 422 del 1995 della Corte Costituzionale, che nel risolvere la nota questione delle «quote», ha adottato una nozione delle azioni positive assai riduttiva, escludendo la possibilità di azioni suscettibili di incidere direttamente sul contenuto dei diritti dei cittadini.

3. *Le cause della inattuazione della legge.*

Si è già detto che non è sostenibile che la legge sia rimasta, in gran parte, inattuata perché rappresentava una «forzatura». Si può aggiungere, in questa sede, che se il Parlamento è espressivo della volontà popolare, è improponibile in linea di principio la tesi secondo cui una legge sarebbe «troppo» avanzata. Ciò che può accadere, invece, è che una legge si collochi un po' più avanti di quello che è il comune sentire, in qualche modo quindi esprimendo la volontà e il pensiero di una élite ed essendo quindi destinata a svolgere anche una funzione promozionale. Ma questo per una legge di riforma è normale ed è tutt'altro che un difetto. Semmai, questo rilievo corrobora l'idea che spettano, in via primaria, agli organi dell'esecutivo il compito e la responsabilità di dare piena e completa attuazione ai principi affermati dalle leggi di riforma, garantendone non solo la diffusa conoscenza, ma anche la reale operatività. E questo, come è facile constatare e come meglio vedremo in seguito, è proprio ciò che è mancato, in via principale, per la legge n. 125.

Era del tutto prevedibile che essa potesse essere recepita con difficoltà, con scarso interesse (e magari talora con vero e proprio ostruzionismo) da parte dell'amministrazione nel suo complesso. Ma era proprio questo l'atteggiamento da rimuovere, nel caso specifico, con comportamenti concreti.

Può inoltre accadere che dopo anni di dibattito una legge entri in vigore proprio nel momento meno adatto. Ma questo esige, semmai, merita qualche riflessione in più.

Anzitutto, la crisi economica si è abbattuta sul Paese proprio quando la legge avrebbe dovuto raggiungere il massimo di effettività. Se la crisi colpisce, come è naturale, l'occupazione, è ben difficile che un provvedimento destinato ad incrementare l'occupazione femminile riesca ad attingere i suoi obiettivi; anzi è facile (anche se non lo si può accettare come principio) che la crisi finisca per colpire proprio i soggetti più deboli sul mercato, quindi vanificando gli sforzi di una legge promozionale come la legge n. 125. Ma anche queste sono situazioni a cui occorre reagire con forza, perché le garanzie di parità o di pari opportunità diventano ancora più importanti quando è in crisi il sistema del lavoro e quando il riequilibrio della situazione dovrebbe imporre scelte e provvedimenti ancora più rigorosi.

Ma si è già detto che in questi anni l'attenzione dell'amministrazione nel suo complesso è stata di livello assai modesto. L'esempio è certamente venuto anche dall'alto, se i Ministri non hanno fatto la relazione di cui all'articolo 10 e se i decreti emanati per ciò che attiene alle spese e alle dotazioni strumentali o sono mancati o sono risultati insufficienti. Questi fatti finiscono per rappresentare un segnale negativo per l'intero complesso dell'amministrazione e per tutti coloro che dovrebbero essere chiamati a favorire l'applicazione della legge.

Si poteva sperare, ha rilevato la dottrina, in un appoggio consistente del Ministero del lavoro, delle Regioni, dei sindacati, ma quell'appoggio complessivamente è

mancato. Lo dimostrano i ritardi e le modalità delle nomine dei Consiglieri di parità, le difficoltà registrate nella dotazione di mezzi e strumenti adeguati, il mancato coordinamento degli sforzi in tema di formazione professionale.

Ma lo dimostrano anche lo scoordinamento fra organi dello Stato, i contrasti fra ministeri, la sovrapposizione di competenze fra Comitato e Commissione nazionale. Ma lo dimostra soprattutto l'inattuazione della legge anche da parte di quelle amministrazioni pubbliche per le quali l'adozione di azioni positive non era una facoltà ma un obbligo.

A fronte di questo complessivo disimpegno, perde ogni rilievo il dibattito – che pure c'è stato – circa le carenze della stessa legge. Infatti, se si può riconoscere che per certi aspetti la legge poteva essere migliore, bisogna pur dire che non è stato certamente questo il fattore determinante della inattuazione.

La discussa composizione del Comitato, la mancanza di un organo esecutivo, la strutturazione del collegio istruttorio, la mancata esplicita previsione di mezzi e strumenti adeguati, hanno certo influito negativamente, così come la mancata attribuzione alle istituzioni della parità di quella autonomia organizzativa, operativa e finanziaria che avrebbe non solo conferito maggiore effettività al dettato della legge, ma avrebbe anche attribuito autorevolezza e credibilità alle istituzioni stesse.

Insomma, anche altri organi di garanzia e altre *authorities* hanno avuto le loro difficoltà; ma là dove hanno disposto di una loro autonomia hanno potuto almeno superare alcune, conquistando quanto meno autorevolezza.

E tuttavia, la convinzione profonda che scaturisce dall'analisi della applicazione (o meglio della disapplicazione) della legge è che i limiti del legislatore non spieghino affatto quello che è accaduto ed anzi rappresentano aspetti del tutto secondari. Il fenomeno è troppo massiccio e troppo clamoroso per essere attribuibile a qualche timidezza del legislatore.

La verità è che ogni innovazione rischia di essere tradita, se non è accompagnata da mezzi e strumenti adeguati e se non è sorretta da un impegno costante di tutti i soggetti interessati.

Ma proprio questo è ciò che è mancato. I mezzi e gli strumenti erano indispensabili per la realizzazione di quella capacità delle istituzioni di attivare, promuovere e incentivare le iniziative che abbiamo visto essere un elemento fondamentale di successo. La loro mancanza (o inadeguatezza) non è stato dunque, un puro accidente, ma qualcosa di assai più serio e grave, per tutte le implicazioni e conseguenze che ne sono derivate.

Ma va sottolineato anche il carente impegno delle Regioni: quante di esse hanno tardato a procedere alle nomine, oppure – ottenute le designazioni – le hanno tenute a lungo nel cassetto? E quante non sono riuscite ancor oggi ad eleggere i Consiglieri di parità?

Di questo atteggiamento sostanzialmente inerte si è cercato di esplorare le ragioni più profonde. Le spiegazioni sono state diverse: c'è chi ha parlato di

pratiche lottizzatorie e c'è chi ha invece affermato che i ritardi e le inerzie sono dipese da una convinzione contraria, che cioè non valesse neppure la pena di mettersi a lottizzare e comunque di impegnarsi in nomine di dubbia efficacia. Certo è che è vero che un convinto appoggio da parte delle Regioni non c'è stato e che là dove gli organi politici, alla fine hanno assunto le loro determinazioni, ad adottare atteggiamenti indifferenti o ostruzionistici hanno provveduto gli organismi burocratici, come spesso accade refrattari alle novità.

Non si può, peraltro, sottacere il fatto che neppure dalle organizzazioni sindacali – per parecchio tempo – è venuto un gran sostegno alla legge. Dalle audizioni è emerso con evidenza che questa è stata considerata una legge non solo per le donne ma anche e soprattutto delle donne. Qualcosa cioè, la cui attuazione poteva e doveva essere delegata ai soggetti più direttamente interessati. Lo si è dedotto con chiarezza dal fatto che invitate le segreterie dei sindacati, nelle audizioni quasi sempre esse sono state rappresentate da donne; e quando erano presenti i segretari, non di rado risultavano scarsamente informati sulla reale situazione.

Ora, una legge profondamente innovativa riguarda tutti e impegna tutti; e non può esserne delegata l'attuazione solo ad alcuni soggetti, senza che ne risenta profondamente la sua efficacia reale e senza che la stessa pressione femminile finisca progressivamente per attenuarsi. In realtà, se la legge n. 125 ha potuto essere approvata, lo si deve al forte sostegno ed impegno di diverse organizzazioni e associazioni, che hanno accompagnato e appoggiato il lavoro parlamentare. Questo impegno sembra essersi affievolito con l'approvazione della legge, come se ormai fosse stato tutto acquisito. In questo vuoto di sostegno, hanno avuto buon gioco l'indifferenza, la disattenzione, magari le resistenze più o meno consapevoli di soggetti, di aziende e di alcune amministrazioni. Perché, certo, anche resistenze vi sono state; e se ne è avuta una chiara eco non solo nella vicenda relativa al rapporto di cui all'articolo 9 ma anche nel corso delle audizioni dove non è mancata qualche nota di scetticismo, qualche incomprensione, qualche reazione più o meno negativa all'impegno sociale che la legge richiede.

Certo la redazione di un rapporto biennale può anche essere una seccatura; ma se se ne condividono le finalità e se davvero si pensa che il problema sia quello di una semplificazione delle procedure e dei modelli, una soluzione può essere trovata agevolmente. Invece, lo stallo che si è determinato presenta profili non solo di incertezza, ma anche di perplessità sulle reali volontà di applicazione della legge.

In più, anche a riguardo delle azioni positive, è stato manifestato il dubbio che alcune di esse siano state promosse più per ragioni attinenti all'interesse dell'impresa che non per motivi strettamente corrispondenti alle finalità della legge. Non si può certamente dar corpo a semplici sospetti o a mere perplessità; tuttavia, bisogna pur dire che la tipologia delle azioni positive, così come si sono esplicate in questi anni, qualche dubbio è destinata a suscitare anche su un piano di assoluta obiettività.

L'insegnamento più consistente che si ricava da tutto questo è che non basta una legge avanzata per fare «cultura» e per ottenere un consenso generalizzato, consapevole e convinto occorre, prima di tutto – come si è rilevato più volte – garantire la piena efficacia ed operatività della legge. E solo in questo contesto si comprende anche la necessità di diffondere la conoscenza della legge attraverso una capillare e completa informazione e l'esigenza di un forte impegno culturale anche per vincere le possibili resistenze.

È tutto questo che è mancato, in questi anni. Ed è chiaro che proprio su questo terreno di inerzia che germogliano le disattenzioni e le indifferenze e prosperano le resistenze. È dunque su questo terreno che occorre operare, con energia e sollecitudine e a tutto campo, se si ritiene che la legge n. 125 conservi le sue ragioni di fondo e meriti finalmente di essere attuata.

L'unico segno realmente positivo, nell'ultimo periodo, è stato rappresentato dall'accordo fra parti sociali e Governo del 23 luglio 1993, nel quale sono state finalmente riprese in considerazione le due leggi più importanti, in tema di pari opportunità, degli ultimi anni (la legge n. 125 del 1991 e la legge n. 215 del 1992) per stabilire l'impegno a definire azioni positive che considerino l'occupazione femminile come una priorità nei progetti e negli interventi e per indicare con chiarezza alcuni fondamentali obiettivi: la piena applicazione delle due leggi richiamate, un ampliamento del loro finanziamento, una loro integrazione con gli altri strumenti legislativi e contrattuali, con particolare riferimento alla politica attiva del lavoro.

Sarebbe già di grande rilievo il fatto che in un accordo così complesso ci si sia ricordati anche del problema dell'occupazione femminile e delle pari opportunità; ma ancora più importanti sono i contenuti fortemente impegnativi, tutt'altro che generici e tali da cogliere alcune delle tematiche di maggior respiro, come si è visto, relative all'applicazione della legge n. 125.

Bisogna dire, peraltro, che tutto si è fermato a queste formulazioni e non risulta che ad esse sia stato dato un particolare seguito. Ciò sarà anche dovuto alle varie vicende politiche del Paese ed alla incertezza del quadro politico. Ma ora bisogna affermare con forza che quelle indicazioni, quegli impegni vanno mantenuti e realizzati al più presto, quale che sia il Governo chiamato ad attuarli e comunque sotto il vigilante controllo e la leale partecipazione delle parti sociali firmatarie dell'accordo del 23 luglio 1993.

4. Attualità dei principi ispiratori della legge 125.

A questo punto, è logico porsi la domanda se la legge n. 125 conservi la sua attualità e la sua validità di principio, oppure debba considerarsi superata, sì da rendere superfluo ogni impegno per garantirne la completa attuazione.

La risposta è tutta a favore della prima ipotesi, anzitutto perché i principi cui è ispirata la legge n. 125 sono più che mai validi, in Italia ma anche negli altri Paesi comunitari, sicché se la lasciassimo cadere finiremmo per trovarci in una

posizione di sostanziale arretratezza rispetto agli indirizzi comunitari ed alle iniziative degli altri Paesi. In secondo luogo, le ragioni che avevano ispirato il legislatore sono tuttora presenti e davvero tutto potrebbe affermarsi tranne che sia stato superato quel *gap* che ha sempre posto le donne in posizione di sostanziale disparità e disuguaglianza sul lavoro e soprattutto sul terreno delle opportunità.

La crisi non solo non ha risolto il problema delle disuguaglianze e delle discriminazioni, ma – semmai – lo ha aggravato.

Inoltre, tutte le condizioni sociali che rendono particolarmente difficoltoso per le donne l'esercizio dei propri diritti nei confronti del lavoro sono tuttora immutate, non essendo stati predisposti i servizi e gli altri strumenti, che appunto possono contribuire a colmare le disuguaglianze di fatto.

Dalla premessa al programma triennale del Comitato nazionale di parità si ricavano alcuni dati assai significativi: si rileva che le donne italiane, pur avendo nel corso degli ultimi dieci anni migliorata la loro posizione economico-sociale, incontrano tuttavia ancora numerosi ostacoli per accedere o partecipare in modo paritario al mercato del lavoro.

Il documento rileva che i costi di tale partecipazione sono ancora assai elevati per la mancanza dei servizi alla famiglia, per la rigidità degli orari di lavoro, per la difficile gestione della mobilità; e a tutto questo si deve aggiungere la minore crescita professionale, il mancato riconoscimento della professionalità ed alcune consistenti differenze retributive.

Il tasso di occupazione femminile continua ad essere minore rispetto a quello maschile di ben 32,21 punti percentuali; le donne non occupate, in età lavorativa (da 14 a 70 anni) sono il 64,4 per cento della relativa popolazione femminile; su cento casalinghe, 48,5 vivono al Sud e nelle isole, 31,9 al Nord, 19,6 al Centro.

In sintesi, le donne italiane continuano ad essere presenti in misura minore nel mercato del lavoro rispetto agli uomini. Ma il tasso di femminilizzazione diminuisce ancora quando si tratta di professioni di maggior prestigio e con redditi più elevati. «Su 100 donne occupate in Italia, nel 1993, solo lo 0,40 per cento era dirigente, lo 0,8 per cento imprenditrice, l'1,8 per cento libera professionista e il 2,4 per cento tra i quadri direttivi».

Una recentissima pubblicazione (Grecchi, *Pari opportunità. Il diritto e la cultura*, 1995) evidenzia che mentre si registra un notevole incremento percentuale della componente femminile sul totale della popolazione, la presenza maschile continua ad essere prevalente nel mercato del lavoro (nell'ottobre 1994, risultavano appartenenti alle forze del lavoro 8.442.000 donne contro 14.301.000 uomini).

Nel volume si rileva, inoltre, che il tasso di disoccupazione femminile supera di ben 6,79 punti percentuali quello maschile e che tale differenza è ancora più marcata nel mezzogiorno.

Confrontando questi dati con quelli degli altri Paesi dell'Unione Europea, risulta che il tasso di disoccupazione femminile è più elevato della media degli altri Paesi, mentre il tasso di occupazione risulta inferiore.

Ma ancora più interessanti gli ulteriori elementi posti in evidenza dalla autrice, allorché fa riferimento al fenomeno della cosiddetta «segregazione settoriale» (variazione del tasso di femminilizzazione in relazione al tipo di attività, ed esistenza di aree fortemente femminilizzate, con conseguenti svantaggi e rischi in periodi di crisi), nonché al fenomeno della cosiddetta «dequalificazione relativa» (connessa al più difficile e lento avanzamento delle donne, a causa della minor probabilità, per le lavoratrici, di accedere alle posizioni di maggior rilievo ed alle qualifiche più elevate) ed infine, alla cosiddetta «discriminazione retributiva» (fenomeno, quest'ultimo, che giustamente viene considerato come uno dei più deboli del lavoro femminile).

Questi rilievi sono importanti anche perché confermano, sulla base di dati statistici oggettivi, anche per l'ultimo aspetto, appena accennato, ciò che più empiricamente è emerso nel corso delle audizioni della Commissione, che cioè, mediamente, una donna dipendente guadagna il 20 per cento in meno di un maschio con la stessa qualifica e che tale differenziale arriva a sfiorare il 30 per cento quando si tratta di qualifiche più elevate. È vero che ad un interrogativo posto dalla Commissione nel corso di una audizione, si è risposto che non è esatto che le donne guadagnino meno e che è più corretto dire – semmai – che gli uomini, talora, guadagnano di più. Ma a prescindere dal fatto che si spera che questa sia stata soltanto una *boutade*, la verità è che la differenza retributiva esiste ed è diffusa, per tante ragioni. Alle quali non è lecito contrapporre il fatto che il numero delle ore lavorate dagli uomini è mediamente superiore a quello delle donne, perché queste ultime – se fanno meno straordinario e usufruiscono di maggior numero di permessi non retribuiti – è perché devono aggiungere al lavoro dipendente tutti gli obblighi di cura e di assistenza familiare.

Se il quadro è questo, è evidente che il problema della parità e più ancora quello della pari opportunità è tutt'altro che risolto e costituisce una delle questioni sociali (ed anche morali) più rilevanti, nel nostro Paese come in altri.

Ora, se non è consentito avere una fiducia messianica nello strumento della legge, bisogna pur dire che qualche misura deve essere adottata se si vuole eliminare o ridurre le discriminazioni e collocare tutti, uomini e donne, in condizioni di pari opportunità nel mercato del lavoro.

Noi disponiamo di alcune leggi importanti, fra le quali la legge n. 903 del 1977, la legge n. 125 del 1991 e la legge n. 215 del 1992 (un'altra legge, come si è detto, completamente inattuata).

Non possiamo permetterci il lusso di rinunciare a questo importante materiale normativo, ma anzi dobbiamo riuscire a garantirne la piena e completa effettività, pur rendendosi conto che, di per sé, queste leggi non bastano e che è necessario assicurare la parità di trattamento e la pari opportunità in tutte le occasioni di lavoro, di mancanza di lavoro o di crisi e dunque tenendo conto del fattore femminile in tutte le leggi in materia di lavoro.

Ma, per tornare alla legge n. 125, è chiaro che il quadro sopra delineato ne impone la piena attuazione e che anzi ogni ulteriore ritardo non sarebbe in alcun modo ammissibile.

5. Indicazioni operative e conclusive.

Gli autorevoli commentatori della legge n. 125, già richiamati nel corso della relazione, concludono la premessa al commentario dei singoli articoli osservando che per rimediare alle carenze di attuazione non sono necessarie iniziative legislative e che sarebbero già importanti gli aggiustamenti di carattere organizzativo e strumentale, oltre al più forte e più convinto impegno delle parti sociali.

In linea di massima, la Commissione condivide tale impostazione, ravvisando peraltro la necessità di qualche ulteriore specificazione.

Anzitutto, gli autori sembrano ritenere sconsigliabili le iniziative legislative, «nell'attuale fase della vita politica italiana». È vero, certamente, che le prospettive attuali di introdurre o migliorare riforme sembrano inferiori a quelle esistenti nel 1991. Ma questa non sarebbe, di per sé, una ragione decisiva.

Ciò che va rilevato è soprattutto il fatto che le responsabilità principali della inattuazione non sono da ravvisare tanto nelle carenze della legge, quanto e soprattutto nelle difficoltà che essa ha incontrato nella fase attuativa. Sicché sarebbe illusorio pensare, anche se vi fossero le condizioni politiche, che introdurre qualche modifica alla legge potrebbe produrre – di per sé – risultati più appaganti, ove non mutassero il clima, la cultura, lo spirito di chi deve creare le condizioni perché la legge sia applicata.

Al tempo stesso, questo non significa rinunciare alla possibilità di migliorare alcuni aspetti della legge, ove se ne ravvisino le condizioni. Si è già visto che soprattutto la ristrutturazione delle istituzioni centrali della parità, la configurazione di una maggiore autonomia organizzativa, finanziaria e operativa, il raggiungimento di un più coerente equilibrio tra le necessità rappresentative e le necessità di funzionamento, l'attribuzione di maggiori e più efficaci poteri e strumenti di controllo, oltre ad un migliore raccordo tra i vari organismi istituzionali, potrebbero essere utili per correggere qualche limite iniziale della legge, qualche timidezza di troppo del legislatore del 1991, proprio nella parte relativa alla strutturazione dell'apparato organizzativo. Altre proposte modificat[ive] sono state formulate nel rapporto del Comitato nazionale; ed anche di esse è giusto tener conto, ove risulti possibile e conveniente un intervento legislativo.

E dunque anche queste ipotesi di modifica non vanno abbandonate; ma sapendo con certezza che si tratta solo di operazioni di prospettiva, non suscettibili di supplire a perduranti carenze di attuazione, che invece vanno subito rimosse.

Allo stesso modo, appare ormai come un atto dovuto l'attuazione delle indicazioni contenute nell'accordo sul costo del lavoro del 23 luglio 1993 che implicano interventi legislativi e in particolare «l'integrazione con gli altri

strumenti legislativi e contrattuali, con particolare riferimento alle politiche attive del lavoro».

In questo caso, infatti, non si prospetta la necessità di interventi legislativi contrassegnati dalla specificità: basterebbe, invece, che ci si ricordasse del problema dell'occupazione femminile e della pari opportunità ogni volta che si interviene con provvedimenti di sostegno alla occupazione o di disciplina delle ipotesi di crisi aziendali o di settore, e più in generale con norme di politica attiva del lavoro. Troppo spesso avviene, infatti, che si intervenga con disposizioni indifferenziate e si trascuri il coordinamento con la legge n. 125 e con le altre leggi di tutela e sviluppo del lavoro femminile.

Ma indipendentemente da tutto questo, è soprattutto indispensabile procedere immediatamente a quegli «aggiustamenti» di carattere organizzativo e strumentale che, in realtà devono risolversi in qualcosa di più sostanzioso e forte di quanto si possa evincere dal blando termine usato dalla dottrina. Occorrono, in effetti, diversi e concreti interventi, con vari strumenti, che vanno da vere e proprie disposizioni normative fino a decreti ministeriali ed a semplici atti amministrativi.

Tra di essi sono da ritenere di particolare rilievo:

1) una definizione conclusiva dell'annoso problema relativo al rapporto di cui all'articolo 9. Urge definire il modello superando le difficoltà che finora si sono prospettate e cercando una via di conciliazione tra le due esigenze opposte: quella di disporre del maggior numero possibile di dati, correttamente aggregati ma anche facilmente disaggregabili, e quella di evitare oneri inutili per le imprese. La via della semplificazione del modello potrebbe anche servire per riuscire ad abbassare, in prospettiva, il livello oltre il quale il rapporto diventa obbligatorio, essendo evidente che il problema si pone anche per aziende che occupino almeno 40 o 50 dipendenti ed oltre.

Soluzioni del genere, ovviamente, è preferibile che siano raggiunte con un consenso diffuso delle parti sociali, anche al fine di evitare un possibile contenzioso. Ma questa intesa dovrebbe essere raggiunta in tempi rapidissimi, non essendo tollerabile il protrarsi di una situazione incoerente e, si ripete, al limite della legalità.

Naturalmente poi, ove queste intese si dimostrassero impossibili, si renderebbe necessaria un'assunzione di responsabilità da parte degli organi cui spetta di provvedere, definendo i modelli ed imponendo il rispetto della normativa, ed anche da parte degli organi cui spettano le funzioni di controllo;

2) il completamento, in tempi rapidissimi, del reticolo dei Consiglieri di parità, a tutti i livelli. Se le sollecitazioni non risultassero sufficienti, bisognerebbe che gli organi governativi ponessero allo studio il problema della possibilità e delle modalità di interventi più incisivi, anche di tipo sostitutivo. La situazione attuale, che è perfino – talvolta – di incertezza sul quadro reale dei Consiglieri effettivamente in carica, non può protrarsi ulteriormente. Entro l'anno, è indispensabile

che tutti i Consiglieri di parità previsti dalla legge n. 125 e dalle leggi precedenti siano in funzione;

3) la previsione e la concreta dotazione di tutti gli strumenti e mezzi necessari per il funzionamento dei Consiglieri di parità. Occorre intervenire adeguando il gettone di presenza e sopprimendo i limiti troppo angusti attualmente previsti, ridisciplinando la materia dei permessi, stanziando quanto è necessario perché ogni Consigliere – e prima di tutto a livello regionale – abbia almeno un ufficio, una struttura di segreteria, un apparato strumentale ed un pur non rilevante *budget* di spese necessario per l'espletamento della propria funzione. Anche in questo modo un ufficio pubblico acquista autorevolezza e credibilità, quando è posto concretamente in grado di costituire quel punto di riferimento, di promozione e di iniziativa a cui pensava il legislatore quando ha istituito questa importante figura.

Contemporaneamente, dovrà essere sciolto il nodo del diritto di voto dei Consiglieri di parità, nelle Commissioni per l'impiego; e dovranno essere valutate le modalità della diffusione, anche a livello regionale, della figura del supplente, che si renderà sempre più necessaria se e quando i Consiglieri di parità assumeranno in concreto tutte le loro funzioni (non trattandosi, in ogni caso di un lavoro a tempo pieno, anche questi accorgimenti possono agevolare il lavoro di chi non può essere onnipresente);

4) La soluzione del problema della assistenza legale per i Consiglieri di parità che intervengono, d'iniziativa o per delega, nei giudizi attinenti a questioni di parità, di discriminazioni, eccetera. L'unica soluzione concretamente praticabile sembra quella della istituzione di un apposito fondo, naturalmente con tutte le necessarie garanzie per quanto riguarda l'accesso e il concreto utilizzo da parte dei singoli organi (ma a questo dovrebbe valere un preciso raccordo con il Comitato nazionale o quanto meno con il collegio istruttorio o con un organismo esecutivo, se e quando verrà istituito);

5) la previsione di stanziamenti più adeguati per quanto riguarda l'articolo 2, con la precisa previsione di efficienti forme di controllo non solo sulle modalità di utilizzo ma anche sulle modalità di non utilizzo, come talora accade, dei fondi disponibili.

Nel contempo dovrebbe essere data una attuazione piena al disposto dell'articolo 3 della legge coinvolgendo e richiamando alle proprie responsabilità non solo il CIPE ma anche le Regioni, onde ottenere una netta distinzione tra le varie tipologie di azioni positive anche per ciò che attiene alla modalità di finanziamento.

Sotto questi profili, va anche affrontato in profondità e rapidamente risolto il problema dell'accesso alle risorse comunitarie, con destinazione specifica al finanziamento di azioni positive;

6) nell'ambito della ristrutturazione del Ministero del lavoro, il rafforzamento della capacità di servizio per quanto riguarda gli aspetti relativi alla realizzazione

degli obiettivi della legge e il sostegno alle istituzioni della parità. È stata rilevata l'assoluta insufficienza delle strutture di sostegno alla segreteria tecnica, al collegio istruttorio e allo stesso Comitato; anche la soluzione di questo problema, che ad alcuni può apparire marginale (ma non è così), è di fondamentale importanza ai fini della funzionalità piena di questi organismi, della eliminazione degli intralci burocratici, della riduzione dei tempi per l'approvazione delle azioni positive e per il relativo finanziamento, della realizzazione di un'efficace azione di controllo da parte degli organi cui compete questa funzione, a partire dal Comitato nazionale, e del raccordo con gli organismi periferici e in particolare con quelli regionali.

Una riorganizzazione degli apparati e delle strutture di supporto può consentire, finalmente la creazione di un vero e proprio «osservatorio» a livello centrale e regionale, che consenta di seguire, con l'andamento del mercato del lavoro, l'occupazione femminile nei suoi vari aspetti e momenti, l'attuazione degli obiettivi della legge, la eliminazione in concreto delle disuguaglianze di fatto e degli ostacoli che si frappongono alla realizzazione della pari opportunità. Un osservatorio, oltre tutto, sarebbe necessario per seguire l'andamento del contenzioso, per analizzare anche le controversie che si concludono in fase conciliativa e per valutare le ragioni che impediscono la piena attuazione della normativa di cui all'articolo 4;

7) il superamento di ogni sovrapposizione di funzioni e di ogni contrasto tra il Ministero del lavoro e quello della funzione pubblica. La duplicazione di organismi e competenze che si è andata realizzando va rimossa, riconducendo al Ministro del lavoro ed agli organi da esso dipendenti la competenza primaria, in questa materia, così come – del resto – prevedeva la legge n. 125. Ciò non toglie che alla funzione pubblica competa di curare gli aspetti specifici, attinenti alla particolare struttura dell'amministrazione. Ma occorre assicurare unitarietà di indirizzi e di organismi, se si vuole evitare che le più o meno latenti conflittualità agevolino la disapplicazione della legge;

8) il rafforzamento del ruolo del Comitato nazionale, anche e soprattutto sotto il profilo del coordinamento e dell'indirizzo generale. Si è già visto che questo Comitato deve diventare il punto di riferimento dell'intero reticolo delle istituzioni di parità operanti sul territorio. È un aspetto fondamentale, del quale va assicurata la piena e sollecita realizzazione, anche perché il Comitato possa assumere quel ruolo propulsore, nei confronti degli organi periferici, ma anche nei confronti degli organi centrali dell'Esecutivo, che indubbiamente gli compete e che rappresenta una fondamentale garanzia per l'efficace operatività della legge. L'utilità di incontri periodici fra i Consiglieri di parità, ad iniziativa e cura del Comitato (e naturalmente non a proprie spese) appare del tutto evidente, al fine di favorire lo scambio di esperienze e di definire obiettivi comuni, ma anche con lo scopo di formare e diffondere una «cultura» comune all'interno di tutte le istituzioni della parità.

Quelle accennate sono solo alcune delle indicazioni più evidenti relative alle misure che sarebbe più urgente adottare.

Pertanto tutto questo impone anche un mutamento di cultura e di interesse per i principi e per gli obiettivi della legge.

Occorre, dunque, favorirne e incrementarne la conoscenza, con tutti gli strumenti possibili di comunicazione. Il presupposto per l'esercizio dei diritti (ma anche per l'adempimento dei doveri) è la precisa conoscenza del loro contenuto. Se questo finora è mancato, occorre intervenire subito affinché la conoscenza della legge sia garantita a livello capillare e diffuso.

In concomitanza va svolta anche un'azione di sensibilizzazione e di stimolo che investa l'intera amministrazione dello Stato e delle Regioni, coinvolga parti e formazioni sociali, associazionismo femminile e non, rilanciando così la legge e le sue problematiche.

Non è compito della Commissione addentrarsi specificamente negli strumenti e modalità specifiche con cui questi obiettivi possono e debbono essere perseguiti.

Si condividono, peraltro, le indicazioni e proposte contenute nella parte conclusiva del rapporto e nel documento programmatico del Comitato per il triennio 1995-1998 (formazione della cultura delle parità fino dalle prime fasi di scolarizzazione, campagne di conoscenza nelle scuole di tutti i livelli, formazione degli insegnanti e predisposizione di materiali di supporto, attività di tipo promozionale per tutte le iniziative di diffusione della cultura delle parità, pubblicazione delle principali azioni positive concluse e finanziate e dei loro risultati, e così via).

È indubbio, comunque, che molto dipende, però, dall'iniziativa del Ministero del lavoro, che è il più diretto responsabile dell'attuazione della legge; e dal fatto che sia in carica un Ministro che si è a lungo occupato, anche in sede scientifica, di questi problemi, è lecito attendersi concrete ed efficaci iniziative anche in tempi assai brevi.

Sotto questo profilo sarebbe anche di particolare utilità – ad ogni effetto – il pieno adempimento del dettato dell'articolo 10 della legge, per coinvolgere anche gli organismi parlamentari in un confronto con i propositi e gli impegni del Governo.

Va detto, al riguardo, che anche dalla Presidenza del Consiglio è logico attendersi un particolare contributo ed apporto, non solo per i compiti di coordinamento che ad essa competono, ma anche perché alcune iniziative di diffusione e di sensibilizzazione riguardano, come è ovvio, la stessa collegialità governativa. Fra l'altro, spetta alla Presidenza del Consiglio di dirimere quella sorta di più o meno latente conflittualità che da anni contraddistingue i rapporti fra Ministero del lavoro e il dipartimento della funzione pubblica, riconducendo così ad unitarietà gli sforzi e gli impegni che la legge n. 125 prevede. Spetta ancora alla Presidenza del Consiglio definire con chiarezza e precisione i rapporti tra il

Comitato nazionale istituito presso il Ministero del lavoro e la Commissione nazionale istituita presso la Presidenza del Consiglio, evitando ogni sovrapposizione superflua e dannosa, ed ogni potenziale conflitto e facendo in modo che tutta la materia del lavoro resti attribuita alla competenza esclusiva del Comitato nazionale.

Resta il problema delle forze sociali e delle stesse forze politiche.

In questa direzione, la Commissione deve limitarsi ad indicare una strada e formulare un auspicio, dovendo rispettare l'autonomia di ogni organismo non parlamentare. È certo, però, che ai fini della realizzazione degli obiettivi della legge tutte le parti interessate devono essere convinte della sua importanza, collocandone l'attuazione tra le priorità. Soprattutto occorre combattere le resistenze aperte o latenti anche sul piano culturale; e soprattutto sconfiggere l'idea che questa è una legge per le donne e che a loro spetta gestirla. Ormai non c'è nessuno che possa negare il rilievo della questione femminile, a tutti i livelli, ma – per quanto qui ci occupa – soprattutto a riguardo dell'occupazione e delle condizioni di lavoro. Ma se a tali affermazioni di principio non si fanno seguire atti concreti e addirittura, parafrasando il titolo della legge, «azioni positive», è chiaro che tutto continuerà a procedere come nel passato.

Insomma, occorre una svolta nei comportamenti degli organi di Governo, dell'amministrazione pubblica e di tutto l'apparato dello Stato; ma ad essa deve contribuire anche l'azione delle parti sociali e delle forze politiche.

La Commissione sottolinea con forza, nel concludere, la necessità di immediata attuazione di iniziative e soluzioni concrete, efficaci ed operative, quelle cioè che sono mancate in questi anni e che adesso sono divenute particolarmente imprescindibili e urgenti.

Nel contempo, va fatto tutto il possibile per la formazione di una diffusa «cultura della parità e delle pari opportunità», a tutti i livelli e fra tutti i cittadini. Solo questa azione concomitante potrà finalmente impedire che leggi di grande respiro innovativo e di contenuto profondamente riformatore come la legge n. 125 del 1991 e la stessa legge n. 215 del 1992 vengano vanificate nella fase di attuazione, così ostacolando quel progresso e quel cammino verso la parità sostanziale che, prima ancora che dalla legge di cui ci occupiamo, è imposto in termini categorici ed ineludibili dallo stesso dettato costituzionale.

Intervento al Senato nella seduta pubblica del 13 dicembre 1995 nell'ambito della discussione sui disegni di legge in materia di violenza sessuale*

«(Omissis)

È pertanto iscritto a parlare il senatore Smuraglia, il quale, nel corso del suo intervento, illustrerà anche il seguente ordine del giorno:

“Il Senato,

in occasione dell'esame della legge sulla violenza sessuale;

ritenuto che il problema è, prima di ogni altra cosa, di formazione di una vera cultura del rispetto della persona, contro ogni forma di sopraffazione e di abuso;

considerato che su questo terreno c'è ancora molto cammino da compiere, ove si consideri il ripetersi di fatti di violenza sessuale di particolare gravità, anche in seno alla famiglia, rivelatori di mentalità e culture che un paese civile dovrebbe aver ripudiato da tempo e che comunque debbono essere al più presto superate;

considerato ancora che maggior attenzione va dedicata alle vittime della violenza, cui deve andare non solo la solidarietà umana ma anche tutto il sostegno necessario, sul terreno materiale e su quello psicologico, per poter superare un'esperienza che è sempre e comunque terribile,

impegna il Governo:

a) ad attuare una campagna d'informazione di massa, sui temi della libertà e dignità della persona e per la formazione di una cultura diffusa basata soprattutto sul rispetto delle persone e in particolare delle donne; campagna da svolgersi mediante ricerche e indagini per una più completa conoscenza dei fenomeni e delle loro matrici e mediante un'informazione capillare realizzata attraverso tutti gli strumenti di comunicazione di massa ed attraverso la scuola;

* [Pubblichiamo qui il resoconto stenografico dell'intervento di Carlo Smuraglia in Senato – XII Legislatura – del 13 dicembre 1995 nella seduta pubblica numero 272, ove si discuteva dei cinque disegni di legge in materia di violenza sessuale che porteranno all'approvazione della storica legge n. 66 del 15 febbraio 1996. Anche se non direttamente correlato al lavoro, l'intervento merita interesse in quanto coevo alle proposte di legge del nostro autore in materia di molestie sessuali sul lavoro. Sebbene anche per queste ultime Smuraglia proponesse la sanzione penale, l'interesse per questo intervento si appunta sulla critica che egli muove ai lavori del Senato, volti esclusivamente a un intervento di carattere repressivo senza considerare i necessari aspetti preventivi. Il testo integrale della seduta è reperibile al link <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/140719.pdf>.]

b) a predisporre al più presto un provvedimento normativo di sostegno agli organismi ed enti che provvedono alla tutela ed assistenza delle vittime della violenza, con le necessarie dotazioni finanziarie, che servono non solo a favorire una più completa emersione dei fenomeni, ma anche a creare le condizioni per un contenimento e per quanto possibile superamento dei devastanti effetti materiali e psicologici della violenza”.

9.2154.1

SMURAGLIA, BARBIERI,
D’ALESSANDRO PRISCO,
DANIELE GALDI, PAGANO, BERTONI,
SARTORI, STAJANO, DI BELLA, BONAVITA

Il senatore Smuraglia ha facoltà di parlare.

SMURAGLIA. Signor Presidente, colleghi, non vorrei apparire ingrato verso coloro che si sono fermati in Aula fino a così tarda ora e verso il Presidente che mi concede la parola se ripeto quanto ho detto poco fa ad alcuni colleghi che attendevano il mio intervento, cioè che in fondo parlo soprattutto per me, per esprimere un mio personale problema e un mio personale tormento.

Sono convinto che sia estremamente importante il fatto che dopo tanti anni di controversie e di confronti difficili le parlamentari delle più varie appartenenze abbiano trovato finalmente un punto di incontro. Considero che questo, di per sé, sia già un fatto di estrema rilevanza.

Considero anche importante che la legge proposta contenga finalmente il trasferimento di questi reati in un settore che è a loro consono, quello dei reati contro la persona, perché questa è un’affermazione di principio di enorme rilievo e, siccome credo nel significato di messaggio che ha ogni legge, penso che anche questo abbia una rilevanza notevole.

Sono anche convinto di altri aspetti positivi di questa legge: per quanto riguarda, ad esempio, l’unificazione delle varie fattispecie, ritengo che essa rappresenti un passo avanti.

Mi rendo conto di tutto questo e dell’esigenza anche di accelerare i tempi e di arrivare in porto. Ritengo infatti che se questa legislatura affidasse al futuro due buone leggi in materie affini, anche se diverse, questa sulla violenza sessuale e quella approvata dal Senato e attualmente all’esame della Camera sulle molestie sessuali nei luoghi di lavoro, lascerebbe un ricordo positivo: aver realizzato dei punti fermi su due aspetti che riguardano entrambi l’esigenza di rispetto della libertà e della dignità umana e soprattutto della donna. Semmai, dovrei dispiacermi che la pressione che viene esercitata affinché questo disegno di legge giunga rapidamente al suo approdo non trovi uguale eco nell’insistenza affinché dalla Camera dei deputati sia approvato il disegno di legge che da almeno due mesi è stato approvato da quest’Aula.

Non posso però dimenticare – considerandomi prestato temporaneamente alla politica – di aver fatto sempre l'avvocato e di essere un giurista; non posso dimenticare di aver scritto e detto molte volte quello che penso a proposito della pena e della funzione repressiva. Mi trovo di fronte ad un serio imbarazzo: da un lato, colgo le esigenze che ho detto, dall'altro, nella mia coscienza emerge un rifiuto quando vedo che si crede troppo alla funzione repressiva della legge quando mi sembra che in alcune disposizioni sia troppo accentuato l'aspetto repressivo, che considero, da questo punto di vista, un messaggio anche potenzialmente pericoloso.

In Italia c'è in giro già troppo l'idea che a determinati fatti che consideriamo gravi si possa rispondere con il pugno di ferro e che esso basti ad eliminarli; credo che anche nel caso in esame quella che io chiamo l'illusione repressiva possa avere un peso negativo che dobbiamo considerare. Aumentare i livelli minimi della pena oltre quella che ritengo la ragionevolezza può essere ingiusto e pericoloso. Quando la pena non è considerata più equa e non consente di tener conto di tutte le infinite variazioni che ci sono sul tema, anche della soggettività umana, il rischio è che la legge non venga creduta e non funzioni più come deterrente.

In questo disegno di legge ci sono tre aspetti che io auspico fortemente che quest'Aula modifichi: ciò tranquillizzerebbe di più la mia coscienza. Mi riferisco all'articolo 3, con quel minimo della pena così elevato e quell'attenuante che io considero infelice ed infausta nel nostro sistema, anche perché può dar luogo ad una giurisprudenza estremamente pericolosa; all'articolo riguardante i rapporti fra minori; infine, all'articolo riguardante la violenza di gruppo, che considero tra gli elementi positivi della legge come indicazione di una nuova fattispecie, ma che trovo pericoloso con quell'indicazione del minimo di pena che non consente (se non sarà adeguatamente corretto) di tener conto di determinati fattori. L'esperienza, la sociologia, la vita quotidiana ci insegnano che nel gruppo ci possono essere posizioni molto diverse: dal delinquente incallito che ha l'idea, crea la struttura e l'organizzazione, fino a colui che non è capace di resistere e che si lascia trascinare. La legge deve essere in grado di compiere una valutazione su un arco notevole di possibilità, altrimenti rischia di diventare ingiusta e deve essere corretta.

Da questo punto di vista, mi auguro che questi tre aspetti vengano corretti nella legge; ciò mi renderebbe più tranquillo nel pensare che davvero quegli aspetti positivi che ricordavo prima possano trovare finalmente un'eco positiva. Ho visto che su questi temi c'è stata già un'ampia discussione e che sono state presentate proposte emendative; la mia coscienza sarebbe certamente assai più tranquilla se in questo senso le correzioni venissero apportate in modo da consentire che la legge appaia equa e non emetta soltanto un messaggio repressivo.

È questo il secondo aspetto al quale voglio accennare molto rapidamente, rendendomi conto dell'ora tarda. Quel che mi manca in questa legge è un

respiro fondamentalmente umano: è un altro aspetto che mi inquieta. Questa è una legge repressiva, che non sembra preoccuparsi di cercare le ragioni profonde per cui certi fatti avvengono, delle soggettività di chi li compie e di chi li subisce. Una legge che pensa soltanto a punire severamente – come è giusto – fatti di estrema gravità è una legge che ha in sé un limite naturale. Troppo spesso accade che giovani che vanno insieme a compiere atti di un'efferatezza e di un'inaccettabilità umana assoluta tuttavia siano poi guardati con meraviglia dall'ambiente in cui vivono perché erano considerati persone normali. È sufficiente rispondere in questi casi con una pena elevata o bisogna anche scendere in profondità e chiedersi che tipo di cultura c'è dietro questi fatti, quale mentalità c'è nel genitore che abusa della figlia o dietro ai fatti che avvengono in casa?

Se non aggiungiamo anche questo, se pensiamo di rispondere soltanto con la dura parola della legge ma non con la ricerca delle ragioni e con la prevenzione, che io considero fondamentale, l'obiettivo rischia di essere raggiunto soltanto in parte. La legge può mandare un buon messaggio, ma quest'ultimo è limitato se non ci aggiungiamo anche un afflato umano. È la ragione per cui ho presentato un ordine del giorno per affiancare alla legge anche queste idee. Bisogna cioè cercare di trasformare la cultura e la mentalità che attribuisce allo Stato soltanto il ruolo di punire; il suo compito è anche, invece, quello di capire come certi elementi possano essere rimossi. Vi sono dei fatti da Medioevo che leggiamo sulle pagine dei giornali; dobbiamo chiederci perché nella società del 2000 possono ancora accadere e non dare soltanto una risposta, quasi alla cieca, all'impazzata, senza cercare di creare le premesse per qualcosa di fondamentalmente diverso.

Penso anche che sia fondamentale che in una legge come questa – come è indicato nell'ordine del giorno – sia posta un'attenzione più profonda alla posizione delle vittime. Quando parliamo di fatti di stupro ci riferiamo ad atti che non si esauriscono in un abuso o in una violenza momentanea, ma che invece lasciano tracce incancellabili dal punto di vista materiale e fisico, che distruggono persone e famiglie. Da tale punto di vista, occorre allora farsi carico anche di vedere come si possa non soltanto lenire il dolore con la solidarietà, che è pur sempre doverosa, ma come si possa dare il sostegno affinché chi subisce atti di violenza trovi il coraggio e la forza per denunciarli. I fatti debbono venire alla luce ed essere puniti e repressi, quando è necessario e nella misura in cui lo meritano. Ma è poi indispensabile che accanto a ciò vi sia il sostegno anche per favorire le indispensabili operazioni di recupero.

In Italia vi sono organismi che lavorano in questa direzione, spesso basati sul volontariato; diamogli una mano affinché sostengano le donne in momenti tanto difficili. Dispiace leggere in un resoconto della Camera relativo alla discussione di questo disegno di legge che il Sottosegretario – e se non ricordo male si tratta proprio del Sottosegretario che oggi è qui presente – si sia rammaricato che non vi era il tempo materiale per inserire nel disegno di legge un provvedimento che consentisse di venire incontro a queste organizzazioni di sostegno.

Tale sorta di impotenza di fronte al tempo ci deve far riflettere; non si può, in ragione del tempo, venir meno ad un vincolo imperioso – che abbiamo sentito tutti, e lo ha sentito anche il Sottosegretario – al quale mi auguro adesso si possa far fronte.

Concludo sottolineando come vi sia poi un problema di carattere più generale per la coscienza di un parlamentare in epoche così difficili. Siamo ancora così liberi da poter affrontare davvero tutti i problemi come intenderemmo, oppure la fretta, l'incalzare della necessità, ci sta costringendo ad essere un po' meno rappresentanti del popolo di quello che vorremmo? E che cosa possiamo fare in avvenire – forse non più adesso, in questa legislatura, ma in quelle che verranno – perché le cose cambino, perché non si pongano problemi anche personali e di coscienza cui non si può dare adeguata risposta in quanto non vi è il tempo, la fretta incalza e ci sono sempre ragioni che incombono e che ci portano a sacrificarci, anche rispetto ai nostri sentimenti sui quali vorremmo confrontarci, a causa dell'orologio che segna implacabile il tempo? Troppo spesso questo sta accadendo; mi auguro che ciò accada sempre meno e che la futura legislatura restituisca la piena libertà dei parlamentari di pronunciarsi e confrontarsi sempre con la maggior ampiezza».

SEZIONE III

OLTRE LA SUBORDINAZIONE: TUTELA DEL LAVORO ATIPICO E DELLE PROFESSIONI

1. SCRITTI E DISCORSI

Le società di professionisti (problemi e prospettive)*

Sommario: 1. La crisi delle professioni liberali – 2. Tendenze associative, in Italia e negli altri Paesi – 3. Associazioni o società? – 4. Obiezioni contro le società: la natura personale e fiduciaria della prestazione d'opera intellettuale – 5. Le professioni e la società moderna – 6. Problemi di diritto positivo – 7. Società professionali o interprofessionali? – 8. Conclusioni

1. La crisi delle professioni liberali

Secondo un'opinione pressoché generale, le professioni liberali sono attualmente in crisi, in Italia e fuori. Per controllare da un punto di vista generale la fondatezza di questo convincimento, bisognerebbe disporre di dati assai più precisi e completi di quelli che attualmente risultano dalle scarse pubblicazioni in materia. Giudicando tuttavia sulla base della esperienza italiana, si può quanto meno affermare che *alcune* professioni (e tra esse sicuramente quella degli avvocati) attraversano una fase di crescenti difficoltà, se non vogliamo addirittura parlare di crisi.

La società si è trasformata e si trasforma con estrema rapidità, ponendo esigenze del tutto nuove e problemi di particolare complessità. Il progresso tecnico da un lato facilita il compito, dall'altro aggrava le cennate difficoltà.

La legislazione diventa sempre più complessa, tanto da renderne oltremodo difficile la conoscenza da parte di coloro che devono applicare i vari precetti (ed è ovvio che non si tratta solo delle professioni giuridiche) nell'ambito della loro attività.

I contorni tra i vari settori e le varie zone di operatività si sfumano e diventano spesso indefiniti; ne deriva una profonda ed apparentemente insanabile contraddizione tra due esigenze opposte: quella della interdisciplinarietà e quella della specializzazione.

Nello stesso tempo, l'ambiente sociale diventa più diffidente e più esigente: la presenza di grandi imprese o società, nell'economia del Paese, pone problemi nuovi e dà vita ad esigenze cui difficilmente il singolo può rispondere.

* [Saggio di Carlo Smuraglia pubblicato sulla *Rivista giuridica del lavoro*, 1969, I, pag. 18, il quale riporta la nota seguente:] *Si tratta della Relazione introduttiva tenuta al Convegno di studio su «Le società di professionisti» organizzato dal Sindacato Avvocati e Procuratori di Milano e Lombardia tenuto a Milano l'8 giugno 1968. Gli atti del Convegno verranno pubblicati quanto prima a cura della Rivista delle società. Trattandosi di uno studio problematico, i richiami sono ridotti al minimo indispensabile. Al termine dello studio è stata però collocata una rassegna della bibliografia essenziale.*

Lo stesso ambiente settoriale nel quale le professioni si esercitano diventa ognora più complesso, a causa del cattivo funzionamento di certe istituzioni (ad esempio la giustizia) e dall'arretratezza di certi apparati statuali, che non riescono assolutamente a mettersi al passo con i tempi e creano – per ciò solo – un freno anziché un incentivo allo sviluppo delle attività professionali.

Le spese di gestione di uno studio professionale tendono costantemente ad aumentare, sia per effetto del maggiorato costo della vita, sia per la necessità di impiegare largamente i nuovi ritrovati tecnici. Le entrate non seguono invece di pari passo il ritmo costante di incremento del costo della vita e delle spese; donde un progressivo impauperamento della generalità dei liberi professionisti, secondo una regola che non è minimamente incrinata dalla presenza di eccezioni.

Sempre più difficile diventa per i giovani avviarsi alle libere professioni e svolgere una pratica effettiva; alle carenze dell'insegnamento universitario si aggiungono quelle derivanti dalle obiettive difficoltà di inserirsi nel pieno dell'attività professionale, con adeguata preparazione; mentre, per contro, si nota un aumento costante dei tempi occorrenti per giungere anche alla più modesta affermazione professionale.

Lo stesso cliente tende a modificarsi e si diffonde ampiamente la figura del cliente, diremo così, collettivo che ha esigenze ben diverse e problemi ben più complessi di quelli del singolo.

Enti pubblici ed enti collettivi privati manifestano la tendenza a risolvere i propri problemi, sul piano che ci interessa, in modo autonomo e senza fare ricorso – per quanto possibile – alla figura tradizionale del libero professionista. Donde una restrizione dell'area riservata ai “veri” professionisti liberi e conseguentemente un incremento della concorrenza.

Nello stesso tempo, si nota una certa qual svalutazione delle libere professioni (o almeno di alcune di esse) nella stessa opinione pubblica.

Se alcune conservano una certa posizione di rilievo, soprattutto ad opera di una profonda tradizione, in altre si deve riconoscere una evidente diminuzione di prestigio e di considerazione sociale, ravvisabile perfino nella letteratura, nell'arte, nella rappresentazione che in vari modi si fa dell'esercizio delle antiche attività liberali.

Di ciò costituisce prova evidente la scarsa considerazione che, in sede politica, si attribuisce ai problemi delle libere professioni; mentre per alcune di esse (e si tratta proprio di quelle più tradizionalmente circondate da un alone di rispetto) si tende ad alzare il velario per scoprire chissà quali nefandezze (sarebbe interessante, ad esempio, accertare il numero dei procedimenti penali instaurati contro medici e la significativa frequenza delle assoluzioni).

Questa caduta di prestigio ha, d'altronde, un certo margine di fondatezza, se si considera che è sempre più difficile – per un professionista – svolgere il proprio lavoro in modo veramente soddisfacente. La necessità di prepararsi adeguatamente e di essere al corrente con le continue acquisizioni della tecnica

e con gli sviluppi – spesso disarmonici – della legislazione, contrasta con la cennata situazione concorrenziale e con l'incremento costante delle spese, che determinano la necessità di un impegno maggiore e riducono le possibilità di disporre del tempo necessario per svolgere bene il proprio compito e mantenersi preparati e aggiornati.

Infine, la mancanza di una legislazione adeguata a protezione delle professioni libere, determina una situazione di complessiva insicurezza, che è l'aspetto più vistoso ed appariscente dello svolgimento di queste attività. Una recente indagine sociologica sugli Avvocati¹ ha evidenziato dati oltremodo significativi: non solo la maggioranza (percentuale) non riesce a conseguire redditi tali da fare dei pur modesti investimenti, ma vi è anche una buona percentuale di professionisti (41,79%) disposti ad abbandonare la libera professione per un impiego, purché lo stipendio sia congruo (la misura della congruità, indicata nella stessa indagine, è oltremodo illuminante).

Sempre più scarsa, infine, la partecipazione del professionista alla vita culturale, sociale e politica, un po' per mancanza di tempo, un po' per le stesse esigenze della progressiva tecnicizzazione delle professioni, che conduce in modo quasi inesorabile ad una sorta di inaridimento.

Da tutto questo deriva anche il crollo di alcuni miti, da cui le professioni liberali erano avvolte. Si è detto che «sul frontone del suo tempio neoclassico l'avvocato ha inciso una sacra trilogia: disinteresse, dignità, indipendenza»², ed è chiaro che questo ben può valere anche per le altre professioni. Ma è poi vero che questi sacri principi corrispondano alla verità? Forse essi stanno ancora incisi sul frontone, ma dietro la facciata la situazione è ben diversa: nella spietata situazione concorrenziale e nel costante aumento delle spese, sta la ragione stessa dell'obiettiva impossibilità del disinteresse; la dignità si riduce spesso agli aspetti più esteriori e meramente formali (si veda, ad es., ciò che accade sul piano della pubblicità); l'indipendenza (verso i pubblici poteri o verso i clienti) diventa spesso un atto di eroismo, che solo pochi si possono permettere.

D'altronde, il presupposto di questi principi consiste oggi, inesorabilmente, nella *competenza*, senza della quale un effettivo e corretto esercizio dell'attività professionale non è neppure concepibile. Ma essa presuppone a sua volta – nell'impossibilità materiale dello studio sereno e attento dei vari problemi e del continuo aggiornamento – strumenti e mezzi nuovi che consistono nella scienza, nel lavoro, nell'organizzazione.

Ritorna dunque la contraddizione cui si accennava all'inizio: da un lato la competenza costituisce una condizione di sopravvivenza, dall'altro non si è capaci di affrontare il problema *ab imis*, per usare dei mezzi e degli strumenti dianzi accennati.

1 PRANDSTRALLER, *Gli avvocati italiani*, Milano, 1967.

2 BADINTER e BEDIN, *La competenza: nuova morale dell'avvocato*, in *Dialectica*, 1967, I, pag. 14 ss.

In questo quadro, ridotto ad un tecnicismo spesso insufficiente e sempre arido ed avulso dalla esperienza del suo tempo, il professionista non trova più una sua collocazione peculiare nella società e perde quotidianamente terreno.

Come uomo, probabilmente, è integrato nella società in cui vive (e l'espressione è da intendersi spesso in senso negativo); come professionista non lo è più, ma non già perché ciò non sia astrattamente possibile – come un tempo si riteneva – ma piuttosto perché in concreto si è determinato un distacco che solo iniziative nuove potranno colmare.

La verità è che in una società progredita, tendente alla specializzazione, all'organizzazione razionale del lavoro, alla concentrazione sul piano economico ed alla programmazione delle attività produttive, il professionista è ancora ad un livello *artigianale*, in una fase ormai preistorica di organizzazione del proprio lavoro.

E basterebbe questo ad ingenerare – o comunque ad aggravare – la crisi, i cui segni più evidenti si è cercato fin qui di individuare.

2. Tendenze associative, in Italia e negli altri Paesi

La realtà precede sempre il diritto; e così, in attesa di eventuali – e per ora poco probabili – interventi legislativi, si è cercato di ovviare, in via di fat[t]o, alla situazione più sopra sommariamente descritta.

La soluzione più ovvia non poteva che essere quella rappresentata dalla tendenza ad organizzare meglio il proprio lavoro, in forma più o meno intensamente associativa. Si sono fatte luce, quindi, con progressione costante, varie forme di collaborazione, che vanno dalle più elementari (collaborazione saltuaria ed occasionale con un collega, associazione con uno specialista per una singola pratica, occupazione di sostituti o ausiliari) fino a quelle più complesse (associazioni permanenti di vario tipo e addirittura società).

La gamma, naturalmente è oltremodo estesa; pensiamo agli avvocati, che sentono sempre di più l'esigenza di disporre di collaboratori, sostituti e praticanti, che spesso istituiscono rapporti esterni con un collega che si occupa delle udienze civili, che ricorrono – per i casi più complessi – all'ausilio dello specialista; pensiamo ai professionisti che si organizzano in forme permanenti di collaborazione (certi “collettivi” di ingegneri, certe associazioni tra ragionieri e commercialisti) o si associano per la divisione delle spese generali dello studio o per la messa in comune di alcuni servizi. Ma cominciano a delinearsi anche forme più squisitamente societarie, ad effetti puramente interni (divisione delle spese e degli utili) o anche esterni (rapporti con i clienti).

È impossibile richiamare dati di frequenza veramente completi e significativi. La già citata indagine di Prandstraller, ad esempio, rivela che in Italia – tra gli avvocati – le forme associative sono ancora scarsamente diffuse e per lo più si

limitano alla forma più elementare (divisione delle spese): è estremamente significativo il fatto che il 47,51% degli studi è ancora costituito dal solo titolare, senza collaboratori di sorta, mentre le forme associative limitate alla divisione delle spese non superano il 24,63% e quelle con divisione degli utili in forme diverse si riducono complessivamente all'8,58%. Prova evidente della pertinace esistenza di un complesso di pregiudizi e di miti, più ancora che di una legislazione carente.

Più avanzato è il quadro degli altri Paesi. Anche qui i dati più completi sono quelli che si riferiscono agli avvocati, raccolti in varie pubblicazioni.

Risulta comunque che le varie forme associative sono largamente diffuse, su basi pressoché costantemente omogenee, mentre stenta ancora a farsi luce – spesso anche a causa di espressi divieti legislativi – il tipo più avanzato, di associazioni interprofessionali.

I Paesi nei quali è legislativamente proibita qualunque forma di associazione sono ormai ben pochi (Lussemburgo, Grecia, Irlanda, Australia). Sono consentite generalmente le forme più elementarmente associative; in alcuni Paesi è ammessa la costituzione di società di professionisti, anche se quasi mai è consentita l'adozione del tipo di società di capitali (bisogna avvertire, peraltro, che non vi è una puntuale corrispondenza – almeno nei Paesi di origine anglosassone – con la suddivisione tradizionalmente vigente da noi). Risulta comunque che in tutti i Paesi, il numero dei professionisti che esercitano a titolo individuale è ancora assai elevato, (perfino negli U.S.A. si tratta del 50%).

Per scendere sommariamente ai dettagli, diremo che la situazione in generale, è la seguente, a titolo puramente indicativo:

- Paesi Bassi: è ammesso, e praticato, l'esercizio di attività professionali in comune.
- Germania: esistono associazioni; ma poiché vi è il divieto di far riferimento alle specializzazioni, si ritiene vietata l'associazione di professionisti specializzati in vari rami (almeno come tale).
- Inghilterra: ha rilevanza, su questo piano, la nota distinzione tra solicitors e barristers; a questi ultimi non è consentito di formare vere e proprie società (ma sono possibili, e di fatto esistono, le associazioni); numerosissime le forme associative tra i solic[i]tors.
- Belgio: i regolamenti interni dei singoli «barreaux» possono autorizzare le associazioni; di fatto, esistono associazioni in misura non rilevante.
- Svizzera: esistono numerose associazioni, con numero ristretto di professionisti e sempre limitate alla suddivisione delle spese. Scarsamente sentito il problema della specializzazione.
- Svezia: è consentita la formazione di vere e proprie società commerciali, purché a responsabilità illimitata dei soci. Di fatto, esistono numerose forme societarie, con divisione dei profitti in parti uguali o anche disuguali (in genere, con riferimento all'anzianità). Queste forme associative sono

regolate da accordi interni, spesso segreti. È in genere previsto il diritto dei soci sopravvissuti a riscattare la quota del defunto, con l'obbligo di pagare agli aventi diritto una somma pari alla media dei guadagni netti realizzati dal defunto negli ultimi due anni; tutte le decisioni devono essere adottate all'unanimità.

- U.S.A.: a prescindere da alcune differenze tra i vari Stati, in generale sono assai diffuse le società di professionisti, nella forma di società di persone (ma v. l'avvertenza già formulata più sopra). Non esistono limiti di numero (anche 150 membri); le forme sono svariate; gli accordi assai diversi fra loro.
- Francia: in pochi anni, la situazione si è profondamente modificata. Già il decreto 10 aprile 1954 (art. 49) disponeva che il regolamento interno può autorizzare forme di associazioni, pur prevedendo una serie di cautele³.

Di recente, la legge 10 novembre 1966 n. 66-879 ha minutamente disciplinato le società «civili» fra professionisti, consentendo l'esercizio in comune della professione in forma societaria e prevedendo che la legislazione particolare delle singole professioni possa autorizzare – a determinate condizioni – la costituzione di società interprofessionali⁴. Non vi sono dati sicuri per stabilire se, in linea di fatto, il fenomeno societario sia più o meno diffuso.

Un cenno particolare va fatto alla situazione legislativa dell'Italia, dove vige ancora la legge 23 novembre 1939 n. 1818, la quale all'art. 1 consente l'associazione tra persone che siano munite dei necessari titoli di abilitazione professionale ovvero siano autorizzate all'esercizio di specifiche attività, mentre all'art. 2 sembra vietare (diciamo “sembra” perché la portata del divieto è controversa) le società di professionisti. Altri ostacoli alla costituzione di società si fanno derivare da norme di diritto sostanziale, quali l'art. 2232 c.c. che impone l'esecuzione «personale» delle prestazioni (salvo l'impiego di sostituti o ausiliari alle condizioni ivi previste), e processuale (art. 82 ss. cpv. e art. 124-125 c.p.p.). Infine, taluni ravvisano un concreto ostacolo nel disposto dell'art. 2247 c.c. (e particolarmente nel riferimento all'esercizio in comune di una attività *economica*), nonché – ma solo a fini più limitati – nel disposto dell'art. 2249 c.c.⁵

Di fatto, come si è accennato, esistono in Italia diversi tipi di associazioni fra professionisti; se esistono anche “società”, come pare certo, esse non emergono all'esterno e riguardano solo i rapporti interni fra i professionisti associati.

3 V. il rapporto francese nel volume *Les barreaux dans le monde*, I, Paris, 1959, pag. 242-243.

4 V. l'estratto della *Rivista delle Società* a cura di A. LANZA, *Società civili francesi fra professionisti*, 1968, in cui sono pubblicate anche le disposizioni relative ai notai (Decreto n. 67-868 del 2 ottobre 1967).

5 Su tutta questa problematica, si vedano in particolare gli importanti scritti di A. LANZA: *Le società di avvocati*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 363 ss.; *Una cooperativa fra professionisti*, in *Riv. Soc.*, 1957, 1069; *Involuzione dei sindacati ed evoluzione della revisione*, in *Riv. soc.*, 1957, 753.

3. Associazioni o società?

Dal quadro così succintamente delineato, risultano definite alcune tendenze di sviluppo della situazione, nonché le gravi difficoltà che tuttora si frappongono – specialmente in Italia, ma anche in altri Paesi – alla diffusione delle società fra professionisti.

Tralascierò per il momento i problemi d'ordine giuridico, risultando più utile e pertinente l'impostazione di altri interrogativi, a cui pare necessario dare una provvisoria risposta.

Anzitutto, si tratta di stabilire se le varie forme associazionistiche o societarie possano costituire una valida soluzione per la cennata crisi delle professioni liberali.

A mio avviso, la risposta è sicuramente affermativa, pur precisando che il problema delle libere professioni e del loro rapporto con la società moderna è oltremodo complesso, sicché quella prospettiva non può che essere – in ogni caso – che *una* delle soluzioni e non l'unica.

Occorre peraltro distinguere tra l'associazione e la società, trattandosi di strumenti sostanzialmente (e non solo formalmente) diversi.

Se si tratta di fare associazioni di professionisti, con messa in comune di servizi e ripartizione delle spese, bisogna riconoscere che un obiettivo è raggiungibile, ma non gli altri di cui si dirà in appresso. Può cioè ottenersi il risultato di suddividere le spese tra gli associati, diminuendo le spese, nonché quello di organizzare meglio i servizi generali, adottando strumenti più moderni e più perfezionati. Si può anche pensare ad altri vantaggi quale quello di organizzare meglio la biblioteca ed avviare una forma stabile di collaborazione. Ma il fatto che ciascuno degli associati continua a svolgere il proprio lavoro, ad avere dei clienti suoi propri ed a conseguire entrate autonome, finisce per costituire un limite obiettivo, restringendo quindi la possibilità di concreto progresso ed ammodernamento delle professioni. In molti casi, d'altronde, è perfino discutibile la possibilità di ridurre le spese; ché, anzi, dai dati in nostro possesso, risulterebbe che le spese generali non diminuiscono, almeno nei casi in cui si proceda ad una migliore e più razionale organizzazione del lavoro (che poi costituisce comunque un vantaggio, anche se indirettamente, economico).

In realtà, il problema è più vasto e consiste fondamentalmente nella necessità di raggiungere obiettivi ben diversamente consistenti e precisamente: lavoro d'équipe, specializzazione, fungibilità fra i soci, formazione professionale dei giovani, sicurezza; obiettivi questi che, a mio giudizio, solo una struttura organizzativa veramente efficiente può assicurare.

Il primo è veramente fondamentale. Una continua reciproca consultazione, l'abitudine a lavorare collegialmente, la discussione dei problemi comuni, la trattazione di questioni a livello interdisciplinare, costituiscono mezzi estremamente efficienti per elevare il livello qualitativo delle prestazioni e lo stesso livello

professionale e culturale di soci. In molti casi, d'altronde, si tratta di un sistema assolutamente indispensabile, come è dimostrato da ciò che accade in tutti i settori economici e tecnologici della vita moderna, con la sola eccezione – a tutt'oggi – delle attività professionali.

La specializzazione è poi un altro presidio indispensabile, di fronte alla crescente complessità dei compiti e dei problemi ed alla conseguente impossibilità di far fronte ad essi con una preparazione generica.

Potrà apparire, forse, contraddittoria questa esigenza con quella già indicata della fungibilità; in realtà non è così, poiché è ovvio che la fungibilità completa non può che attuarsi nell'ambito di specializzazioni identiche o almeno affini. I due elementi si integrano e si completano a vicenda, l'uno assicurando e promuovendo una migliore preparazione e lo sviluppo della competenza, l'altro garantendo della possibilità di far fronte ai molteplici impegni e di assentarsi per motivi di salute, ma anche di partecipare più intensamente alla vita sociale e culturale (congressi, conferenze, manifestazioni di vario genere, anche politiche).

Altro aspetto di estremo rilievo è quello relativo alla sicurezza. È ben noto che uno degli aspetti più angosciosi delle libere professioni è costituito dalla mancanza di tranquillità per sé e per la propria famiglia. La disciplina mutualistica ad oggi vigente per le varie professioni è estremamente carente; quella pensionistica è insufficiente nel modo più assoluto, almeno per la grande maggioranza delle professioni. D'altro lato, si è visto quanto sia difficile, per un profes[s]ionista medio, realizzare dei guadagni tali da consentire investimenti almeno di media entità⁶.

Insomma, il professionista è pressoché indifeso di fronte al rischio di una malattia, di una forzata sospensione del lavoro e di fronte alla stessa vecchiaia.

Partecipare ad una società significa, ovviamente, ridurre questo rischio molto al di sotto di quanto non si possa fare con le stesse assicurazioni private. Si può aggiungere di più: la società elimina (o almeno riduce) per diverse professioni, lo stesso rischio dell'andamento incostante del lavoro. Specialmente in alcuni settori, particolarmente sensibili a fenomeni esterni, la continuità del lavoro e dei guadagni può essere compromessa abbastanza facilmente (un provvedimento di clemenza per gli avvocati penalisti, una crisi economica generale per gli architetti e ingegneri, e così via).

In tutti questi casi, il danno viene ripartito un po' su tutti i soci e quindi diventa minore per il singolo o addirittura può scomparire quando ricorrano altri fattori di equilibrio (incremento di attività in altri settori, ecc.).

Infine – ma non si tratta certamente dell'ultimo aspetto, in ordine di importanza – la società presenta notevoli vantaggi per i giovani, per la loro preparazione professionale e per la loro sistemazione. L'*iter* attuale dell'aspirante profes[s]ionista, del praticante, è estremamente delicato e difficile. Anche quando trova

6 V. ancora, per gli avvocati, l'inchiesta di PRANDSTRALLER, cit. pag. 139.

un'utile collocazione in uno studio avviato, è difficile che ci sia tempo di istruirlo, di curarlo, di prepararlo. Normalmente, gli accade piuttosto di essere gettato pressoché indifeso nella mischia, oppure di essere ridotto a funzioni puramente esecutive, che – al limite – potrebbero essere svolte anche da una segretaria. In una organizzazione societaria efficiente, il giovane può trovare una ben diversa soddisfazione delle sue esigenze; la migliore ripartizione del lavoro consente di dedicare maggiori cure al praticante, mentre la stessa partecipazione alle discussioni collegiali ed al lavoro in équipe costituisce un fondamentale mezzo di apprendimento e di preparazione. Per di più, nella struttura organizzata di uno studio professionale, vi è modo di compiere una professione, man mano che le qualità e le capacità si affinano; il praticante può diventare sostituto e poi collaboratore e poi infine aspirante socio, come accade in molte società americane. Il che, in definitiva, oltre che ai giovani, può giovare agli stessi professionisti già avviati, sottoposti al continuo ricambio di giovani ausiliari e collaboratori ed al rischio sempre presente che costoro – appena raggiunto un certo grado di preparazione – aprano uno studio per conto proprio.

Ho lasciato a parte – ma il dato non va trascurato – un elemento di comprensibile importanza, ma già risultante dalle esperienze fin qui realizzate in altri Paesi, e cioè che, immediatamente dopo un certo periodo di avviamento, uno studio organizzato in forma societaria, realizza all'incirca il doppio dei guadagni in precedenza ottenuti dai vari soci sommati insieme⁷.

4. Obiezioni contro le società: la natura personale e fiduciaria della prestazione d'opera intellettuale

Tuttavia, le tendenze verso forme di associazione, ed a maggior ragione, di società fra professionisti, non si realizzano senza vivaci contrasti e senza molteplici obiezioni.

Per cominciare dalle più semplici, ricorderò che vi è chi ravvisa in questa tendenza il pericolo della commercializzazione delle professioni, quello dell'abolizione della concorrenza con conseguente soffocamento degli studi individuali, quello della formazione di centri di potere di natura eminentemente economica.

Ci si potrebbe limitare ad osservare che questi pericoli sono inconsistenti, se è vero che nei Paesi in cui le società di professionisti sono più sviluppate anche numericamente, permangono in gran quantità e senza particolari problemi (oltre quelli già noti) gli studi individuali.

Ma bisogna andare ancora oltre, per osservare che le nuove forme di concorrenza sono già in atto ad opera – ad esempio – degli studi interni di molte grandi società e per aggiungere che la formazione di centri di potere di natura

7 Per la conferma di questo dato, v. da ultimo: OPPENHOFF, *Anwaltsgemeinschaften, Helfft, und Zweke, Sonderbruck aus dem Anwaltsblatt*, 8/9, aug. spt., 1967.

economica dipende non già dal fenomeno associativo in sé, ma dalla struttura della società nel suo complesso ed è quindi collegata a fattori economico-politici di cui non mette conto qui di occuparsi.

Quanto al pericolo di snaturamento e di “commercializzazione” delle professioni, il discorso è più complesso e va fatto – mi sembra – nel quadro di una più delicata obiezione, di cui converrà occuparsi più a fondo.

Si osserva, in sostanza, che l'attività professionale libera è normalmente imperniata sulla *fiducia* e sull'*intuitus personae* e che pertanto l'esercizio in forma societaria delle professioni sarebbe inconcepibile, per l'ovvia incompatibilità con la stessa struttura della professione liberale. Ma un'affermazione di questo genere è basata sulla effettiva consistenza del fenomeno delle libere professioni, oppure riposa sostanzialmente su un mero pregiudizio?

A mio avviso, non esistono ragioni che giustifichino il preteso necessario collegamento tra esercizio della professione libera e personalità della prestazione. È vero che vi sono disposizioni del diritto positivo che sembrano dar sostegno alla tesi accennata.

Ma la realtà è ben diversa, non solo perché lo stesso sistema positivo riconosce in alcuni casi almeno l'esecuzione collettiva della prestazione professionale, ma anche perché la stessa realtà si muove in direzione del tutto contrastante.

Il che vale anche per ciò che concerne l'*intuitus personae*, una figura che – bisogna dirlo – è alquanto in crisi in tutta la dogmatica moderna e nella stessa realtà.

Intuitus ed esecuzione personale sono certamente insussistenti nell'attività dell'Avvocatura dello Stato; ma si pensi anche al fenomeno dei legali (esterni) delle Compagnie di Assicurazione, ai quali il mandato viene conferito dalla Compagnia e poi – ma per lo più solo formalmente – dalla stessa parte interessata. «Il cliente» non conosce il professionista e si affida a lui solo perché tale è la indicazione della Compagnia Assicuratrice; e ben spesso accade che nei procedimenti penali, tacitata la parte lesa ed esaurita quindi l'obbligazione di assistenza legale da parte della Compagnia, il cliente si rivolge ad altro legale. Se si approfondisce l'indagine sull'esempio formulato, si rileverà agevolmente che le prestazioni dei vari legali esterni delle Compagnie sono perfettamente fungibili, che l'*intuitus* è del tutto assente, che la fiducia è meno parziale e derivata (quando non è ispirata da ragioni meramente economiche, quale quella di non pagare la parcella).

Gli esempi potrebbero continuare, e si potrebbe pensare allo specialista al quale il cliente non si rivolge direttamente, ma su consiglio del suo professionista abituale, alle operazioni chirurgiche in équipe (in cui il paziente conosce al massimo uno degli operatori), e così via.

D'altronde, si potrebbe anche rilevare che nulla si oppone a che la fiducia che oggi si ripone in un singolo professionista, investa domani una società di professionisti, stante l'evidente affinità delle due situazioni.

Ma poi bisogna riconoscere, come si è già accennato, che l'*intuitus personae* e la fiducia sono già oggi in crisi in tutto il settore contrattuale. Dalle antiche

concezioni, di tipo schiettamente individualistico, si è passati progressivamente a forme diverse e cioè al cosiddetto *intuitus* negativo (esclusione dal contratto di tutti coloro che non possiedono alcuni requisiti ritenuti indispensabili), all'*intuitus* verso un gruppo più o meno esteso di soggetti che hanno in comune alcune caratteristiche essenziali, o anche alla cosiddetta fiduciarità relativa in senso stretto.

Tutto questo deriva dalle trasformazioni dei rapporti sociali avvenute nell'ultimo secolo e dalle convinzioni, ormai largamente diffuse, che il rapporto contrattuale deve essere stabilizzato per quanto possibile, laddove l'*intuitus* e la fiducia ne aumentano sostanzialmente la precarietà⁸.

Nello stesso tempo si riconosce ormai, pressoché generalmente che – ad un certo livello di preparazione tecnica – anche le prestazioni più raffinate si equiparano e diventano sostanzialmente fungibili⁹.

Si potrebbe già cogliere un sintomo di queste tendenze, sullo stesso piano normativo, ricordando che l'art. 2232 c.c. contiene una esplicita deroga al principio generale di personalità dell'esecuzione, ammettendo – sia pure entro certi limiti – che l'opera possa essere eseguita anche da sostituti e ausiliari.

Senza dunque soffermarsi ulteriormente sulla questione, che pure potrebbe essere ricca di spunti e di implicazioni di notevole interesse, basterà dire che non è per questa via che può precludersi l'ulteriore sviluppo delle tendenze associative (o meglio ancora societarie) dei professionisti.

5. Le professioni e la società moderna

Ma bisogna accennare anche ad un'altra problematica, di notevole interesse sul piano sociologico prima ancora che giuridico.

Le professioni avrebbero – secondo taluni – una loro collocazione particolare nella società moderna, appunto in quanto basate sull'individualismo da un lato e sull'altruismo dall'altro. In sostanza, esse non potrebbero (né dovrebbero) integrarsi perfettamente nella società (o almeno in quella di tipo capitalistico), perché vi sarebbe una incompatibilità totale tra l'altruismo e il disinteresse delle professioni e l'egoismo tipico dell'economia di mercato e delle attività che in essa si collocano.

La formazione di società di professionisti urterebbe dunque contro la struttura tipica delle professioni liberali e la ricondurrebbe ad integrarsi nel sistema, annullando le necessarie differenze rispetto alle attività tipicamente commerciali.

In realtà, lo stesso presupposto da cui si parte è completamente infondato e basato su una sorta di mitica ed astratta concezione delle professioni liberali. Le

8 AZOULAI, *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, 1960, pag. 1 ss.

9 Rinviamo, sul punto, alla diffusa trattazione dell'argomento svolta nel nostro *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, pag. 41 ss., 75 ss. [pubblicato nel Vol. IV di quest'opera in <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/book/202>].

quali – è vero – travalicano spesso la sfera degli interessi individuali, per muoversi in direzione di interessi collettivi o addirittura generali; ma non è questo che le distingue da altre attività, che pure possono ritenersi di pubblico interesse¹⁰.

La verità è che vi sono molti elementi comuni alle attività professionali ed a quelle commerciali. Anzitutto, la distinzione tra egoismo e altruismo si è rivelata oltremodo fallace, essendo apparso evidente che i due aspetti si fondono ben spesso insieme e presentano tali e tante varianti da sfumare notevolmente i caratteri distintivi. L'industriale persegue il fine egoistico del profitto, ma agisce anche per una volontà di potenza e di successo che può indurlo anche a mitigare il rigore della finalità individuale, inserendolo anche in un quadro sociale o comunque collettivo, nel quale l'intento puramente individuale può finire per stemperarsi; ma nello stesso modo, il professionista che svolge una funzione di pubblico interesse e si batte per la tutela di interessi non solo individuali, non perde di vista anche il problema del compenso e del profitto, talché dal preteso «sacerdozio» di un tempo, si palesa sempre di più la struttura reale di un rapporto tipicamente economico.

Se dunque può negarsi che la motivazione tipica della attività professionale sia sempre quella altruistica, mentre quella dell'attività commerciale sarebbe solo egoistica, è chiaro che non è in base a questa falsa distinzione che può paventarsi il pericolo di uno snaturamento delle professioni liberali, in virtù delle tendenze associative.

In realtà, se le professioni tendono ad integrarsi nel sistema, ciò non deriva affatto dalla forma di svolgimento dell'opera intellettuale (individuale o associata), ma da altri fattori, del resto comuni a molte altre attività.

Ben più esattamente si è detto che lo sviluppo moderno delle professioni liberali è dovuto al processo di razionalizzazione dell'economia¹¹; ma è giusto aggiungere due rilievi e precisamente: a) che questo processo di razionalizzazione investe l'intera società, imponendo nuove forme di organizzazione del lavoro in genere e delle attività produttive in particolare; b) che questa ragione di sviluppo delle professioni contiene in sé anche il germe della loro crisi, se esse non si adeguano alle esigenze del progresso.

È infatti evidente che quello stesso processo di razionalizzazione, che impone più frequentemente il ricorso alla tecnica, all'organizzazione ed alla specializzazione, tende a distruggere l'attività artigianale del professionista libero in senso tradizionale, facendolo considerare come superato e come incapace di affrontare adeguatamente i nuovi e più complessi problemi che gli vengono sottoposti.

È dunque vero esattamente il contrario di quanto si assume da alcune parti: la professione liberale ha bisogno, per inserirsi adeguatamente nella società

10 Cfr.: PARSONS, *Le professioni e la struttura sociale*, in *Società e dittatura*, Bologna, 1956, pag. 16 ss.

11 WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1958, pag. 50 ss.

moderna, di modificare le proprie strutture tradizionali, di organizzarsi, in definitiva di «razionalizzarsi».

Così facendo, essa non perderà i suoi connotati migliori né quelli che veramente la distinguono dalle altre attività; scenderà semplicemente da un piedistallo sul quale sarebbe destinata a morire, per collocarsi utilmente in un quadro realistico, di efficienza adeguata ai bisogni della società.

Si porrà, se mai, il problema dei limiti di questo processo di trasformazione e della garanzia di adeguati controlli.

Sotto il primo profilo, è chiaro che una società di professionisti deve avere caratteristiche tali da non consentire la trasformazione della professione in una pura e semplice attività di commercio; e su questo piano assume rilievo la scelta del tipo (esclusione della forma di società di capitali), il presupposto necessario del pieno possesso da parte di tutti i soci dei requisiti richiesti dalla legge, la incedibilità delle quote, la disciplina della successione del socio defunto, il mantenimento della responsabilità illimitata dei vari professionisti, e così via.

Sotto il secondo profilo, si tratta di assicurare un controllo efficiente da parte degli ordini professionali, sull'esercizio dell'attività in forma societaria, con modalità e caratteristiche talora diverse e più intense rispetto a quelle che concernono l'esercizio individuale delle professioni.

6. Problemi di diritto positivo

A questo punto, occorrerebbe affrontare i numerosi e complessi problemi di natura più strettamente giuridica che si collegano all'eventuale esercizio di attività professionali in forma societaria.

Ma è chiaro che per questa problematica non è possibile dar altro che una sorta di indice di questioni, ognuna di esse richiedendo un'apposita ed approfondita trattazione.

D'altro lato, il tentativo di risolvere il problema sulla base della normativa vigente mi sembra destinato ad un sicuro insuccesso, anche se da varie parti si sono prospettate varie soluzioni con notevole acutezza. A mio avviso, occorre una modifica della legislazione vigente, così come è avvenuto in Francia, per eliminare ogni dubbio e rimuovere almeno gli ostacoli giuridici più evidenti. In particolare, dovrebbe procedersi all'abrogazione dell'art. 2 della legge 23 novembre 1939, n. 1815, sembrando ben difficile che la norma possa essere fulminata dalla declaratoria di illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 41 della Costituzione¹².

Sembra anche necessario suggerire una modifica dell'art. 2232 c.c., soprattutto per ciò che attiene all'avverbio «personalmente», che assume un significato innegabilmente restrittivo.

12 In tal senso, si vedano gli interessanti spunti del LANZA, *Società di professionisti*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, pag. 9.

È vero che la stessa norma contiene anche l'eccezione; ed è vero anche che si è affermato che nulla vieterebbe di riferire il citato avverbio anche all'esercizio dell'attività professionale esercitata da una Società. Ma a me sembra che queste proposte abbiano il sapore di una lieve forzatura della norma e che – a voler garantire la liceità giuridica dell'esercizio in forma impersonale di queste attività – bisognerebbe decisamente operare sul precetto, quanto meno sopprimendo l'avverbio in esame.

Per le professioni legali, poi, vi sono alcuni ostacoli di ordine processuale, derivanti dalla formulazione testuale degli art. 82 c.p.c. e 124 c.p.p., ambedue riferibili esclusivamente all'esercizio personale della professione. In questo caso, mi pare ovvio, la riforma dovrebbe agire con maggior profondità e si tratterebbe di dettare norme del tutto nuove e tali da consentire l'esercizio dell'attività in forma societaria, senza bisogno di ricorrere a rimedi o sotterfugi di sorta.

Ma è stato anche proposto un problema d'ordine generale: la formazione di società di professionisti non ricondurrebbe l'attività professionale nell'ambito dell'impresa? e non è quest'ultima da considerare come incompatibile con la prestazione d'opera intellettuale?

Il problema è palesemente delicato e non è qui possibile affrontarlo in modo adeguato. La dottrina, com'è noto, è divisa, ritenendosi da alcuni che l'attività professionale non possa mai inserirsi nel quadro dell'impresa, per difetto di alcuni requisiti fondamentali, laddove altri ritengono che anche l'esercizio di una professione ha contenuto economico e può quindi strutturarsi in forma societaria. Ma vi è anche chi asserisce che il preteso collegamento necessario società-impresa non sussiste e che dunque negare all'attività professionale organizzata la qualifica di impresa non significa necessariamente vietare la costituzione di una società¹³.

In realtà, il problema è stato forse sopravvalutato ed ha – con ogni probabilità – più interesse teorico che pratico. Specialmente se si ritiene – come sembra verificarsi un po' in tutto il mondo – che le società di professionisti non debbono assumere la forma e la struttura delle società di capitali, la soluzione diviene più agevole e l'ostacolo appare senz'altro superabile¹⁴.

Più delicata è invece la problematica inerente al controllo da parte degli Ordini e dei Consigli sulle eventuali società di professionisti. Anche su questo piano, la vigente normativa appare del tutto insufficiente a disciplinare il nuovo fenomeno. Ma una nuova legislazione urterebbe sicuramente contro l'ostacolo della diversità di disciplina ed anche di configurazione delle diverse professioni. Talché essa dovrebbe forse limitarsi a cogliere gli elementi comuni, tra i quali

13 Su questa problematica, v. LANZA, *Società di avvocati*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, pag. 10.

14 Mi sembra prematuro esaminare qui il problema della scelta del tipo di società. Una futura legislazione dovrebbe restare generica su questo punto, a mio avviso, salvo l'eventuale divieto delle società di capitali. Si veda comunque ciò che scrive in proposito il LANZA, *op. cit.*, pag. 12, che propende per le società in nome collettivo.

vanno ricordati il deposito degli statuti, il controllo sul possesso dei requisiti obbligatori da parte dei singoli soci, la vigilanza sulle società, il divieto di organizzazioni abusive, ecc. Per il resto, bisognerebbe rinviare ad una specifica normativa destinata alle singole professioni.

In linea di principio, comunque, bisognerebbe restare fermi su alcuni dati di essenziale importanza: le società dovrebbero essere assoggettate, nei confronti degli Ordini, agli stessi oneri che fanno carico ai singoli professionisti; requisito fondamentale per l'iscrizione negli albi dovrebbe essere la partecipazione alla società esclusivamente di persone che esercitano la professione e come tali sono iscritte negli albi; la responsabilità disciplinare dovrebbe restare rigidamente personale, pur prevedendosi tipi di sanzioni amministrative a carico delle stesse società.

Quanto ai soci, la partecipazione alla società non dovrebbe esercitare alcuna influenza né sui diritti né sui doveri verso l'Ordine. In altre parole, la società non dovrebbe costituire un comodo paravento per eludere la vigilanza, ma dovrebbe verificarsi semplicemente un ampliamento della vigente normativa, nel senso di includere anche la previsione di forme collettive (o societarie) di esercizio dell'attività professionale.

7. Società professionali o interprofessionali?

C'è un'ultima questione cui sembra necessario almeno accennare in questa sede. Le società di professionisti debbono essere omogenee, contenute cioè nell'ambito delle singole professioni, oppure è auspicabile che si costituiscano a livello interprofessionale?

Il problema è delicato. Si è già accennato al fatto che le società interprofessionali sono considerate in genere, in tutto il mondo, con un certo sfavore (si veda, da ultimo, la [m]ozione conclusiva della Commissione del Congresso internazionale forense di Vienna: al punto 4 si prevedono difficoltà per la costituzione di associazioni tra membri di professioni diverse e si rinvia il problema ad ulteriore esame). E la ragione può essere comprensibile, dovendosi superare gli ostacoli derivanti dalla diversità della disciplina legale, dell'organizzazione delle varie categorie professionali, d[alla] stessa deontologia.

Chi scrive, però, è convinto che si tratti di ostacoli non insormontabili, anche se non sarebbe giusto nascondersi la complessità della problematica che ne deriva. E questa opinione può trovare conferma nel primo riconoscimento legislativo (legge francese 10 novembre 1966, n. 66-879) della possibilità di costituire società interprofessionali, sia pure con varie cautele.

In effetti, quel processo di razionalizzazione cui si faceva cenno più sopra impone un accostamento costante tra varie attività professionali non omogenee e determina la necessità di risolvere alcuni problemi mediante l'ausilio di tecniche diverse fra loro. Nei fatti, la collaborazione tra professionisti che esercitano attività del tutto distinte, si verifica già oggi, con andamento e frequenza crescente;

il che esprime evidentemente una tendenza che non si può sottovalutare. Certo, una società di avvocati e di ostetriche costituirebbe un assurdo; ma una società tra avvocati e commercialisti, tra ingegneri e architetti, tra medici e ostetriche, e così via, non presenta altra difficoltà che quella di una disciplina armonizzatrice ed idonea a consentire la tutela degli interessi – anche generali – che all'esercizio di quelle attività si collegano¹⁵.

8. Conclusioni

Non è possibile, ovviamente, formulare delle precise conclusioni al termine di un discorso di natura eminentemente problematica. Va solo rilevato che, nonostante le obiezioni che si avanzano da più parti e nonostante i pregiudizi che tuttora permangono in materia, si stanno compiendo dei passi di notevole importanza verso una diversa e migliore organizzazione delle professioni, nelle varie forme associative e societarie.

Se il problema fu affrontato nel dopoguerra, in termini generici, in vari congressi e in alcuni studi, in questi ultimi anni l'attenzione si è fatta più viva e le varie questioni sono state esaminate in modo più esauriente. S'è appreso che cosa sta accadendo negli altri Paesi, con una maggiore ricchezza di informazioni, e si è dibattuta la problematica nei suoi vari aspetti, nei più recenti congressi e convegni nazionali e internazionali (Congresso nazionale della FE.SA.P.I. a Cagliari, giugno-luglio 1967; Congresso nazionale forense a Venezia, settembre 1967; Congresso internazionale forense a Vienna, ottobre 1967).

Lo stesso contributo della dottrina si è fatto più sensibile, talché la bibliografia – dai primi scritti del Lanza e dai primi accenni del Redenti – si è ormai sufficientemente arricchita.

Si tratta ora di fare un ulteriore passo avanti, studiando il fenomeno che viene suggerito dalla realtà, in tutti i suoi aspetti multiformi ed affrontando le soluzioni dei vari problemi che più sopra si sono sinteticamente accennati.

Di una cosa sola non c'è più bisogno: del rimpianto del «buon tempo antico» e dello sterile elogio di un tipo di professione che ormai esiste soltanto al livello del mito.

Occorre operare concretamente, senza romantiche e senza pregiudizi, per ricondurre le professioni liberali a quel prestigio che in parte hanno perduto ed a quel livello di efficienza che la società moderna si attende da loro e che per gli stessi prestatori d'opera intellettuale costituisce l'unica garanzia di sopravvivenza e di sicurezza.

15 Il problema si pone con particolare delicatezza di fronte al programma di liberalizzazione delle professioni previsto per i Paesi della Comunità europea ed ormai prossimo alla concreta attuazione.

Bibliografia essenziale

- PARSONS, *Le professioni e la struttura sociale*, in [ID.], *Società e dittatura*, Bologna, 1956, pag. 14 ss.
- WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1948.
- PRANDSTRALLER, *Gli avvocati italiani (inchiesta sociologica)*, Milano, 1967.
- PISCIONE, *Ordini e Collegi professionali*, Milano, 1959.
- BADINTER e BREDIN, *La competenza: nuova morale dell'avvocato*, in *Dialectica*, 1967, 1, pag. 14 ss.
- FERRERO, *L'esercizio della libera professione in associazione*, in *Riv. dott. comm.*, 1962, 415.
- LEGA, *La libera professione*, Milano, 1950.
- LEGA, *Il libero professionista imprenditore*, in *Riv. dir. lav.*, 1951, 2, 228 ss.
- RANDI, *Ammodernamento delle professioni: Società civili*, in *Bollettino Forense*, Milano, 1966, pag. 22.
- RANDI, *L'avvocato nell'attuale società in trasformazione (relazione al 1° Congresso nazionale della Federazione Sindacati Avvocati e Procuratori italiani, Cagliari, 28 giugno-2 luglio 1967)*.
- VARI, *La classe forense nella società di oggi (tavola rotonda)*, in *Dialectica*, 1967, I, pag. 4.
- BONGIORNO, *Società fra esercenti libere professioni*, in *Riv. Problemi della società e tecnica professionale*, 1968, pag. 17 ss., 107 ss., 184 ss.
- OPPENHOFF, *Anwaltsgemeinschaften, ihr Sinn und Zweck*, in *Sonderbruck aus dem Anwaltsblatt*, Heft 8/9, Aug.-Sept. 1967, pag. 1 ss.
- MORLINO, PEPE, RIGATELLI, TOFFOLETTI, *Libera professione e uffici legali organizzati (relazione al Congresso nazionale giuridico forense di Venezia, 25-30 settembre 1967)*.
- BARNES, *Associazioni e società professionali e interprofessionali (rapporto di sintesi al Congresso di Vienna dell'Unione internazionale degli avvocati)*.
- REDENTI, *Stato moderno e professione forense*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1958, 935.
- ANTOELLI, *Il divenire della professione di dottore commercialista*, in *Riv. Dottori Commercialisti*, 1960, pag. 655.
- DETTI, *Notariato e società moderna*, in *Riv. not.*, 1966, 657-665.
- CATTANEO, *Società di avvocati*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, 2, 184.
- GRAZIADEI, *La professione nel mondo anglosassone*, Scritti giuridici in memoria di M.B. Corsetti.
- GRAZIADEI, *Spettrografia fiscale delle professioni legali nei Paesi anglosassoni*, in *Giur. it.*, 1967, IX, parte IV.
- BORSELLI, *Evoluzione dello stato moderno e professione forense*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1960, 2530 ss.
- LANZA, *Una cooperativa fra professionisti*, in *Riv. soc.*, 1957, 1069.

- LANZA, *Involuzione dei sindaci ed evoluzione della revisione*, in *Riv. soc.*, 1957, 753.
- LANZA, *Società di Avvocati*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 363.
- MUSATTI, *Impiego e clientela*, in *Foro It.*, 1957, 1, 827.
- SIDDAL, *The law Firm - Client relationship*, in *American Bar Association journal*, 1968, pag. 845 ss.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Articles of partnership for law firms*, 1961, pag. 1 ss.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, *The lawyer's Handbook*, 1962, pag. 423 ss.
- LES BARREAUX DAS LE MONDE, a cura della *Union International des Avocats*, DALLOZ e SIREY, Paris, 1959 (vol. I).
- CHRISTOPHERSON-MAYO, *The possibilities and uses of incorporation of professionals firms*, in *British Tax Review*, 1958, pag. 52 ss.
- HAMBURY, *English courts of law*, London, 1960, pag. 181.
- BRADLEY JONES, *The law partnership agreement - The practical Lawyer* (American Law Institute), may-dec. 1956.
- MOREAUX, *Les Sociétés civiles*, Paris, 1957.
- CREMIEUX, *Traité de la profession d'avocat*, Paris, 1954.
- ROMANO-PAVONI, *Il farmacista è anche imprenditore commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, pag. 220 ss.
- SANTINI, *Associazione o società fra artisti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 708.
- ORDINE INTERPROVINCIALE ARCHITETTI DELLA LOMBARDIA (a cura di) *L'esercizio associato della professione di architetto*, Milano, 1968.
- NAVA, *Società di professionisti e ricchezza mobile cat. C/I*, in *Problemi delle Società e tecnica professionale*, n. 6-7 del 1968, pag. 418 ss.
- AN., *Studi professionali costituiti in forma di società*, in *Nuova Riv. Tributaria*, 1957, pag. 581.
- D'ORSI, *L'esercizio della professione in associazione*, in *Mon. Trib.*, 1962, 695.
- GIULIANI, *Società professioniste*, in *Riv. not.*, 1964, 80.
- DI LAURO, *Società civili fra professionisti*, in *Foro Nap.*, 1966, III, pag. 3.
- AMENTA, *Le associazioni professionali*, in *Temi romana*, 1967, pag. 308.
- GUASTI, *Concorrenza lecita e illecita nelle professioni liberali*, in *Riv. not.*, 1962, 150.
- MASÈ DARI, *Alcuni aspetti della professione forense*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1968, pag. 273.

Lavoro atipico e di diritti “minimi” di cittadinanza. Una legge per i nuovi lavori*

Una constatazione – ormai troppo ricorrente per non generare qualche impropria semplificazione – domina da qualche tempo il dibattito politico-istituzionale e un’ampia pubblicistica economica e sociologica: il lavoro sta cambiando, non assomiglia più al lavoro tradizionale. Addirittura, per qualcuno, sarebbe ormai giunta “la fine del lavoro”. Per qualcun altro, quello che si sta concludendo “era il secolo del lavoro” e, come tale, starebbe trascinando con sé verso l’estinzione anche il lavoro stesso, o almeno la rappresentazione che tradizionalmente abbiamo di esso.

In effetti, pur lasciando da parte le provocazioni intellettuali, non si può non riconoscere la realtà e la portata di un processo tuttora in atto, del quale non sono ancora note tutte le implicazioni.

La profonda trasformazione delle strutture sociali ed economiche tradizionali, quelle attorno alle quali si è costruito il moderno diritto del lavoro, sta mutando la composizione e l’organizzazione del sistema produttivo e, corrispondentemente, la struttura contrattuale dell’occupazione.

Lungi dall’essere scomparso, il lavoro “classico” (la prestazione stabile e continuativa in un luogo fisso), non costituisce tuttavia più il modello unico ed esclusivo. Nuove forme di lavoro, non riconducibili ad alcuna classificazione tradizionale, sono comparse e si stanno imponendo sulla scena sociale e produttiva.

Si tratta di un’area di attività lavorative così vasta e variegata da sfuggire a qualunque inquadramento casistico, e da rendere vano anche ogni tentativo definitorio più penetrante della semplice indicazione di un’area compresa tra il lavoro subordinato tradizionale e il lavoro autonomo. L’unico connotato comune a queste attività – che riassuntivamente, e solo in via provvisoria, sono indicate come “atipiche” – è il fatto di essere formalmente prive di cittadinanza nel nostro sistema normativo.

Eppure, si tratta di una realtà tutt’altro che marginale sul piano quantitativo. Secondo alcuni recenti dati, diffusi dall’Istat, sulla flessibilità nel mercato del lavoro, oltre il 50% dei nuovi assunti nelle imprese industriali e dei servizi stipula un contratto di lavoro diverso da quello di subordinazione a tempo indeterminato. Parallelamente, è cresciuto moltissimo il numero delle collaborazioni coordinate e continuative, tanto che, considerando tutti gli aspetti di

* Saggio pubblicato sulla rivista *Il Ponte* (Rivista di politica, economia e cultura fondata da PIERO CALAMANDREI), 1999, Roma, Il Ponte Editore.

questo variegato universo, si sono ormai raggiunti i due milioni e mezzo circa di rapporti rilevati dall'Inps. Nella sola Lombardia, i collaboratori coordinati e continuativi censiti sono circa 320.000 (la metà dei quali concentrata nella sola provincia di Milano), pari al 10% circa degli occupati; ai quali occorre aggiungere, comunque, tutti quelli che, a stretto rigore, non appartengono a questa "categoria", pur non rientrando nell'ambito del lavoro subordinato.

D'altro canto, le principali fonti statistiche testimoniano che, a tutt'oggi, una percentuale molto alta di occupati ha un contratto di subordinazione, anche se non necessariamente a tempo indeterminato.

Questi dati appaiono interessanti sotto due profili.

Per un verso, mostrano la sostanziale infondatezza delle analisi basate sull'estinzione definitiva del lavoro tradizionale, un fenomeno del quale non c'è alcuna evidenza statistica: il lavoro classico è tuttora ben vivo e, anche a fronte di un tendenziale arretramento percentuale, non sembra dimostrabile la sua completa sostituibilità con altre tipologie contrattuali.

Per altro verso, i dati – oltre a mostrare, al di là di ogni dubbio, una già robusta immissione di flessibilità nel sistema (oltre il 50% dei nuovi assunti ha contratti non tradizionali: a termine, a tempo parziale, a causa mista, ecc.) – danno conto di un mercato del lavoro che da qualche tempo preme verso nuove frontiere, che spinge per espandersi verso aree professionali nuove e diverse, non direttamente rapportabili alle figure e alle tipologie già esistenti.

Per individuare qualche elemento caratteristico e unificante di questi nuovi lavori, non sembra sufficiente nemmeno il riferimento alla forma della collaborazione coordinata e continuativa – così come sommariamente indicata nell'art. 409, n. 3, c.p.c. –, giacché si tratta pur sempre di una realtà troppo disomogenea e frammentata per trarne alcun connotato identificativo. Vi sono oggi, infatti, numerosi lavori, non ricollegabili al lavoro autonomo, che possono essere svolti in forma indipendente; e almeno altrettanti solo apparentemente autonomi, la cui struttura è comunque del tutto peculiare e non assimilabile alla subordinazione tradizionale.

La tipologia è davvero assai complessa e solo a voler formulare una casistica, come si è tentato in altri Paesi, si riempirebbero ormai pagine su pagine, sia per ciò che attiene ai connotati di fondo dei vari rapporti, sia per ciò che riguarda le motivazioni, le spinte dei soggetti che di essi sono parte, e soprattutto dei prestatori. Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, è da rilevare che secondo tutte le analisi fin qui effettuate, per non pochi lavoratori si tratta di una scelta volontaria, giustificata da una personale attitudine o aspirazione alla libertà e flessibilità lavorative. Per una buona percentuale, invece, non si tratta propriamente di una scelta, ma della mancanza di valide alternative occupazionali. In questo caso, alla mancanza di prospettive professionali soddisfacenti si unisce una condizione di forte insicurezza e preoccupazione per l'assenza di protezioni, soprattutto previdenziali.

La composizione, su base anagrafica e per sesso, del complesso “universo atipico” mostra come ad essere coinvolti in questo segmento del mercato del lavoro siano soprattutto i giovani, prevalentemente alla prima esperienza lavorativa, e – limitatamente alla fascia di età compresa tra i diciotto e i trent’anni – le donne. Ma non mancano fasce di lavoratori, in precedenza esclusi dal mercato del lavoro e che cercano di rientrarvi in qualsiasi forma; ed anche in questo caso, rilevante è la presenza femminile.

Il lavoro atipico intercetta, in sostanza, in misura consistente, i soggetti tradizionalmente più vulnerabili ed esposti alla precarizzazione.

Queste analisi di ordine qualitativo, unitamente alla considerazione delle dimensioni che ha ormai assunto il fenomeno, danno la misura della rilevanza ed urgenza del problema dell’estensione di una rete minima di garanzie ad una ormai vastissima platea di lavoratori che ne sono del tutto privi. Prescindiamo, naturalmente, da quei rapporti di lavoro cui viene attribuita una forma diversa da quella reale, al solo scopo di evadere i contributi e sottrarsi all’applicazione dei contratti collettivi. Per questi, non spetta al legislatore di intervenire, ma – se mai – alla Magistratura, qualora gli interessati si sentano di adirla; il che in tempi di forte disoccupazione non è certamente agevole.

Ma quali garanzie, quali forme di tutela possono essere introdotte per riconoscere ai veri “atipici” alcuni diritti elementari, che non sono nemmeno diritti del lavoro in senso stretto, ma – più propriamente – diritti “minimi” di cittadinanza?

La libertà di pensiero, la libertà di esercizio dell’attività sindacale, la sicurezza e l’igiene del lavoro, il divieto di discriminazione, il divieto d’indagine sulle opinioni, la tutela della maternità, sono solo alcuni esempi elementari di diritti che non possono più essere negati.

La costruzione di un sistema minimo di garanzie imperniato sul riconoscimento di questi diritti fondamentali non può essere scambiata – evidentemente – per un’operazione di mera trasposizione di alcune norme dello Statuto dei lavoratori, concepite per il lavoro subordinato, ad altre tipologie contrattuali, intrinsecamente diverse e peculiari. Al contrario, costituisce semmai un tentativo di definire quei presupposti minimi di convivenza civile in materia di lavoro, che – tanto più in una società complessa e in rapida evoluzione – devono essere chiaramente sanciti e da tutti individuabili. D’altro lato, non è vero – come qualcuno sostiene – che in questo modo si finisce per spingere verso il lavoro subordinato un complesso di lavori che sarebbe meglio lasciare allo sviluppo spontaneo.

In realtà, è possibile che per i “nuovi lavori” si possano individuare, nel tempo, nuove forme di garanzia; allo stato, però, quando si pensa a un livello minimo di tutele, non si può che fare riferimento a quelle “tradizionali”, peraltro non obbligatoriamente collegate alla subordinazione, ma piuttosto collegabili ad una generica e indifferenziata prestazione lavorativa, meritevole – per ciò

solo – di una qualche protezione, del riconoscimento di qualche diritto minimo di cittadinanza.

Naturalmente, nessuno si nasconde le difficoltà oggettive, con cui qualunque intervento concreto deve misurarsi.

Per esempio, nell'estensione ai nuovi lavori delle norme sulla sicurezza e l'igiene del lavoro, la considerazione delle intrinseche difficoltà di controllo e di vigilanza impone di usare la formula, più cauta, dell'applicazione della normativa di sicurezza "in quanto compatibile".

Un esempio che viene subito alla mente è quello dei videoterminali. È pendente in Parlamento un provvedimento sull'utilizzo dei videoterminali, la cui approvazione, peraltro, dovrebbe consentirci di ottemperare più congruamente ad una vecchia direttiva comunitaria in materia. Ma esso è incentrato sul lavoro che si svolge in un luogo fisso e controllabile. Come tutelare anche tutti i lavoratori che utilizzano i videoterminali in sedi assai meno controllabili, come l'abitazione o un centro di servizi?

C'è un evidente squilibrio tra coloro che, lavorando in fabbrica o in ufficio, sono sottoposti a controlli, obblighi e visite sanitarie, e questi lavoratori "atipicamente" dislocati, per i quali non esiste alcun obbligo e garanzia. L'estensione delle garanzie di sicurezza è dunque assolutamente necessaria, anche se non può prescindere dallo specifico riferimento alle questioni di compatibilità.

In linea di principio, e come si è già accennato, il problema dell'individuazione di un appropriato sistema di garanzie per i nuovi lavori non può essere risolto mutuando direttamente tutte le formule e gli strumenti già esistenti e codificati per altre soggettività, non solo perché ci sono obiettive differenze, ma anche perché manca tuttora un quadro della situazione reale già stabilizzato e interpretabile. I processi di trasformazione sono ancora in corso e non è possibile immaginarne gli esiti economici e sociologici.

In questa fase, un intervento del legislatore è esposto fondamentalmente a due rischi, diversi per gravità e conseguenze: quello di produrre un rigido incasellamento dell'esistente, una cristallizzazione della situazione per come oggi appare, con l'effetto di comprimere un potenziale economico e produttivo ancora inespresso e di appesantire il sistema complessivo; e quello di essere tentati dall'innalzare fino a un certo livello le garanzie di chi ne è attualmente privo, abbassando contestualmente le garanzie di tutti gli altri, attraverso un'operazione da qualcuno anche detta – con espressione deprecabile – di "spalmatura dei diritti".

Nel primo caso, la principale conseguenza sarebbe quella di radicare ulteriormente il lavoro irregolare, di dare una nuova sponda alla tentazione di restare nell'area sommersa.

Nel secondo caso, la conseguenza sarebbe ancora più grave: mettere a repentaglio, per tutti, un sistema di garanzie costruito in tanti anni di lotte e battaglie democratiche, senza peraltro avere alcuna certezza degli effettivi esiti

di un'operazione del genere. Sarebbe un errore esiziale. Il problema, infatti, non è quello di attaccare il sistema di tutele esistente, ma di reinventare alcuni strumenti, ripensare alcune soluzioni, impegnando tutta la fantasia necessaria per produrre effetti positivi ed evolutivi. In prospettiva, si potrà anche andare verso una ricomposizione di tutte le attività lavorative in una cornice unitaria. Ma questo obiettivo, oggi puramente tendenziale, non può essere perseguito con la pretesa di redistribuire fra tutti un complesso immutabile e predefinito di garanzie tradizionali, ammettendo – magari – l'accesso ad esse in misura rapportata alla quantità e alla qualità degli aspiranti alle tutele stesse. Le garanzie non sono una torta da dividere: la presenza di un commensale in più non può togliere qualcosa agli altri. Al contrario, a ciascuno deve competere la sua tutela; ciascun soggetto deve trovare nell'ordinamento le garanzie corrispondenti alla sua tipologia di rapporto, quelle che ne colgono la specificità e peculiarità.

In questo senso devono essere valutate, e in una certa misura contrastate, le argomentazioni di coloro che sostengono il superamento e l'obsolescenza dello Statuto dei lavoratori, a fronte dei nuovi scenari che si stanno profilando. Questi vanno affrontati con tutta la cautela imposta da una realtà ancora in movimento e in divenire, compiendo però uno sforzo per riuscire a conciliare l'esigenza di attribuire almeno alcune garanzie fondamentali ai nuovi lavori, con quella di non appesantire la disciplina, di non cristallizzare figure ancora non ben definite, di non avvicinarsi troppo all'antico modello del lavoro subordinato.

In questo, può soccorrere, oltre all'intervento di un legislatore accorto e soprattutto “leggero”, un serio rinvio alla contrattazione collettiva, per definizione più vicina alle singole e specifiche realtà.

Certo, qui insorge un problema serio e grave: quello della rappresentanza di nuovi soggetti che – proprio in quanto dispersi e frammentati – incontrano serie difficoltà ad organizzarsi, a costituire in qualunque forma degli organismi che li rappresentino, ma anche a confluire nelle tradizionali strutture sindacali. La stessa contrattazione collettiva è dunque, a sua volta, l'esito di un processo ancora *in fieri*. In queste condizioni, un legislatore attento e cauto non può fare altro che cercare di favorire e sostenere le spinte evolutive e le tendenze organizzative dei nuovi soggetti, con una legislazione di sostegno *sui generis*, a carattere eminentemente promozionale.

La situazione attuale, in effetti, è molto diversa dal passato. Lo stesso Statuto dei lavoratori, nella seconda parte, era stato concepito per sostenere lo sviluppo di situazioni già in atto, non per dare corpo e consistenza a realtà e bisogni ancora in parte inespressi, come quelli di questa massa multiforme di nuovi lavoratori. Ma se ad essi si darà la forza sufficiente perché si liberino dalle insicurezze cui sono esposti, forse si saranno create le fondamenta anche per una loro strutturazione organizzativa, di tipo eventualmente diverso da quelle attualmente esistenti.

Non è possibile, al momento, prevedere quali saranno gli elementi attorno ai quali avverrà l'aggregazione, né quali modelli di coesione saranno adottati: la forma tradizionale del sindacalismo classico, quella dell'associazionismo, oppure altre tipologie radicalmente nuove. L'unica cosa che si può legittimamente fare è creare una base su cui queste opportunità possano concretamente innestarsi.

Del resto, alcune delle organizzazioni sindacali tradizionali più importanti si stanno organizzando, secondo schemi del tutto innovativi, per porsi come serio strumento di rappresentanza dei lavoratori "atipici".

Per concludere sul punto, va dunque ribadito che non ha senso parlare di un nuovo "Statuto dei lavoratori" e che è prematuro parlare perfino di uno "Statuto dei nuovi lavori", in aggiunta al primo. In attesa di una Carta dei diritti che comprenda anche le nuove realtà, in Senato si è compiuto il tentativo di dare comunque una prima definizione normativa al problema del lavoro atipico, attraverso una legge non troppo impegnativa, di carattere promozionale e sperimentale, contenente alcuni interventi "leggeri" del legislatore e numerosi rinvii alla (futura) contrattazione collettiva. Il testo è stato approvato dal Senato ed è attualmente all'esame della Camera*.

Si tratta del tentativo di creare un *plafond* minimo di tutele per i "lavori atipici", senza peraltro ricorrere a rigidi incasellamenti formali o alla creazione di una nuova tipologia – un *tertium genus* – da collocare tra il lavoro autonomo e quello subordinato. Le norme della legge si riferiscono infatti a «tutti i rapporti di collaborazione, di carattere non occasionale, coordinati con l'attività del committente, svolti senza vincolo di subordinazione, in modo personale e senza l'impiego di mezzi organizzati e a fronte di un corrispettivo». Questa formulazione, lungi dal dare una definizione dei nuovi lavori – definizione che non è apparso utile nemmeno tentare, per la natura stessa della materia –, stabilisce semplicemente l'ambito di applicazione della legge, cercando di cogliere, per quanto possibile, tutta la variegata molteplicità dei nuovi lavori e marcando una netta distinzione rispetto al lavoro subordinato.

Altrettanta cautela è stata usata per evitare qualunque sconfinamento nel campo che è proprio dell'autonomia collettiva, un'intenzione che è lontanissima dalla sensibilità e dai valori che hanno ispirato la proposta di legge. La materia, infatti, per la sua "irriducibilità" a qualunque schema, non può avere altro che un generico riferimento nella legge, una semplice cornice di diritti fondamentali. Ogni altro aspetto deve poi essere sviluppato – nelle sedi appropriate – in relazione alle singole esperienze, alla natura specifica dei vari rapporti, alla realtà per come si manifesta oggi, nelle singole situazioni, e per come si manifesterà domani, quando altri fenomeni saranno maturati.

* [Carlo Smuraglia si riferisce al d.d.l. n. 2049, presentato al Senato il 29 gennaio 1997, sulle cui vicende si veda l'articolo *Lavori atipici*, entrambi pubblicati in questo volume.]

È invece alla legge che sicuramente compete l'individuazione dei diritti basilari, quelli che abbiamo indicato come “diritti di cittadinanza” in materia di lavoro. Su alcune questioni essenziali di libertà – il divieto di indagini sulle opinioni, il divieto di discriminazioni, di indagini sanitarie, ecc. –, il provvedimento approvato dal Senato prevede un'estensione anche agli atipici delle corrispondenti norme dello Statuto dei lavoratori.

Per le norme in materia di sicurezza e igiene del lavoro, le difficoltà – cui si è accennato – di effettivo funzionamento del sistema di controlli e di vigilanza, hanno consigliato di condizionare l'applicazione della normativa di sicurezza, prevista dal d. lgs. 626/94, alla compatibilità con le modalità delle prestazioni.

Fondamentale è la prescrizione, prevista dalla legge, del contratto scritto, con alcuni aspetti contenutistici obbligatori, fra cui l'oggetto della prestazione, l'entità del corrispettivo e i tempi del pagamento, la durata del contratto, il rinvio alla contrattazione collettiva per la determinazione di altre modalità di svolgimento del rapporto. Si tratta di un aspetto di grande rilievo, perché è proprio dalla mancanza di questi elementi che oggi deriva la conseguenza dell'inerte esposizione dell'atipico alle regole del mercato ed a quelle imposte dal committente.

Il testo della legge interviene anche, con uno specifico riferimento, su due aspetti che sono imprescindibili per dare effettività a qualunque sistema di garanzie: il diritto all'informazione e il diritto alla formazione.

Il problema dell'informazione è particolarmente delicato per il lavoratore atipico. Se nei luoghi di lavoro tradizionali ci si può incontrare, per discutere e scambiare notizie, quando si lavora in modo fisicamente separato non si ha alcuna occasione di esposizione alla circolazione spontanea di informazioni. È questo un fattore di profondo indebolimento per il lavoratore “nuovo”, per ovviare al quale la proposta di legge prevede l'estensione agli atipici di alcuni dei diritti di informazione previsti dai contratti collettivi per i lavoratori subordinati, oltre che quelli previsti dal d. lgs. 626/94.

L'altro elemento fondamentale è quello della formazione. Se non si vuole che questi nuovi lavori diventino uno strumento di precarizzazione, destinato a determinare una progressiva dequalificazione dei lavoratori, lungo gli inevitabili percorsi di mobilità, si deve tenere in debito conto la necessità di assicurare una continua ed aggiornata formazione. Lo si è fatto in sede di approvazione della legge sul lavoro interinale, quando si è stabilito – nonostante robuste opposizioni – l'obbligo di contribuzione ad un apposito fondo per la formazione dei lavoratori interinali.

Anche nel contesto del lavoro atipico, si è posta un'esigenza analoga. La difficoltà di innalzare ulteriormente le quote di contribuzione ha suggerito di devolvere la materia alla contrattazione collettiva. Nella formulazione recepita nel testo, la contrattazione collettiva può dunque prevedere un'integrazione dei contributi, allo scopo di finanziare un fondo destinato ad iniziative formative. Ma la misura più significativa è la delega al Governo per l'emanazione di un

provvedimento che preveda agevolazioni fiscali per le attività formative svolte dai committenti e documentate: non nuovi oneri, quindi, ma misure di tipo premiale per chi dimostra di aver fatto davvero formazione.

Un altro problema delicato e complesso, che richiederà un ulteriore, specifico, intervento legislativo, è quello della previdenza. Da molte parti si è osservato che i lavoratori atipici, pur essendo obbligati all'iscrizione alla gestione speciale dell'Inps e al versamento, con il concorso del committente, di un contributo pari al 12% dell'imponibile (progressivamente elevabile al 19%), non acquisiscono con ciò alcuna garanzia di ottenere effettivamente il trattamento pensionistico. Il problema è quello della frammentazione dei versamenti nel passaggio attraverso le varie esperienze lavorative e gli eventuali periodi di inattività. A tale problema si dovrà porre al più presto rimedio, attraverso una nuova disciplina normativa dei ricongiungimenti assicurativi. In tal senso dispone l'art. 7 del disegno di legge approvato dal Senato, conferendo una delega al Governo affinché provveda entro 180 giorni ad assicurare la possibilità di ricongiungimento dei vari periodi contributivi e a garantire i trattamenti per malattia e infortunio, finora scoperti.

Il problema della maternità ha trovato nel frattempo soluzione con l'attribuzione di una speciale indennità, erogata nei termini generali previsti dal provvedimento collegato alla legge finanziaria 1998, successivamente specificati dal decreto ministeriale 27 maggio 1998.

Particolari sanzioni sono previste qualora venga accertata la sussistenza di forme camuffate di lavoro subordinato, mentre sono previste norme di favore per chi intende uscire da situazioni di irregolarità, denunciando la vera natura del rapporto.

Per quanto riguarda le modalità di esecuzione della prestazione, il testo prevede che i prestatori non possano avere dipendenti, ma possano – con il consenso del committente – farsi sostituire temporaneamente o lavorare in coppia, con un rapporto unico.

È inoltre attribuita alla contrattazione collettiva la facoltà di prevedere un diritto di preferenza per il prestatore che abbia avuto un contratto atipico concluso senza contestazioni, in tutti i casi in cui il committente decida di instaurarne un altro identico, per un'analoga prestazione.

Di grande rilievo la parte di "sostegno" alle forme organizzative, che gli atipici potranno liberamente scegliere. Gli strumenti fondamentali sono due: da un lato, si prevedono con ampiezza i diritti sindacali, compreso quello di partecipare alle assemblee indette dalle rappresentanze sindacali aziendali, all'interno dell'unità produttiva dell'azienda (misure che dovrebbero consentire la rottura dell'isolamento e la creazione di un rapporto e di forme di solidarietà anche con i lavoratori subordinati dell'azienda); dall'altro, si prevede la gestione separata del Fondo previdenziale e la creazione di un Comitato amministrativo, costituito da tredici membri, sei dei quali eletti dagli iscritti al Fondo stesso. Anche in

quest'ultimo caso, si tratta di una misura che dovrebbe servire a spezzare l'isolamento e ad indurre questi lavoratori frammentati e divisi ad incontrarsi, quanto meno per formulare liste e partecipare all'elezione dei loro rappresentanti nel Fondo.

In definitiva, al di là dei contenuti specifici di questo progetto di legge, tuttora in discussione in Parlamento e dunque ancora suscettibile di modifiche e limature, il vero connotato qualificante della disciplina proposta è il suo carattere sperimentale, espresso dalla previsione di una verifica a due anni dall'entrata in vigore della legge. Una norma impegna infatti il Ministro del lavoro, dopo quel termine, a riferire al Parlamento circa lo stato di attuazione della legge, la sua efficacia e gli effetti prodotti.

Una legge perfetta? Sicuramente no, anche perché ci si muove su un terreno nuovo e in parte poco conosciuto e bisogna utilizzare tutte le cautele del caso.

Per questo sarà importante anche il lavoro che dovrà fare la Camera dei deputati, sperabilmente in senso migliorativo. Al buon esito potrà certamente contribuire il dibattito che si sta svolgendo in molte sedi, fuori dal Parlamento, ed al quale c'è da augurarsi che venga un contributo decisivo da chi sta sperimentando sul campo i nuovi lavori, al di là di ogni elucubrazione teorica.

In fondo, si tratta di un aspetto assai rilevante per il futuro del nostro Paese. È anche sul terreno delle trasformazioni delle attività lavorative che si misura – in definitiva – la capacità della nostra società e del nostro sistema produttivo di proiettarsi non solo verso la dimensione europea, ma anche verso gli altri Paesi, con una reale potenzialità competitiva, sul terreno dello sviluppo economico e su quello, più generale, della crescita civile e democratica.

Anche questo, insomma, è un modo per affrontare, e vincere, la sfida della modernità: la sfida di uno sviluppo sano e duraturo, che si esprima nel quadro del rispetto della libertà, della dignità e della sicurezza delle persone che, in qualsiasi forma, prestano la propria capacità lavorativa.

Roma, 29 luglio 1999

Lavori atipici*

In questi giorni si è tornato a parlare, da più parti, della prima disciplina legislativa che dovrebbe essere data ai cosiddetti “lavori atipici”, cioè a quel complesso di lavori “nuovi” che hanno in comune soltanto la totale mancanza di garanzie e tutele. Alla questione degli atipici è dedicato un progetto di legge (del quale sono stato l’originario presentatore) ormai stagnante alla Camera da più di un anno, dopo l’approvazione – a larga maggioranza – dell’assemblea del Senato.

Un Convegno promosso pochi giorni fa dalla Camera del lavoro di Roma e dai Sindacati romani del commercio ha invocato, con forza, l’approvazione di quel testo, ed un analogo appello è venuto dall’ultima assemblea nazionale del NIDIL (Nuove identità di lavoro), recentemente riunita a Napoli.

D’altra parte, in altre sedi sono emerse anche posizioni diverse, riassunte giornalmisticamente da titoli talvolta allarmanti come: «Atipici, la maggioranza blocca la riforma». Le responsabilità dello stallo vengono attribuite, dunque, alla maggioranza o a una parte di essa e talora addirittura a ripensamenti da parte di alcuni che quella legge l’hanno votata; anche se – bisogna riconoscerlo – l’articolo apparso il 5 maggio sul «Sole 24 ore» con quel titolo ammetteva lealmente che, se pure ci sono dissensi e divergenze di vedute all’interno della maggioranza, chi invece non ha dubbi nel bocciare il testo approvato dal Senato sono le imprese. D’altronde è un fatto noto che questa legge ha avuto, fin dal suo nascere, diversi nemici estranei al Parlamento, anche se ben rappresentati al suo interno. Ma, vivaddio, si tratta almeno di nemici dichiarati, col solo limite di qualche reticenza, come quando affermano che non vogliono “quella” legge, laddove la sensazione diffusa è che in realtà si preferisca che siano i soggetti individuali a definire i loro rapporti, con le conseguenze e gli effetti che ognuno può facilmente immaginare.

Scontata questa ostilità – per certi versi prevedibile – da parte del mondo imprenditoriale, è utile approfondire il problema dal punto di vista della “maggioranza” e dei nemici meno dichiarati ed espliciti.

Ora, c’è da chiedersi, anzitutto, con quale maggioranza il d.d.l. sui lavori “atipici” sia stato approvato dal Senato. A leggere certi commenti, si sarebbe portati a pensare che quel testo se lo sia approvato da solo, in un giorno di distrazione collettiva, il primo firmatario del disegno di legge, al quale vengono attribuiti ormai meriti e responsabilità (ma soprattutto queste ultime). Non c’è anche al Senato una maggioranza composita? E non è pacifico che quel testo fu largamente discusso ed esaminato nella Commissione lavoro, sottoposto una prima

* Articolo reperito nell’archivio di Carlo Smuraglia, dal quale risulta trasmesso a *L’Unità* il 10.05.2000.

volta all'Aula, rinviato alla Commissione su richiesta del Ministro del lavoro di allora, e quindi riesaminato ulteriormente e modificato sulla base di diversi emendamenti, in Commissione e in Aula? Alla fine, quel testo fu ritenuto il frutto di un percorso accettabile, almeno in via sperimentale (tale è infatti, dichiaratamente, quella disciplina). Che la Camera abbia diritto di ripercorrere quel cammino e di compiere le proprie valutazioni, non solo è legittimo, ma addirittura doveroso, in un sistema bicamerale. Ma qui c'è qualcuno che sta spingendo verso l'affossamento; e allora le cose cambiano e ci fanno dire che forse sono preferibili i nemici dichiarati piuttosto che quelli più o meno occulti o quelli che affrontano il problema in modo, diremo così, singolare.

C'è chi ha detto, infatti, che quel testo è troppo vincolistico; io non lo credo affatto, ma se anche si ritenesse che c'è qualche vincolo di troppo, lo si elimini e si mandi avanti il provvedimento. Leggo anche che il problema sarebbe quello di non includere nella disciplina lavoratori che di quelle tutele non hanno bisogno: il ragionamento mi sembra singolare, perché la scelta è stata quella di non dare la definizione di una nuova categoria, ma piuttosto di precisare un ambito di applicazione così diffuso da comprendere tutti i soggetti che si trovano in condizioni analoghe per alcune caratteristiche della loro attività e per la comune mancanza di garanzie. E se qualcuno di quelle garanzie non ha bisogno, perché ha tale forza da riuscire a imporre le proprie regole, oppure da discuterle in condizioni di parità col committente, non ha altro da fare che non utilizzare i diritti che la legge riconosce.

Tutto qui.

Secondo altri, la soluzione corretta starebbe nel rinviare il più possibile i vari istituti alla contrattazione collettiva. Ma il testo approvato dal Senato contiene, in appena 17 articoli, ben sette rinvii alla contrattazione collettiva; e di più non si è ritenuto opportuno di fare, per il momento, non per sfiducia nella contrattazione collettiva o per volontà di disciplinare tutto per legge, ma perché tutti sanno che quella contrattazione collettiva, in gran parte, è ancora *in fieri* e si stanno realizzando praticamente soltanto ora le prime forme organizzative di questi lavoratori. Sicché, rinviare tutto alla contrattazione collettiva significherebbe soltanto dettare una disciplina sostanzialmente inapplicabile, almeno allo stato.

Ma le obiezioni incalzano, anche da "sinistra": la legge partirebbe da un pregiudizio non dimostrato, che cioè si tratti di rapporti subordinati camuffati. Ma è proprio il contrario di ciò che si dice nel testo del Senato, il quale parte dal presupposto che la fetta maggiore di questo complesso mondo sia rappresentata da lavoratori atipici, che non sono né subordinati né autonomi in senso stretto; ed è a questa fascia maggioritaria che si destina la nuova disciplina, mentre si prevede espressamente una regolamentazione per i casi in cui si tratti, in realtà, di lavoro subordinato, semplicemente per ricondurli alle norme comuni.

Alla fine, appare tutt'altro che infondato il sospetto che ci sia una ostilità preconcepita, anche in settori diversi da quelli dichiaratamente contrari, verso

qualsiasi tipo di regolamentazione della materia e che tutto questo non conduca solo a qualche modifica, ma rischi di approdare all'affondamento. D'altronde, se così non fosse, sarebbe difficilmente spiegabile come mai in quindici mesi non siano state trovate soluzioni adeguate e si stia marciando, anziché verso qualche revisione del testo, in direzione del nulla: ciò appare ulteriormente singolare ove si consideri che alla Camera, fra gli altri, esisteva già un disegno di legge, a firma del Presidente del gruppo DS e del Presidente della Commissione lavoro – cioè di due personalità particolarmente autorevoli, oltre che di altri parlamentari –, che su molti punti non differisce affatto dal testo approvato dal Senato. Il che avrebbe dovuto comportare, almeno in linea teorica, un agevole superamento delle difficoltà ed un rapido approdo, magari con alcune modifiche migliorative.

Una situazione davvero inusitata, dunque, anche perché nel frattempo la pubblicistica sociale, economica e politica su questo “esercito di nuovi lavoratori” si va diffondendo, e tutti proclamano la necessità di dotare tale “esercito” di qualche garanzia: sul terreno delle condizioni di lavoro, ma anche e soprattutto sul terreno previdenziale.

Se a fronte di tante dichiarazioni ufficiali ed autorevoli come quelle che più volte ha formulato il Ministro del lavoro, di pronunciamenti politici di rilievo come il documento approvato a larghissima maggioranza dal Congresso di Torino dei DS, e se a fronte delle numerose richieste provenienti dal mondo sindacale e dagli interessati, dovessero riuscire a prevalere le resistenze dei tradizionali avversari nonché quelle dei nemici meno espliciti di questa legge, magari interni alla stessa maggioranza, allora dovremmo davvero preoccuparci. Ciò significherebbe, infatti, che il divario fra la volontà manifestata da molte parti di non lasciare nessun soggetto di lavoro senza un minimo di tutela e l'attuazione concreta di queste dichiarate intenzioni è ancora talmente forte da incidere negativamente sulle prospettive generali dell'intero mondo del lavoro.

Personalmente, continuo a sperare – nonostante tutto – che prevalga il buon senso e si riesca ad arrivare ad una prima, sperimentale disciplina per queste nuove realtà emergenti; un mondo che richiede semplicemente di poter disporre, quanto meno, di quei fondamentali diritti “minimi” di cittadinanza nel mondo della produzione, dei quali chiunque presti lavoro, a qualunque titolo, dovrebbe poter godere.

Roma, 10 maggio 2000

Nuova economia e professioni liberali*

1. Il rapporto fra professioni libere e *new-economy* va impostato con cautela e attenzione. Sappiamo bene cosa sono le libere professioni, anche se ci stiamo interrogando sul loro futuro; minore chiarezza esiste per ciò che attiene ad un termine convenzionale come la *new economy*, che certamente rappresenta un fenomeno importante, ma non può essere considerato in termini totalizzanti.

In effetti, il problema del futuro delle professioni va inserito soprattutto nel contesto dell'abbattimento delle barriere e della cosiddetta globalizzazione. È questo, infatti, che crea i problemi maggiori per i mutamenti dei mercati, per i cambiamenti della domanda di servizi, per la concorrenza che viene instaurata a livelli internazionali, in termini fino ad oggi sconosciuti.

La *new economy*, in questo contesto, rappresenta un aspetto parziale, ancorché relevantissimo; ritengo che essa non debba essere contrapposta alla vecchia economia perché ciò non avrebbe senso; e ritengo che di essa vada raccolto soprattutto il connotato dell'innovazione, della conoscenza, dei saperi; il che implica cambiamenti rapidi e continui e richiede professionalità molto spiccate, continui aggiornamenti, utilizzo di strumenti e concetti sempre nuovi e sempre più avanzati.

2. Anche la *new economy* influenza e influenzerà le libere professioni, ma forse più sotto un profilo, per così dire, tecnico. Con una avvertenza: che bisogna sottrarsi al rischio di considerare le professioni ad un livello unico, non solo per le evidenti differenze che ci sono fra loro, ma anche e soprattutto perché bisogna tener conto delle diverse modalità di esercizio delle attività professionali, in relazione alle sedi in cui esse si svolgono, al tipo di attività e così via.

Spesso, infatti, si fa riferimento allo sviluppo delle professioni pensando ad una tipologia che, alla fine, è abbastanza ristretta, che vale soprattutto per le grandi città e per alcuni grandi settori, ma si pone in termini diversi quando si opera in centri minori o quando l'ambito di attività è più ristretto.

In altre parole, le multinazionali professionali porranno meno problemi a Latina che non a Milano. Ma esistono molte Latina. E per loro il problema non è irrilevante, ma non assume i livelli che potrebbero essere drammatici in futuro, della professione in una grande città o di attività svolte soprattutto nell'interesse di grossi centri economici o istituzionali.

Tuttavia, non vorrei essere frainteso. Lo sviluppo dell'economia della conoscenza e delle innovazioni, non meno che le trasformazioni dei mercati,

* Sintesi della relazione di Carlo Smuraglia alla Settima Conferenza Nazionale Forense "in Rete" su «Previdenza e libere professioni nella prospettiva della new economy», Chia Laguna 14-16 settembre 2000, pubblicata su *La previdenza forense*, 2000, IV, pag. 32.

comporteranno per tutti un'esigenza di maggiore rapidità, di diversa organizzazione, di più spiccata professionalità, di aggiornamento continuo. Ma è probabile che in molti casi l'esercizio professionale possa restare ancorato alla tradizione più suggestiva e individualistica, quando il lavoro resta a determinati livelli e quando si tratta di particolari attività, mentre in altri casi la necessità del mutamento sarà più evidente e indilazionabile. Di queste differenze bisogna tener conto, per evitare di pensare a soluzioni che solo all'apparenza possono essere considerate come unitarie.

3. Insomma, in alcuni casi la evidente complementarità tra innovazione tecnologica e innovazione organizzativa porrà problemi immediati, relevantissimi anche sul piano organizzativo. In altri, rileverà maggiormente la necessità di disporre di mezzi più avanzati, di una maggiore attrezzatura culturale, di un più proficuo aggiornamento.

È stato rilevato che lo stesso servizio che si richiede al professionista tende a cambiare e a porsi in termini diversi a seconda che la richiesta provenga da un singolo o da un'impresa.

Ritengo che in generale il tipo di servizio cambia e cambierà comunque. Ma è certo che il mutamento è più radicale quando la domanda proviene da sedi che hanno bisogno di decisioni rapide, sicure e tali da essere fondate su complesse competenze e sulla multidisciplinarietà.

In questo senso, è chiaro che la concorrenza a livello internazionale sarà più temibile e che con urgenza bisognerà attrezzarsi per affrontarla.

Ma anche negli altri casi, la necessità di orientarsi nel labirinto di leggi, nazionali e non, il dover tener conto di tutti gli aspetti dei problemi, compresi quelli sociali ed economici, comporta la necessità di un'organizzazione più avanzata e più strumentalmente adeguata.

Insomma, se la concorrenza a livello internazionale dovrà basarsi su un trionfo imprescindibile (disponibilità di strumenti informatizzati, disponibilità di conoscenze e informazioni aggiornate, capacità di rendere servizi celeri e completi), nessuno potrà sottrarsi, anche a livello più ridotto, alle nuove esigenze. Insomma, più conoscenze, più strumenti, più aggiornamento, più professionalità saranno indicazioni imprescindibili per chiunque.

4. I problemi, tuttavia non sono pochi. Cercheremo di esaminarne alcuni:

a) come garantire questa maggior professionalità, questa migliore possibilità di conoscenza e di sapere?

In effetti, bisogna che cambino molte cose perché il problema non può essere risolto solo a livello individuale.

Dunque, prima di tutto l'Università, che non può essere più un esameificio, che non può essere la fornitrice di un titolo formale, che non può essere soltanto la fonte di nozioni astratte, ma deve preparare chi la frequenta ad affrontare

la società e il mondo sempre più complicato in cui viviamo e vivremo. Subito dopo vengono le varie forme di specializzazione, sempre più necessarie; poi il tirocinio, poi ancora le questioni relative alle modalità di accesso alla professione. Non è possibile entrare qui nel merito delle singole questioni; ma occorre rilevare che il problema dell'accesso non può limitarsi alla casualità, alle restrizioni, ai numeri chiusi, ma deve essere affrontato sotto il profilo della garanzia di qualità e anche di equità e di pari opportunità.

Insomma, bisogna ottenere che chiunque voglia esercitare un'attività professionale possa disporre di un processo formativo adeguato e di una formazione permanente.

In questo senso, è mia convinzione che bisogna puntare molto sulla riforma dell'Università, che bisogna incrementare le scuole di specializzazione e disciplinare meglio le varie forme di tirocinio. Credo che in questa opera debbano essere coinvolti profondamente gli ordini professionali, che in alcuni casi già si adoperano, ma dovranno contribuire di più, con spirito non corporativo e dunque sia a tutela della professione che a tutela degli utenti. Insomma la professionalità non è un requisito importante solo per i singoli, ma è anche un modo di qualificazione della categoria. Da questo punto di vista, gli Ordini sono qualificati, con tutte le modifiche che si renderanno necessarie, per svolgere questa importantissima funzione.

Va detto subito che professionalità comprende non solo conoscenze, sapere, capacità tecniche, ma anche un modo corretto e consapevole di svolgere la professione. Per cui il binomio competenza-correttezza deve essere considerato indissolubile e va tutelato con la massima cura.

Anche sotto questo profilo lo sviluppo di codici deontologici aggiornati e l'attività degli Ordini per farli rispettare, costituiscono uno degli impegni più salienti per i futuri Ordini rinnovati.

b) altro problema, immediatamente successivo, è quello relativo alle garanzie di qualità. Si diffondono in tutti i Paesi i sistemi di certificazione e di accreditamento. Noi ci siamo finora affidati ai titoli formali, magari acquisiti attraverso concorsi e iscrizioni agli albi, ove ciò sia richiesto. Ma temo che ciò non basterà più. Bisognerà trovare sistemi validi per controllare la qualità del professionista e la qualità dei servizi che egli rende e dunque accreditarli sul piano qualitativo.

Non penso però a controlli esterni, ma a forme di autocontrollo, seriamente esercitato dagli Ordini nel caso delle professioni disciplinate, ma senza spirito corporativo o di chiusura. Per le professioni non disciplinate, credo che i sistemi in uso in altri Paesi siano da seguire: accreditamento o certificazione, effettuati da organismi associativi a ciò autorizzati dalla legge, che peraltro non entrerà nel merito, ma fisserà soltanto criteri idonei a garantire la serietà e la affidabilità.

Un esempio del genere, è costituito, in Europa, dagli ergonomi, una professione emergente che dispone ormai di organismi associativi legittimati a certificare la qualità e a garantire la possibilità di esercitare senza millanterie.

Un recente disegno di legge (4068, Senato*) sulle figure professionali della sicurezza è stato approvato di recente dalla Commissione lavoro del Senato ed è fondato tutto sul riconoscimento di alcune figure finora non regolamentate (consulente della sicurezza, ergonomo, tecnico della sicurezza, ecc.), con lo strumento della certificazione e soprattutto della certificazione di qualità, sottoposta a progressivi e continui aggiornamenti. È un sistema che segue l'indirizzo europeo, (registro degli ergonomi gestito dalle stesse società professionali degli ergonomi, a ciò espressamente autorizzati) e cerca di evitare impostazioni eccessivamente burocratiche e complicazioni inutili, ma tenta al tempo stesso di dare serie garanzie di affidabilità e di qualità.

c) Come rispondere, però, alle nuove esigenze per le quali gli attuali sistemi organizzativi non sono più adeguati?

Si è fatto un gran parlare della creazione di società di professionisti. Da sempre sono favorevole, anche se non poche sono state e sono le difficoltà anche in relazione ad un nostro atteggiamento psicologico tradizionale che ha fatto sempre leva sull'individualismo piuttosto che sul mettersi insieme per svolgere una attività o un servizio. Ma oggi il sistema tradizionale e in qualche modo un po' romantico tende ad essere superato. Si impongono cambiamenti, a due possibili livelli:

- società di professionisti della stessa attività;
- società multiprofessionali.

È chiaro però:

- che la creazione di società non potrà mai essere obbligatoria e che ogni professionista dovrà essere libero di esercitare nella forma che ritiene opportuna e quindi anche individuale.

- che essa dovrà essere conciliata, almeno in certa misura, con la nostra tradizione di personalità della prestazione, anche se il concetto di infungibilità ha subito non poche attenuazioni.

- che in linea di principio la partecipazione a società di non professionisti, nella forma di società di capitali, va guardata con molta attenzione e con estrema cautela e consapevolezza dei rischi. Per alcuni tipi di attività professionale, può essere possibile e forse necessaria, sempre che il socio non professionista resti di minoranza. Per altri (avvocati, sanitari, ecc.) il pericolo del conflitto di interessi e della perdita di autonomia è tale che a queste ipotesi si deve opporre necessariamente un drastico rifiuto.

Per quanto riguarda la multidisciplinarietà, essa può essere in alcuni casi indispensabile per poter rendere servizi adeguati, completi e concorrenziali. Ma ci sono ovviamente alcuni problemi da risolvere sotto il profilo del controllo della garanzia di qualità e della deontologia. Non credo che la società multidisciplinare

* [Ddl n. 4068 comunicato alla Presidenza del Senato il 1° giugno 1999, *Disciplina di alcune figure professionali della sicurezza del lavoro*, in corso di pubblicazione nel vol. 9 di quest'opera.]

possa essere considerata, sotto questo profilo, come un soggetto unitario. Penso piuttosto che ognuna delle sue componenti dovrà rifarsi alla vigilanza ed alla deontologia del proprio ordine.

d) L'argomento precedente introduce il discorso relativo al problema della autonomia e dell'indipendenza del professionista.

È assai probabile che in una società globalizzata, divenga sempre più difficile mantenere una vera autonomia. Ma essa è indispensabile, perché si tratta di uno degli elementi strutturali di ogni professione liberale. Bisognerà dunque cautelarsi ed evitare che nuovi moduli organizzativi si risolvano in dipendenza. Semmai, la strutturazione e organizzazione complessiva dovrebbe diventare uno strumento di contrapposizione rispetto a soggetti-utenti economicamente più forti. Ad essi bisogna poter dire di no. Altrimenti la professione liberale non esiste più.

Indipendenza, naturalmente, da tutti, dal cliente e da ogni tipo di potere. E tuttavia non è più sufficiente nemmeno un isolamento splendido e sprezzante, così come sarebbe illusorio pensare alla trasformazione delle professioni in soggetto politico. Il professionista è e deve essere inserito nella società, specialmente quando svolge professioni a cui sono collegati aspetti di pubblica utilità (ancora una volta attività giuridiche, sanitarie). E quindi una concezione solidaristica non può mancare.

Ma attenzione, poiché anche la bella indicazione del prof. Carbone, nella società attuale, potrebbe risolversi in utopia. L'avvocato non può mediare tra l'esigenza egoistica del cliente e i concetti solidaristici. Deve essere fedele al cliente finché la coscienza glielo permette; dopo di che deve scegliere e, se del caso, rinunciare. Ogni altra soluzione, in concreto è impossibile.

Ricordo l'angoscia di un avvocato, peraltro ottimo, che praticamente aveva un solo cliente, naturalmente fortissimo e tale da assorbire tutta l'attività dello studio ed anche – bisogna dirlo – da arricchire il suddetto collega. Quando il cliente gli disse che doveva sbarazzarsi di un centinaio di dipendenti e che lui doveva trovare il modo, il collega rispose ponendo un quesito «ma come si fa?» e il cliente: «si fa presto a ragionare con i soldi degli altri». Mi colpì l'angoscia del collega, che per diverso tempo ebbe il timore di perdere quel cliente, appunto unico.

Pericoli del genere cresceranno, nella società globale e saranno esasperati dalla *new economy*; dunque, contro di essi bisognerà attrezzarsi. Credo che in questo senso si sciogla un problema che ha tanto agitato la discussione in questi ultimi anni, se cioè le professioni possano essere considerate come impresa. A mio parere questa contrapposizione non ha senso e tutto si riduce a ritenere che le professioni debbano organizzarsi in modo non artigianale e un po' più imprenditoriale, sia per garantire migliori servizi sia per meglio resistere alle pressioni di potentati economici ed alla concorrenza mondiale. Ma allo stesso modo l'impresa dovrà necessariamente professionalizzarsi, nel senso che dovrà disporre

di maggiori professionalità, di maggiori competenze, di maggiori conoscenze e di contributi intellettuali, quali – in moltissimi casi – solo le professioni liberali sono in grado di assicurare.

e) Infine, non bisogna nascondersi i pericoli degli eccessi.

Il ruolo delle tecnologie nuove, delle innovazioni, degli strumenti informatici, comunque prezioso nella società della conoscenza e dell'innovazione, può rivelarsi pericoloso se – soprattutto nelle professioni liberali classiche – non si ha conoscenza anche dei limiti di tutto questo.

Lo studio dell'avvocato fa bene ad informatizzarsi, perché questo aiuta a svolgere un servizio migliore. E dunque nessun mezzo o strumento deve essere trascurato ai fini organizzativi ed ai fini della conoscenza, ogni volta che sia disponibile; ma conservando la convinzione che si tratta, appunto, di strumenti e di mezzi e non di fini.

Per l'esercizio delle attività giuridiche è estremamente utile la possibilità di consultare in tempo reale la giurisprudenza. Ma se ci si abitua solo a quello, se si aspetta solo di conoscere qual è l'opinione della Corte di Cassazione (peraltro, di questi tempi, assai mutevole), se ci si ferma solo alle massime, la professionalità rischia di impoverirsi anziché arricchirsi, perché non sappiamo più cosa fare quando la Corte Suprema non ha detto nulla e perché non sappiamo più lavorare di fantasia. Eppure anche questo sforzo intellettuale di costruzione, ci compete come professionisti e come operatori del diritto. Dunque, ad esso non si può, non si deve rinunciare.

La *new economy* può risolversi, se non controllata, in una tale quantità di cambiamenti e di innovazione da risolversi in pura tecnologia. Essa, invece, ha senso se si sostanzia in un lavoro che richiede intelligenza, fantasia e creatività proprio in virtù degli strumenti nuovi e più aggiornati di cui si può disporre.

Di questo dovranno tener conto i processi formativi e soprattutto la formazione continua e permanente e i necessari aggiornamenti. Di questo dovrà essere fatto il tirocinio, col quale si deve insegnare al praticante anche l'uso degli strumenti nuovi, ma contemporaneamente mettendolo in guardia sulla loro possibile aridità. La risorsa dell'intelligenza, del sapere, della capacità di costruire e capire è dell'uomo non delle macchine; e nessuno come il professionista (e soprattutto, ce lo si lasci dire, nella nostra professione di operatori del diritto) è in grado di utilizzare gli strumenti, ma soprattutto di far funzionare con il loro aiuto i mezzi e le dotazioni intellettuali di cui dispone.

5. Infine, una domanda a cui bisogna rispondere ed alla quale mi compete rispondere, come legislatore.

In questi processi, in queste trasformazioni, come deve intervenire il legislatore ed entro quali limiti?

La mia convinzione è che mai come in questo caso il legislatore deve evitare di essere invasivo, senza però restare fermo ad una ipocrita neutralità. Deve

aiutare nella trasformazione e nello sviluppo, fissando principi per le professioni regolamentate e per quelle non disciplinate. Ma solo principi. Soprattutto deve guardare alle esigenze della globalizzazione, dello sviluppo competitivo della società, con realismo, aiutando a fornire quelle garanzie che il mercato oggi richiede, perché possa instaurarsi una valida e leale concorrenza.

Alcuni problemi di cui si è tanto discusso (esami di Stato, accesso alle professioni, deontologia, tariffe, pubblicità, ecc.) sono certamente di grandissima importanza, ma assumono un ruolo che è semplicemente di corollario rispetto alle scelte di fondo a cui ho fatto cenno. E quindi sarebbe ingiusto che esse assumessero una priorità rispetto a tutti gli interrogativi che ci siamo posti circa il futuro delle professioni e circa le loro capacità di affrontare la nuova società, la globalizzazione, la nuova competitività. Il mondo cambia, la società diventa sempre più complicata: le professioni debbono attrezzarsi puntando sulla qualità, sulla formazione, sull'aggiornamento, sulla capacità di autonomia e di indipendenza.

Naturalmente queste scelte di fondo il legislatore non dovrà farle da solo, ma dovranno essere fatte col metodo della concertazione, con l'approfondita discussione e con il confronto con i soggetti interessati.

Al fondo, l'esigenza primaria non è quella di sopprimere questo o quello, ma di modernizzare, di conservare il meglio delle nostre tradizioni rendendolo più adeguato alle trasformazioni della società.

Le professioni, come portatrici di conoscenza, di sapere, di professionalità, vanno valorizzate ma non con strumenti difensivi. Piuttosto, bisogna aiutarle ad essere adeguate alle nuove esigenze.

Ciò che conta è essere convinti tutti che il sistema delle professioni costituisce uno dei passaggi fondamentali per la modernizzazione del Paese.

In questo senso, siamo tutti interessati ad abbandonare da un lato ogni forma di conservazione corporativa, che peraltro non resisterebbe ai colpi di maglio della concorrenza internazionale, e dall'altro la pretesa di disciplinare tutto, anziché preoccuparci di contribuire allo sviluppo competitivo.

Lavoro e lavori: subordinazione, collaborazioni non occasionali, lavoro in cooperativa*

Se il lavoro “tradizionale” non è affatto finito, è certo che ad esso si sono affiancate molte attività di varia tipologia, sicché appare logico parlare oggi di “lavori” per esprimere la complessità del quadro. All’interno di esso, la subordinazione trova ancora il suo punto di riferimento nell’art. 2094 c.c. ma con qualche adattamento e con una visione dinamica e più aderente alla realtà. Per gli altri lavori (i cosiddetti “atipici”) si impone quanto meno il riconoscimento di un livello minimo di garanzie e di diritti fondamentali, tra i quali assumono rilievo particolare quelli di informazione e di formazione e quelli, più in generale, di “cittadinanza”.

Quanto alla figura del lavoratore socio di cooperativa, essa ha trovato finalmente una sistemazione nella recente L. n. 142/2001, con la quale si è cercato di risolvere l’annoso problema della compatibilità tra mutualità e scambio.

Per ciò che attiene ad una possibile ricomposizione del mondo del lavoro e della complessiva disciplina giuridica, si tratta certamente di un obiettivo da perseguire, ma senza inutili accelerazioni, trattandosi di una situazione tuttora in fase di trasformazione ed evoluzione. In ogni caso, il sistema delle garanzie non potrà mai essere unificato al livello più basso, ma semmai, dovrà consentire un’adeguata protezione anche ai “nuovi” lavori. Bisognerà poi adeguare l’intera normativa alle nuove esigenze ed alle trasformazioni dei sistemi produttivi, senza rinunciare al patrimonio di tutele che è stato acquisito in tanti anni di interventi legislativi e contrattuali e per la cui costruzione è stato saliente il contributo del diritto del lavoro.

Sommario: La “flessibilità” – Crisi irreversibile della nozione di subordinazione? – Il dilagare di prestazioni lavorative diverse da quelle tradizionali – La questione del socio lavoratore

* Testo riveduto e corretto della relazione svolta al Convegno in ricordo di Cecilia Assanti, sul tema Problemi attuali della flessibilità (Trieste, 6 ottobre 2001), pubblicato in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2001, n. 11, pag. 1013.

La “flessibilità”

Fra le varie accezioni del termine flessibilità ce n'è anche una che riguarda gli stessi connotati sociologici del lavoro e lo stesso modo di atteggiarsi di esso nella società contemporanea.

È in questo senso che rispetto a un modello tradizionale tipico cui si riferiva la definizione del lavoro si sono andati sviluppando modelli assai diversi; e dunque lo stesso modo di considerare il lavoro è divenuto gradualmente sempre più flessibile, nel senso che esiste una vasta articolazione di modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative, difficilmente riconducibile ad una nozione unitaria.

Si è cominciato così a parlare di “lavori”, quasi in alternativa al termine classico cui siamo stati abituati per tanto tempo. In realtà, peraltro, il problema non va visto in termini di contrapposizione: la verità è semplicemente che è diventato più giusto e corrispondente alla realtà far riferimento a un fenomeno complessivo, articolato, in qualche modo flessibile.

Vi è stato, per la verità, chi ha parlato di “fine del lavoro” o ha fatto riferimento a una crisi irreversibile del modello tradizionale. Una posizione, peraltro, accettabile solo ove la si consideri come una provocazione intellettuale, finalizzata ad approfondire i problemi reali che stanno sempre più diffusamente emergendo. Lo stesso va detto per certe definizioni piuttosto icastiche, come quella che si sintetizza nell'espressione “era il secolo del lavoro”: in realtà, il lavoro non finisce e non può finire, anche perché – oltre che strumento di produzione – è anche mezzo di esplicazione della personalità umana, e dunque un valore in sé non declinabile; se si volesse intendere, invece, che il secolo, in cui ormai ci siamo addentrati, sarà il secolo dei “lavori”, comprendendo quindi in una definizione più ampia anche il lavoro tradizionale, allora non ci sarebbero sostanzialmente difficoltà.

È questione di intendersi, insomma. Il lavoro classico, quello svolto in condizioni di dipendenza ed a tempo indeterminato (in molti casi, quello che si potrebbe sinteticamente definire come il lavoro a posto fisso), non è affatto finito: si declina spesso con modalità flessibili e talora non poco distanti dalla tipologia tradizionale, si atteggia nelle forme più svariate, ma esiste ancora e in notevole quantità. Ad una concezione statica, si va sostituendo una concezione più dinamica; i cambiamenti nel modo di organizzare il lavoro e la stessa struttura produttiva dell'impresa incidono in qualche modo sul modello tradizionale. Ma anche quando l'impresa si struttura più orizzontalmente che verticalmente e perfino quando tende ad articolarsi sul territorio, anche al di là dei confini geografici nazionali, o quando si attuano ampi processi di decentramento produttivo, il lavoro dipendente sopravvive alle trasformazioni nei suoi connotati essenziali, ancorché essi divengano più articolati e flessibili.

Altra questione è, invece, quella relativa alla perdita del monopolio del modello tradizionale, che fino a poco tempo fa si presentava quasi come esclusivo.

Accanto ad esso, infatti, vanno comparendo, con crescente diffusione, nuove forme di lavoro, non riconducibili ad alcuna classificazione tradizionale ed assai lontane dai modelli tradizionali. Il tradizionale rapporto fra il lavoro tipico e le altre forme di attività che erano residuali, si è alterato, nel senso che la dimensione quantitativa e qualitativa di queste ultime ha assunto un'ampiezza nuova ed inusitata, ponendo quindi problemi di grande rilievo, sul piano sociale e sul piano più strettamente giuridico.

A sua volta, il quadro che si va delineando è tutt'altro che unitario e corrispondente ad una tipologia univoca. A fianco di lavori abbastanza vicini al modello del lavoro dipendente, ma dotati di caratteristiche di autonomia tali da rendere impossibile un'integrazione nello schema classico, si prospettano modalità di esecuzione dell'attività lavorativa del tutto inusitate e non ascrivibili neppure ai modelli tipici del lavoro autonomo. Inoltre, è stata esattamente rilevata la necessità di tener conto anche delle forme di lavoro che si vanno diffondendo in modo indipendente da ogni logica produttivistica ed ispirate a motivi ideali e solidaristici, come il volontariato, il lavoro nelle cooperative sociali e tutte le attività del cosiddetto terzo settore.

Infine, bisogna tener conto – per una reale completezza del quadro – degli effetti della globalizzazione sullo stesso atteggiarsi del fenomeno lavoro, nel senso che da un lato gli ampi movimenti migratori da un paese all'altro finiscono per incidere quanto meno su alcuni tipi di prestazione, e dall'altro l'eliminazione della contiguità fra la prestazione lavorativa e la direzione organizzativa dell'impresa, con conseguenti trasformazioni anche delle forme di controllo, impone necessariamente una maggiore complessità dei modelli ed una maggiore elasticità delle tipologie.

In questo senso, appare giusto parlare di “lavori”, per esprimere meglio questa multiforme e articolata realtà; ma senza eccessi ed esagerazioni, che sarebbero ingiustificati, ove non fossero addirittura funzionali a specifici interessi.

La realtà socio-economica è, per sua natura, assai mutevole. Vi sono epoche, come questa, in cui le trasformazioni si svolgono con un ritmo fortemente accelerato e con grandi cambiamenti, talora in rapida successione.

In questo contesto, anticipare il futuro, dare per certi e noti fenomeni che sono ancora in divenire, può costituire un pericoloso azzardo. Meglio dunque considerare i fenomeni per quello che sono e per come si vanno definendo, senza attardarsi in catastrofiche previsioni oppure trarre in anticipo conclusioni che la realtà non giustifica.

Per tener ferma la barra, bisogna considerare sempre che le trasformazioni sociali non rappresentano necessariamente e sempre una “crisi”, ma talora sono semplicemente il simbolo di una evoluzione naturale. Ma se questo vale sul piano, per così dire, sociologico, vale ancora di più per ciò che attiene agli aspetti giuridici, a proposito dei quali è richiesta una non minore cautela e, spesso, una reale umiltà e serenità di approccio.

Parlare di “lavoro”, dunque, non significa rinunciare a nulla di quanto si è acquisito nell’esperienza giuridica, ma semplicemente considerare anche sotto una nuova luce i nuovi profili che si vanno delineando, per verificarne le compatibilità, accertare se sia il caso di intervenire con modifiche radicali anche sul piano normativo, oppure vi siano spazi per comprendere i fenomeni sulla base di linee e strumenti interpretativi non ispirati ad una inutile rigidità o a un conservatorismo stantio.

Sono queste le ragioni per cui ritengo mal poste le preoccupazioni o i convincimenti di quanti hanno parlato, forse con troppa precipitazione, di una crisi del diritto del lavoro in relazione ad una presunta incapacità di considerare ed assorbire i nuovi fenomeni e ad una constatata insufficienza dell’approccio tradizionale a fronte dei grandi mutamenti dei modelli classici. Ho notato con soddisfazione che in epoca più recente, alcuni entusiasmi eccessivi hanno trovato adeguata confutazione e si è andata diffondendo maggiormente l’idea che il diritto del lavoro abbia mostrato finora una “grande e giovanile vitalità” per usare una felice espressione di Maria Vittoria Ballestrero. Ho avuto già occasione di scrivere, qualche anno fa, che mi sembrava impossibile immaginare che un diritto di origine così recente e finora considerato, appunto, molto vitale e sensibile ai mutamenti della realtà sociale, potesse entrare improvvisamente in crisi ed apparire destinato a finire nei polverosi archivi della storia giuridica. Oggi, questa opinione si è rafforzata, nel convincimento fermo che se il fondamento del diritto del lavoro è la costruzione di un sistema in grado di disciplinare i rapporti tra parti disuguali, assolvendo anche a una funzione di equilibrio, esso non può venir meno solo per il fatto che subisca alcuni mutamenti il modello tipico del lavoro dipendente oppure ad esso si affianchino nuove forme di lavoro difficilmente inquadrabili, almeno allo stato. Se pure i nuovi rapporti hanno bisogno, come è naturale, di una disciplina giuridica e se si dà per assodato che anche in essi permane, in forme diverse, una situazione di squilibrio fra le parti, è evidente che il campo d’azione del diritto del lavoro si dilata anziché restringersi. Ed è altrettanto chiaro che proprio la ben nota capacità di adattamento di questo diritto, di per sé necessariamente dinamico, ha ampia possibilità di esplicarsi proprio a fronte dei mutamenti epocali di cui si è detto.

Un vero sforzo di adeguamento è segno di crescita e di sviluppo e non di crisi. Ovviamente, occorre una forte capacità di adattamento anche per gli interpreti e una certa dose di fantasia, unita a una seria capacità progettuale. Ma anche in questo non c’è nulla di nuovo e di sensazionale.

Insomma, se vogliamo parlare di “lavori” possiamo ben farlo, prendendo atto di una realtà multiforme e in continua trasformazione; ma sapendo che in questo non c’è alcun segno di crisi e che anzi siamo impegnati in uno sforzo di comprensione dei fenomeni e di adeguamento ad essi della stessa esperienza giuridica.

Una considerazione conclusiva, sul punto, va fatta per farsi carico del problema se e come la realtà complessa e multiforme a cui abbiamo fatto riferimento trovi ancora collocazione, e in quali termini, nella Carta costituzionale.

Personalmente, sono convinto che la nostra Costituzione, ancorché per alcuni aspetti abbia considerato in via principale il lavoro dipendente, tuttavia contenga spazi sufficienti per comprendere ed assicurare adeguate garanzie anche alle nuove forme di lavoro; e non solo perché lo dice l'art. 35, ma anche perché – in varia misura – lo si desume dall'art. 38 e perché no? dall'art. 2 e dallo stesso art. 3, comma 2, che resta, a mio parere, la norma cardine dell'intero sistema. Naturalmente, poi, bisognerà vedere in qual modo possano e debbano atteggiarsi le garanzie fondamentali, a seconda delle svariate tipologie: ma questo è il compito naturale del giurista; compito al quale – ripeto – è opportuno che si adempia senza drammatizzazioni, con seria capacità costruttiva e con una fantasia sufficiente a cogliere gli aspetti più salienti delle trasformazioni sociali ed i loro concreti effetti.

Crisi irreversibile della nozione di subordinazione?

Si è detto che il lavoro subordinato sopravvive, anche se sottoposto a varie operazioni di flessibilizzazione. Non sempre i criteri tradizionalmente accettati anche in giurisprudenza valgono a recepire tutte le nuove sfaccettature del fenomeno; o quanto meno talora si prospettano difficoltà non facilmente superabili, a fronte di un affievolimento di alcuni degli aspetti caratterizzanti oppure della modifica di alcuni connotati essenziali (in una direzione o nell'altra). Per alcune forme di lavoro dipendente si parla di subordinazione "attenuata": è il caso delle figure dirigenziali, di alcuni lavori particolarmente qualificati, oppure ancora di lavori a distanza o infine di attività contraddistinte da una spiccata elasticità nelle modalità di svolgimento. Ma ci sono anche alcuni studiosi che denunciano una crisi irreversibile della nozione di subordinazione ed avanzano proposte di tipo diverso, dalla creazione di una nozione unitaria di "lavoro senza aggettivi" fino alla proposta di riunificazione tra subordinazione e autonomia, ed a quella di unificare quantomeno la disciplina delle attività diverse dal lavoro autonomo in senso stretto, attorno a un comune fondamento-base di diritti. Ne è mancato chi – sulla base di un giudizio di insufficienza dell'attuale nozione di subordinazione ed a fronte di alcune riscontrate incertezze della giurisprudenza – ha proposto di cedere definitivamente la parola al legislatore affinché riscriva le norme di qualificazione del rapporto.

Condivido l'opinione di chi ritiene che la nozione fornita dall'art. 2094 c.c. conservi una piena idoneità ad esprimere anche quella parte di novità che ruota tuttavia intorno al perno dei presupposti fondamentali della dipendenza e della eterodirezione. In realtà, è vero che la subordinazione ha subito qualche "intervento chirurgico", ad opera del legislatore e qualche "terapia di dimagrimento" ad opera soprattutto della giurisprudenza di legittimità. Ma è altrettanto vero che,

nonostante tutto, essa ha manifestato e manifesta una capacità di adeguamento molto consistente, al punto di far registrare perfino alcune tendenze espansive.

Certo, dei criteri tradizionalmente affermati per qualificare la subordinazione, quello relativo all'inserimento nell'azienda ha mostrato palesemente la corda, proprio a fronte dei nuovi fenomeni. Ma gli altri connotati, con maggiori o minori sfumature, sono rimasti validi e pienamente utilizzabili anche di fronte a modalità nuove della prestazione lavorativa.

Così, di volta in volta, il concetto di subordinazione è risultato applicabile, pur con alcuni necessari adattamenti, al lavoro a domicilio, al lavoro sportivo, al lavoro a distanza, al lavoro interinale, così come a tutte le forme più flessibili di attività lavorative (part-time, lavoro a tempo determinato e così via). Non c'è dubbio, inoltre, che la nozione di subordinazione è idonea a risolvere anche non pochi dei casi di lavoro autonomo "apparente", per i quali la ricognizione della realtà del rapporto, se condotta secondo canoni non eccessivamente rigidi, ma che tengano conto anche di alcune nuove forme di flessibilità, conduce a risultati spesso appaganti. Tant'è che se la casistica giudiziaria di questo tipo è minore di quella che ci sarebbe suggerita dalla realtà, il motivo non è certo di natura giuridica, ma è espressivo di una situazione di soggezione economica nel mercato che spesso scoraggia anche solo l'idea di dover ricorrere ad un giudice per ottenere una giustizia magari di immediato effetto, ma assai rischiosa, sul piano del mercato, per chi l'ha ottenuta.

Nella giurisprudenza, si sono delineati alcuni filoni di approccio al problema, spesso con qualche differenza tra la giurisprudenza di merito e quella di legittimità. C'è stato un tentativo di cogliere, accentuandone la rilevanza, l'elemento riferibile alla volontà delle parti; ma esso non ha avuto fortuna, non solo perché, all'evidenza, il criterio risulta spesso fallace, almeno finché sussiste una situazione di disoccupazione anche di natura strutturale, ma anche perché è stata la stessa Corte Costituzionale ad apporre alcuni rigorosi paletti con due notissime sentenze (121/93 e 115/94). Come sottospecie di questa linea, può indicarsi anche il tentativo di rafforzare la portata dell'elemento volontaristico attraverso forme di "certificazione", certamente non preclusive dell'azione giudiziaria (a questo osterebbe, in ogni caso, il dettato costituzionale), ma capaci di influire fortemente sulla qualificazione del rapporto e di scoraggiare i tentativi di ottenere il riconoscimento della natura effettiva di esso. Ma anche questa linea, che si era prospettata essenzialmente sul piano legislativo, non ha avuto successo, è stata sconfitta in modo definitivo in sede di approvazione della legge sul socio lavoratore di cooperativa ed ha trovato un'opposizione molto energica e consistente anche nell'ambito della discussione parlamentare sui vari progetti di disciplina dei cosiddetti lavori "atipici"*.

* [La certificazione dei rapporti di lavoro verrà inserita poco tempo dopo, a seguito del cambio di Legislatura e di maggioranza parlamentare, con il d. lgs. n. 276/03, attuativo della l. n. 30/2003, c.d. legge Biagi.]

La giurisprudenza ha fatto registrare poi, soprattutto a livello di Cassazione, alcuni tentativi di restringimento della portata della formula dell'articolo 2094 c.c., mediante l'affermazione della necessità della esistenza di una soggezione piena e personale al potere del datore di lavoro perché si possa parlare davvero di subordinazione. Ma le difficoltà incontrate per la estensione di questa concezione a molte delle forme di lavoro svolte comunque alle dipendenze del datore di lavoro, hanno finito per indurre anche questa giurisprudenza a ritirarsi su una nozione di subordinazione "attenuata", che costituisce in certo modo una linea di ripiegamento, valida comunque solo per situazioni e casi del tutto peculiari.

Nel contempo, anche l'applicazione troppo rigida del criterio di eterodirezione ha finito per produrre risultati talora sconcertanti, soprattutto quando la si è voluta applicare a lavori ed a mansioni piuttosto semplici e di livello non elevato, per i quali la previsione di direttive molto analitiche appare spesso improponibile e tale da rappresentare una sorta di fuga dalla realtà.

In linea generale, è prevalsa e prevale tuttora, nella giurisprudenza, una concezione tutto sommato "plurale e dinamica" della subordinazione, che tiene conto dell'evoluzione subita nel tempo dalle figure tradizionali e si fa carico della necessità di considerare non già un quadro statico, ma una serie aperta di possibili modulazioni, riconducibili tuttavia alle due espressioni contenute nella formula dell'art. 2094.

Non si tratta, come da taluno si è voluto sostenere, di una dilatazione dell'ambito definitorio, ma semplicemente di un'applicazione coerente di una formula che in sé contiene rilevanti elementi di dinamicità. Se parliamo di coerenza è perché riteniamo che non sarebbe conveniente né utile un'espansione della nozione oltre limiti ragionevoli, non solo perché l'operazione sarebbe arbitraria, ma anche perché essa finirebbe per essere controproducente perfino sul piano dell'occupazione.

Dunque, se appare logico ritenere che è ormai fallace il riferimento – peraltro di origine dottrinale e giurisprudenziale – all'inserimento nell'impresa, si può concludere nel senso che, pur con qualche incertezza, la nozione di subordinazione non è affatto in crisi, e non ha bisogno, allo stato, di una riscrittura normativa. In realtà, a fronte di una situazione dinamica ed a trasformazioni in corso, mettere mano all'opera legislativa, senza neppure essere sicuri di disporre di un'adeguata conoscenza della realtà e di un'idonea capacità progettuale, è sempre assai rischioso; e dunque, allo stato, è meglio evitare di addentrarsi in operazioni incerte e per le quali i tempi appaiono tutt'altro che maturi.

Teniamoci dunque la corrente nozione di subordinazione e cerchiamo di mantenere tutta l'attività di ricerca e quella giurisprudenziale entro confini ragionevolmente dinamici, senza eccessi in nessuna direzione, ma tenendo ben conto di una realtà in movimento.

La stessa idea di creare una nozione giuridica di lavoro "senza aggettivi", ispirata all'origine dalle migliori intenzioni, potrebbe subire deviazioni rilevanti

lungo il percorso: e questo ci sembra un pericolo da evitare. Giustamente, una autorevole Autrice ci ha ammonito sul rischio che le belle proposte dei *savants* vengano usate male e che il proposito di unificare le figure fondamentali per creare uno zoccolo comune di diritti, possa risolversi invece nella creazione di un tetto comune dei diritti garantiti.

Insomma, bisogna stare attenti a non farsi del male da soli, creando costruzioni che allo stato non sono indispensabili e che presentano un altissimo tasso di rischiosità.

Resta, naturalmente, il grave e complesso problema degli effetti della qualificazione dei rapporti e della necessità di affrontare seriamente il grave problema delle eccessive differenze, tuttora sussistenti, tra l'area protetta e quelle che non godono di protezione alcuna, ancorché (mi riferisco alle situazioni non identificabili col lavoro autonomo in senso stretto) dotate di una certa contiguità con l'area del lavoro subordinato in senso ampio. Ma questo problema, escludendo la soluzione di un generale appiattimento sul livello più basso, che appare del tutto inaccettabile, ed anzi addirittura improponibile, può essere affrontato in diversi modi, che vanno dagli interventi sul mercato del lavoro e dall'ampliamento dell'area protetta fino all'estensione di alcuni diritti fondamentali ai lavoratori attualmente sprovvisti di ogni garanzia, e perfino (e forse soprattutto) agli strumenti di un rinnovato welfare.

Ma forse di tutto questo è più opportuno parlare, al di là di queste sommarie anticipazioni, in sede di analisi della situazione di quei lavori che convenzionalmente sono stati definiti dapprima come "atipici" e si sostanziano nelle varie forme di collaborazione non occasionale, contrassegnate dalla continuità e da un certo livello di coordinamento con i programmi dell'impresa o del datore non imprenditore.

Il dilagare di prestazioni lavorative diverse da quelle tradizionali

In questi ultimi anni, si è fortemente dilatata un'area di prestazioni lavorative diverse da quelle tradizionali, quanto mai articolate e diversificate fra loro. È gradualmente comparsa sulla scena una quantità di lavori che non stanno dentro la nozione di lavoro autonomo in senso stretto, ma non sono riconducibili neppure alla tradizionale subordinazione. Impossibile formulare un elenco dotato di una qualsiasi validità e completezza; si può procedere solo per esemplificazioni, ricordando le hostess dei convegni, gli intrattenitori dei villaggi turistici, i correttori di bozze, gli addetti ai call-center, gli addetti all'assistenza, traduzione e accoglienza per i congressi o per allestimento e arredo di spettacoli, catering, pulizia, giardinaggio per ricevimenti e meeting, servizi alle persone, ricerche di mercato, interviste, lavori in orari inconsueti o in giorni festivi, esperti in

materia di computer, e così via. È una galassia estremamente complessa e sempre più ricca e ampia, se è vero che ormai raggiunge e oltrepassa i due milioni. (Secondo il rapporto annuale dell'INAIL presentato il 21 settembre scorso, ad aprile 2000 il numero degli occupati "flessibili" era pari a 2.800.000, vale a dire al 13% degli occupati complessivi). Un fenomeno, dunque, complesso e assolutamente da non sottovalutare.

Tra costoro, ovviamente, ci sono casi di rapporti veri e propri di lavoro subordinato, camuffati al solo fine di evitare l'applicazione della disciplina giuridica e previdenziale; ma per questi c'è poco da dire, se non che esiste il problema già accennato della praticabilità in concreto dell'azione giudiziaria, per motivi assolutamente evidenti.

Basterà solo rilevare che quando alcuni parlano di "fuga dal lavoro subordinato", occorre verificare se e in quanti casi c'è davvero una fuga, oppure invece non si tratta di una situazione simulata, col consenso dei lavoratori, disponibili finanche a privarsi delle garanzie pur di riuscire a collocarsi in qualche modo, anche precario, nel mercato del lavoro.

È opportuno, invece, occuparsi dei casi reali, in cui la finzione investe, piuttosto, l'autonomia del rapporto; di quelli cioè, per i quali si è potuto parlare di lavoro autonomo "finto", nel senso che il soggetto mette a disposizione di un committente le proprie energie in maniera non occasionale, non riuscendo peraltro ad attingere al livello della subordinazione giuridica. Tutti costoro hanno, in comune, una sola caratteristica: quella di essere sprovvisti di ogni forma di tutela e di garanzia. Tutele e garanzie, invece, indispensabili proprio in relazione alla situazione di soggezione economica – anche in questi casi – nel mercato del lavoro.

Ovviamente, il problema si pone, ancora una volta, in termini assai variegati: c'è chi, all'interno di questa galassia, ha una propria potenzialità, in virtù della sua posizione e delle sue qualità professionali; e dunque è in grado di trattare le condizioni del rapporto in condizioni di parità e talora addirittura di dettare lui le condizioni. Ma non è di questi che occorre occuparsi; ma piuttosto di quella vastissima area che rischia la precarizzazione permanente, magari sull'onda di una presunta libertà.

In effetti, uno dei connotati distintivi tra le varie figure, all'interno di questa "categoria" generale, è dato dal fatto che alcuni accedono a quest'area per necessità e perché non hanno altra alternativa per entrare nel mercato del lavoro, mentre altri vi accedono per scelta volontaria, per un'aspirazione ad una certa libertà, alla possibilità di disporre del proprio tempo libero, al desiderio di migliorare la propria cultura e comunque di non vincolarsi *ante tempus* in un lavoro contrassegnato da una rigorosa dipendenza, da una lunga protrazione nel tempo e da una troppo accentuata subordinazione alle direttive.

Ora, ancorché le situazioni siano assai diverse, c'è da ritenere che agli uni e agli altri dovrebbero essere assicurate alcune garanzie elementari ed alcune

forme di protezione, perfino al di là della loro volontà. Quello delle scelte individuali e dell'assoluta libertà, può infatti, a distanza di tempo, diventare un mito e un modo come un altro ad essere sottoposti, più o meno consapevolmente, alle regole economiche del mercato ed agli interessi di un committente che, se in alcuni casi può ritenere utile avvalersi di una prestazione qualificata anche in modo più stabile e continuativo, in molti altri, invece, preferisce la frammentazione del rapporto, che gli consente un più complessivo e generale controllo anche dal punto di vista sociale.

Ma quale protezione? Anche in questo caso, le idee e le proposte sono molto variegate. C'è stato chi ha proposto la creazione di un *tertium genus*, fra lavoro dipendente e lavoro autonomo, idoneo a comprendere almeno una parte della galassia di cui si è detto. Ma l'operazione non era convincente, perché in realtà non vi era alcun interesse e forse nessuna possibilità concreta di unificare un universo così variegato; e osservando poi quali erano i diritti e le garanzie che si ipotizzavano a favore di questa presunta nuova categoria, sorgera facilmente il sospetto di una operazione illusoria, destinata ad allontanare il pericolo dell'inserimento nell'area del lavoro subordinato, ma con i costi più bassi possibile.

C'è stato anche chi ha proposto di unificare il sistema delle protezioni. Ma si è visto ben presto che il risultato era solo quello di attestarlo al livello più basso, con un avvicinamento solo apparente, destinato comunque a creare gravi conflitti con coloro che si sarebbero visti privare di alcune garanzie a vantaggio di una ipotetica distribuzione in un'area più vasta.

Anche l'ipotesi di ricondurre tutto sotto una nozione più ampia di subordinazione ha rapidamente mostrato la corda, non solo perché l'operazione – così come formulata – appare ingiustificata, ma anche perché i presumibili effetti sarebbero quelli di far precipitare una parte di questi nuovi lavori nel sommerso o addirittura di eliminare alcune concrete opportunità di lavoro.

Per ciò che attiene alla proposta di assicurare almeno un livello minimo di garanzie, si è obiettato che le protezioni ipotizzate apparivano assai vicine a quelle del lavoro subordinato: ma si trattava di un vero e proprio pregiudizio, perché in effetti si era pensato solo di attribuire ai collaboratori non occasionali alcune garanzie attinenti alla sfera dei diritti fondamentali (libertà di manifestazione del pensiero, divieto di discriminazione, tutela della salute, ecc...). Garanzie sulle quali c'è poco da lavorare di fantasia, anche perché in realtà esse corrispondono quasi totalmente a diritti di cittadinanza, piuttosto che a diritti del lavoro. Lo stesso vale per ciò che attiene alla protezione contro rischi tipici di ogni prestazione lavorativa, di qualunque tipo, come la malattia, l'infortunio, la maternità.

Semmai, il vero problema è che vi sarebbe stata (e vi sarebbe) la necessità di affrontare il problema della protezione anche su terreni più innovativi, utilizzando sistemi più dinamici ed elastici rispetto a quelli tradizionali. Ma la gran parte di critici ha preferito estenuarsi in una discussione inutile sul presunto

avvicinamento al rapporto di subordinazione, piuttosto che sperimentare la propria fantasia e la propria capacità progettuale nella ricerca di formule e soluzioni davvero innovative.

È accaduto così che, nel frastuono delle critiche più o meno scoperte e chiare, i progetti di legge (e segnatamente quello già approvato da un ramo del Parlamento) si sono arenati nella precedente legislatura, senza riuscire ad approdare a nulla, nonostante che – dopo l'ampio lavoro svolto al Senato e in seguito, nella Commissione lavoro della Camera – vi fossero ormai tutte le premesse ed i presupposti per arrivare ad una prima conclusione, idonea ad avviare almeno a soluzione il problema, in via ancora sperimentale e con le più ampie aperture verso ulteriori riflessioni ed approfondimenti.

La verità è che troppi preferiscono inseguire il mito dell'autonomia individuale, creando così ostacoli difficilmente sormontabili per ogni soluzione che tenga conto dell'effettiva condizione di questi “nuovi” lavoratori e della loro posizione nel mercato del lavoro.

Per quanto mi riguarda, resto fermo nel convincimento che sarebbe un grave errore pretendere di incasellare questo universo multiforme e di ingessarlo in schemi normativi predefiniti. Lo sforzo che era stato compiuto al Senato di non creare una nuova categoria, ma di definire soltanto un ambito di applicazione, era – a mio giudizio – apprezzabile, peraltro non contraddetto neppure dai lavori della Camera, ove si era cercato di precisare meglio l'ambito di applicazione, da un lato facendo riferimento a “rapporti di collaborazione coordinata non occasionali” e dall'altro escludendo dall'ambito della disciplina una serie di figure qualificate, certamente assai meno bisognose di protezione di quanto lo fossero i veri collaboratori non occasionali.

È da ritenere, in ogni caso ed indipendentemente dall'infausta fine di quei progetti di legge, che il terreno su cui operare resta ancora quello indicato, con alcune necessarie integrazioni, che cercherò sommariamente di elencare.

Anzitutto, quale che sia il complesso dei diritti da riconoscere, è fondamentale che addivenga ad un riconoscimento degli essenziali diritti di informazione e formazione, senza dei quali non esistono prospettive. Come si fa a parlare di collaborazione se manca un presupposto essenziale come quello delle informazioni? E se non si pongono in essere percorsi formativi, è certo che il collaboratore coordinato non occasionale è destinato, inesorabilmente, alla precarizzazione ed alla dequalificazione. È chiaro che su quest'ultimo terreno si incontrano non poche difficoltà (del resto, basta ricordare quelle che furono fraposte all'inserimento di un contributo per la formazione, nella legge sul lavoro interinale), ma è indispensabile superarle; le obiezioni che si fanno al riguardo hanno il sapore di un gretto egoismo e corrispondono ben poco ai criteri cui fa riferimento, in modo inequivocabile, il secondo comma dell'art. 41 Cost., proprio come condizione essenziale per lo svolgimento della iniziativa economica privata.

In secondo luogo, è del tutto evidente che bisogna operare – anche ai fini del riavvicinamento non egualitaristico tra situazioni regolate in modo diverso – sul terreno previdenziale, consentendo la ricomposizione dei periodi contributivi e la copertura dei principali rischi di ogni attività lavorativa. Ma è fondamentale anche il riconoscimento di alcuni diritti sindacali, e fra questi anche di quelli che appaiono idonei a contrastare ogni forma di segregazione ed isolamento. Se si vuole attribuire alla contrattazione collettiva una parte notevole della disciplina, onde sottrarla alle rigidità del sistema normativo, è chiaro che bisogna fornire un supporto, un sostegno per la creazione delle condizioni perché una contrattazione ci sia. Su questo terreno, come è noto, si incontrano difficoltà notevolissime perché si tratta di attività frammentate, disperse, isolate ed è dunque impossibile rifarsi alle tradizionali esperienze del movimento operaio e sindacale. Si tratta di individuare orizzonti nuovi e di diffondere il convincimento che senza una dimensione collettiva, senza forme anche nuove di aggregazione, il collaboratore è destinato a soggiacere alle leggi che impone il mercato e alle regole che dettano i committenti. Il legislatore, in questo campo, non può ipotizzare altro che misure di sostegno; ma esse sono importanti ed è indubbio che chi le contrasta, manifesta chiaramente la preferenza per la cosiddetta autonomia individuale, certamente assai preferibile per chi opera in condizioni di superiorità economica.

Infine, bisogna approfondire ancora aspetti troppo trascurati nelle analisi fin qui condotte, come quelli relativi agli strumenti e agli istituti di un nuovo welfare. Questo terreno, bisogna riconoscerlo, è piuttosto impervio, perché ci si addentra in un campo che richiede profonde innovazioni. Ma non c'è dubbio che questa è la strada fondamentale, per combattere il precariato, per affrancare i collaboratori da una condizione di evidente soggezione economica, per fornire garanzie adeguate per i periodi intermedi tra una collaborazione e l'altra, per assicurare – eventualmente – quel reddito di cittadinanza di cui si è già parlato da varie parti ma senza particolari approfondimenti.

Sono queste le strade da battere per cogliere appieno le opportunità fornite dalle nuove forme organizzative del lavoro e per dare una risposta seria alle aspettative ed anche ai diritti di chi compie una scelta che va rispettata ma va nel contempo tutelata. Sono queste, ancora, le strade da battere per superare ogni forma di ingiustizia e soprattutto la perdurante esclusione di una parte ormai consistente del mondo del lavoro dalle protezioni e dalle garanzie.

Se l'inderogabilità è destinata a restare un elemento caratterizzante del lavoro subordinato, non per questo in tutti gli altri casi si può lasciare campo libero alla autonomia individuale, così perpetuando una distinzione troppo netta tra gli inclusi e gli esclusi.

Per far questo, non occorre manomettere la nozione di subordinazione, né inventare inattendibili e pericolose riunificazioni. È sufficiente, allo stato, considerare il lavoro come un valore anche per ciò che attiene a tutti coloro che

operano in regime di collaborazione con un rapporto dotato di continuità. Se anche questo lavoro rappresenta un valore (e ciò deriva da una corretta lettura della Carta costituzionale), è evidente che esso deve trovare anche un fondamento normativo in un sistema di garanzie corrispondente alle caratteristiche di questo rilevante settore, ma non per questo privo di efficacia e consistenza reale.

Finora, il legislatore si è mosso su questo terreno, ma con un andamento discontinuo e saltuario e senza mai affrontare *ex professo* la problematica, puntando decisamente su un obiettivo appagante.

Con vari interventi legislativi, a partire dalla L. n. 335/95 (art. 2) si è cercato di dare una qualche definizione all'assetto previdenziale, soprattutto sotto il profilo contributivo, progressivamente puntando verso un avvicinamento col sistema in atto per i lavoratori dipendenti. Con alcuni provvedimenti si sono dettate norme relative alla maternità, con una disciplina in qualche modo intermedia tra quella garantita alle lavoratrici dipendenti e quella che riguarda alcuni settori delle attività professionali. Altri provvedimenti si sono occupati del trattamento fiscale, fino a quello della L. n. 42/2000 che, in modo assai discutibile e piuttosto confuso, ha assimilato l'imposizione fiscale dei collaboratori a quella dei lavoratori dipendenti.

Con altre disposizioni si è previsto l'avvio di una qualche tutela (limitata) per il rischio di malattie, mentre con il d. lgs. n. 38/2000 si è prevista l'estensione ai collaboratori dell'obbligo di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro.

Ma si tratta, come si vede, di interventi parziali, discontinui e non rispondenti a un disegno organico. C'è da sperare che essi rappresentino almeno un primo riconoscimento dell'importanza del fenomeno e che tutti coloro che hanno mostrato tanta attenzione ai "nuovi lavori" facciano corrispondere alle manifestate intenzioni alcuni comportamenti concreti.

Certo, non c'è da farsi troppe illusioni, soprattutto in questo contesto politico, visto che anche quello che lo ha preceduto è stato così avaro di soluzioni conclusive. Ma confidare nella ragionevolezza è sempre lecito; e soprattutto deve essere consentita la speranza che le elucubrazioni teoriche sulle disuguaglianze all'interno del mondo del lavoro siano sostituite da interventi concreti, che rappresentino un riconoscimento vero della complessità della situazione e della effettiva necessità di prenderne atto con misure efficaci.

La questione del socio lavoratore

Si è ritenuto opportuno, da parte degli organizzatori del convegno, di inserire nel contesto della relazione a me affidata una parte relativa al lavoro in cooperativa o meglio all'annosa questione del socio-lavoratore. Una scelta ragionevole, proprio perché nel contesto generale di questa relazione, in cui si è esaminato il profilarsi di nuove tipologie di lavoro e si è cercato di verificare che cosa accada della subordinazione e quale considerazione e disciplina sia opportuno dedicare

ai collaboratori non occasionali, risponde a coerenza anche la trattazione di un argomento che attiene a lavori certamente non “nuovi”, ma a cavallo (almeno in via potenziale) tra varie tipologie e in ogni caso destinatari di un recentissimo provvedimento legislativo, che ha posto fine – almeno si spera – a un dibattito e a un contenzioso che duravano da molti anni.

In realtà, quello del socio lavoratore delle cooperative è un problema antico, che si è andato acuendo man mano che il fenomeno cooperativo si espandeva positivamente, prospettandosi peraltro – nel contempo – una serie di questioni sia per quanto riguarda le garanzie da prestare a favore del socio lavoratore sia per la necessità di individuare strumenti adeguati per fronteggiare le cosiddette “cooperative spurie”, fenomeno dannoso non solo sul piano della correttezza della concorrenza ma anche e soprattutto sotto il profilo della tutela della cooperazione “vera”, che rappresenta la stragrande maggioranza del movimento.

Giurisprudenza e dottrina si sono interrogate a lungo sulla natura del rapporto fra il socio lavoratore e la cooperativa, oscillando tra le contrapposte tesi della prevalenza della funzione associativa, oppure di quella lavorativa, oppure della individuazione di una figura unitaria ed autonoma sia rispetto al lavoro dipendente sia a riguardo del rapporto associativo.

Il problema, in realtà, non ha mai trovato una soluzione coerente e convincente per tutti. Il legislatore è intervenuto in diverse occasioni per estendere al socio lavoratore singoli aspetti della disciplina tipica del lavoro subordinato; la giurisprudenza ha fatto altrettanto, mantenendo però notevoli oscillazioni fra le tesi alternative di cui si è detto e affrontando in vari modi il problema della competenza per le controversie, fino all'importante sentenza delle Sezioni Unite, 30 ottobre 1998, n. 10906, che scioglieva il nodo, finalmente, con l'attribuzione della competenza delle controversie del socio lavoratore al giudice del lavoro.

In questo modo, peraltro, si era venuta a creare una situazione quanto meno singolare. Al socio lavoratore, la cui natura giuridica restava ancora indefinita e controversa, venivano riconosciuti alcuni istituti tipici del lavoro dipendente, mentre per altro verso si attribuiva rilievo all'aspetto associativo. Perfino per ciò che attiene alla disciplina previdenziale e assicurativa, considerata come il settore meno esposto al contenzioso giudiziario, non sono mai mancate divergenze interpretative anche di notevole intensità.

Insomma l'affannosa ricerca della compatibilità tra mutualità e scambio non era riuscita, fino alla primavera di quest'anno, ad approdare a risultati esaustivi. Basta osservare l'ampia rassegna pubblicata sul Foro Italiano in due tornate successive, nei primi mesi dell'anno 2000, per avere un quadro delle soluzioni prospettate e adottate, sulla infinita serie di questioni insorte, senza che fosse possibile individuare un punto di approdo convincente. In realtà, ciò che mancava, ormai, era un intervento risolutivo del legislatore, che non avesse il carattere frammentario degli interventi precedenti e che sciogliesse, una volta

per tutte, i nodi principali, sulla natura giuridica di questa figura, sulla competenza processuale, sulle tutele da prestare a favore di questo particolare tipo di lavoratore.

Di qui la presentazione da parte del Governo di un disegno di legge (16 settembre 1998, n. 3512), che si fondava soprattutto sulle conclusioni di un'apposita commissione (Zamagni) costituita nel dicembre 1997 e sui risultati di ampie consultazioni condotte con le parti interessate. Il disegno era ambizioso, perché mirava a sciogliere tutti i nodi che si erano presentati in dottrina e giurisprudenza, affrontando contemporaneamente anche questioni più ampie come la materia della vigilanza sulle cooperative e prospettando anche soluzioni innovative come quella della nuova natura del regolamento da approvarsi dalle cooperative, e della sua "certificazione".

Su quel testo si svolse un ampio e approfondito lavoro in sede parlamentare, soprattutto presso la Commissione Lavoro del Senato che, pur approvando le scelte di fondo della proposta governativa, predisponendo un testo che per alcuni aspetti si distaccava anche profondamente dal progetto originario, sollevando discussioni accese e alcune critiche anche dall'interno del movimento cooperativo. L'idea di fondo perseguita, come esattamente rilevato in un recente saggio di Meliadò, era quella che, «lo scopo mutualistico non possa essere utilmente perseguito senza assicurare il rispetto del principio di parità di trattamento tra soci e lavoratori dipendenti e senza garantire la concorrenza del mercato e la correttezza dei rapporti instaurati con i soci lavoratori».

Insomma, il problema che si intendeva risolvere non era solo quello della natura giuridica di una figura controversa e anomala come quella del socio lavoratore, ma era anche quello relativo alla individuazione delle tutele da assicurare a questi lavoratori, eliminando una ingiustificata discriminazione rispetto agli altri lavoratori, ma tenendo conto al tempo stesso anche del rapporto associativo; e infine anche quello delle misure da adottare per garantire che le società cooperative corrispondano effettivamente e concretamente alle finalità mutualistiche ed alla loro rilevanza sociale, senza comprimerne l'autonomia, ma evitando forme anomale di concorrenza sul piano di mercato.

Come si è detto, l'iter del progetto di legge non fu facile e neppure lineare, tant'è che dopo l'approvazione da parte della Commissione Lavoro del Senato di un testo conclusivo nel settembre 1999, vi fu un lungo periodo di stasi; e solo sul finire della legislatura, con un improvviso ma provvido colpo di reni, il Parlamento riuscì nel breve volgere di tre mesi ad approvare il testo conclusivo nell'aula del Senato e successivamente, senza modifiche, nell'aula della Camera.

La L. 3 aprile 2001, n. 142, che reca un titolo ampio («Revisione della legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore») rappresenta dunque l'approdo di un lungo e complesso percorso e si prospetta come lo sforzo conclusivo per fornire risposte appaganti a una serie di questioni aperte da troppo tempo.

I pochi commentatori che hanno avuto modo, in questo breve periodo, di esprimersi sul testo in questione, ne hanno, in prevalenza, apprezzato gli intenti e la coerenza delle soluzioni adottate, pur riconoscendo che alcune questioni restano aperte e dovranno essere affrontate in sede interpretativa ed applicativa. Non sono mancati, peraltro, anche severi giudizi critici.

L'esperienza pratica fornirà elementi più concreti per ponderati giudizi; intanto è positivo che su questa legge si stiano svolgendo dibattiti, convegni e riflessioni, che consentiranno di coglierne l'effettiva portata ed anche, all'occorrenza, i concreti limiti.

Intanto, appare opportuno sottolineare gli aspetti salienti della legge. La quale, anzitutto, risolve la più grave questione relativa alla natura del rapporto, distinguendo tra il rapporto associativo vero e proprio e «l'ulteriore e distinto rapporto di lavoro» in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma. Naturalmente, i due rapporti non sono totalmente distinti e tanto meno contrapposti, tant'è che in diverse occasioni si fa riferimento, nei successivi articoli, alla necessaria compatibilità tra la disciplina dello specifico rapporto di lavoro instaurato e la posizione associativa del lavoratore. Ma ciò che conta è che il rapporto di lavoro ulteriore è un vero rapporto di lavoro, che assume i connotati tipici della figura prescelta nei singoli casi e ne subisce tutti gli effetti giuridici. Insomma, se si sceglie il rapporto di lavoro subordinato, il socio lavoratore è un dipendente a tutti gli effetti derivanti da fonti legislative e contrattuali. Se si sceglie, invece, la forma autonoma o quella tipica dei rapporti di collaborazione coordinata non occasionale, si applicano le relative discipline (per i collaboratori, ovviamente, la disciplina già in atto e quelle che, si spera, verranno quanto prima).

A questa soluzione, che era una di quelle possibili, ma che in fondo è quella dotata di maggior coerenza, sono state mosse alcune obiezioni soprattutto nel timore che la facoltà di scegliere la tipologia dei singoli rapporti si risolva in una "fuga" dal lavoro subordinato. Certo, un pericolo del genere può esistere per le cooperative che non sentano profondamente il fine mutualistico e sociale. Ma non è un pericolo più grave di quello che si prospetta sempre, anche a riguardo di altri tipi di rapporto, soprattutto se si assegna un ruolo preminente alla manifestazione di volontà delle parti. Se invece, come ho cercato di dimostrare, bisogna fare attenzione soprattutto alla natura reale ed effettiva del rapporto ed alle modalità concrete di svolgimento dello stesso, il problema diventa una questione di prova, forse un pochino più complicata, in questo caso, per l'esistenza anche di un rapporto associativo. Ma l'antidoto c'è, nella stessa legge, ed è rappresentato dall'obbligo di predisporre un regolamento con un contenuto vincolato, nel senso che da esso devono risultare le scelte generali sulla tipologia dei rapporti che si intendono attuare e le modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative da parte dei soci; un regolamento che deve essere depositato presso la Direzione Provinciale del Lavoro e che è soggetto a vigilanza e verifica

(art. 7, comma 1, n. 2, lett. g), mentre si riconosce, nello stesso articolo (lett. f, punto 6), la facoltà del Ministero del lavoro di disporre ispezioni straordinarie, che possono investire anche «la correttezza dei rapporti instaurati con i soci lavoratori e l'effettiva rispondenza di tali rapporti rispetto al regolamento ed alla contrattazione collettiva di settore»; una facoltà, si noti, che non riguarda solo singoli episodi o singole vicende particolari, ma può essere esercitata anche per accertamenti a campione. Il problema è se poi queste due forme di vigilanza (ordinaria e straordinaria) si esplicheranno in concreto nella direzione voluta dal legislatore. Ma questo è il solito problema di attuazione pratica della volontà legislativa ed è anche, se ci si passa il termine, una questione di esercizio del controllo democratico, sia da parte delle assemblee e dei singoli soci sia da parte delle stesse centrali dell'associazionismo cooperativo alle quali è assegnato un compito particolare in tema di vigilanza e che dovrebbero essere interessate ad esercitarlo, proprio per combattere la scorrettezza di quelle cooperative che rispondono ben poco alle finalità mutualistiche per le quali sono state costituite.

Si è posto, naturalmente, il problema di alcune compatibilità che scaturiscono necessariamente dalla convivenza dei due tipi di rapporto. C'è stata una discussione molto ampia attorno ai diritti sindacali, alla derogabilità o meno dei minimi retributivi, alla disciplina del licenziamento, all'applicabilità delle norme di sicurezza e igiene del lavoro.

Le soluzioni individuate nell'art. 2 sembrano complessivamente soddisfare alle varie esigenze, con qualche problema residuo per ciò che attiene alle norme di sicurezza, per le quali la compatibilità con le modalità della prestazione potrebbe essere individuata con qualche difficoltà. Ma anche in questo caso, alle regole specifiche previste per la vigilanza sulle cooperative, bisogna aggiungere le disposizioni generali vigenti per tutti i settori produttivi, ai fini della prevenzione. Se questi sistemi di controllo funzioneranno, come dovrebbero, sarà più difficile invocare incompatibilità concretamente inesistenti.

Per quanto riguarda il delicatissimo aspetto dei diritti sindacali, il testo dell'originale disegno di legge è stato profondamente modificato, nel senso che ora l'art. 2 dichiara applicabile l'intero Statuto e dunque anche il titolo terzo, con una sola precisazione per quanto riguarda non già la titolarità e i contenuti dei diritti sindacali, ma solo le forme specifiche del loro esercizio, che potranno essere individuate in sede di rapporti sindacali. In questo modo, si è mantenuto fermo il principio generale e si è tenuto conto della peculiarità del rapporto solo ai fini delle modalità di esercizio, come, in definitiva, è giusto. L'ulteriore garanzia che non si vada oltre le modalità di esercizio è rappresentata dalla necessità di stipulazione di appositi accordi collettivi.

Ancora più delicato si prospettava il problema del licenziamento e in particolare dell'applicabilità dell'art. 18 dello Statuto. Anche qui si è cercato di tener fermo il principio generale, escludendo l'applicazione di tale norma solo quando venga a cessare anche il rapporto associativo. Si tratta, ovviamente, di

un'ipotesi di rara verificaione, perché occorrono motivi davvero gravi perché si giunga a rompere contemporaneamente tutti e due i rapporti. Né sembra valida l'obiezione di chi teme che in definitiva possano aumentare anche i casi di rottura del rapporto associativo per giustificare il regime particolare di deroga all'art. 18, perché esistono pur sempre delle norme di legge sull'esclusione del socio (art. 2527 c.c.) e concrete possibilità di opposizione contro provvedimenti che si ritengano ingiustificati. È inutile nascondersi alcune possibili difficoltà applicative; ma la soluzione adottata sembra la più vicina alla ragionevolezza e coerenza, e l'esperienza pratica dimostrerà se i problemi che ci prospettano siano davvero insuperabili.

Un altro aspetto saliente della legge è quello relativo ai trattamenti retributivi. Con alcune norme di notevole consistenza, si è dettata una disciplina garantista sia per quanto riguarda i trattamenti dei soci qualificati come dipendenti, sia per ciò che attiene agli altri tipi di rapporto (art. 3, comma 1); disciplina ulteriormente irrobustita dalla previsione di alcune indicazioni obbligatorie all'interno del regolamento (art. 6, comma 1, lett. a e c) e dallo specifico divieto di disposizioni derogatorie *in pejus* rispetto ai trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva nazionale (art. 6, comma 2).

Quanto alla competenza, la legge risolve definitivamente ogni questione, assegnando le controversie relative a qualunque tipo di rapporto di lavoro alla competenza funzionale del giudice del lavoro e riservando al giudice civile ordinario esclusivamente la competenza per le controversie fra soci e cooperative inerenti al rapporto associativo. Si potrà porre in concreto qualche problema, nel caso di concomitanza di controversie "lavoristiche" e associative; ma a prescindere dal fatto che dovrebbe trattarsi di ipotesi rare, l'esperienza concreta e una corretta applicazione dei principi generali della materia processuale dovrebbero consentire lo scioglimento di ogni possibile nodo senza traumi e senza particolari difficoltà.

Una questione di particolare rilevanza è quella relativa al regolamento, da adottarsi dalle singole cooperative con un contenuto particolarmente ampio e in certo modo rigido. Si tratta di una garanzia per tutti, sia per la pubblicità assicurata dal deposito presso un pubblico ufficio, sia per la maggior facilità dei controlli, a fronte di contenuti rigorosamente predeterminati. Certo, il regolamento deve essere approvato dalle assemblee e qualcuno ha avanzato dubbi circa l'effettiva affidabilità dell'assemblea di cooperative di particolari dimensioni, in cui il socio lavoratore corre il rischio di contare ben poco. Ma questo non è un problema giuridico: è la realtà, sono i controlli, sono le forme di partecipazione effettiva e convinta da parte dei soci, che devono offrire le garanzie necessarie. Se poi accadesse che un'assemblea fosse dominata da un gruppo oligarchico rispondente solo a criteri imprenditoriali, saremmo al di fuori della cooperazione trasparente cui si riferisce la legge e degli stessi principi di mutualità e di socialità. Ma a questo può sovvenire solo il controllo sociale e magari, ove possibile, anche i controlli previsti dalla stessa legge.

Si erano prospettati, nel dibattito parlamentare, altri due problemi di rilievo che la legge ha cercato di risolvere, contemperando l'esigenza delle cooperative con le esigenze di tutela dei soci lavoratori.

Si trattava, da un lato, dell'ipotesi di crisi aziendali e dall'altro dell'ipotesi di avvio di nuove attività cooperative e di eventuali agevolazioni.

Per quanto riguarda il primo aspetto, il legislatore non ha ritenuto possibile derogare alla regola dei minimi retributivi ed ha consentito di operare riduzioni, in caso di crisi, solo sui trattamenti economici integrativi, formulando altresì l'esplicito divieto di distribuzione di utili per l'intera durata del piano di crisi. Si è previsto, tuttavia, che l'assemblea possa deliberare, sempre nell'ambito del citato piano, forme di apporto dei soci lavoratori alla soluzione della crisi, in proporzione delle loro disponibilità.

Per quanto riguarda il secondo, la legge non ha ritenuto di prevedere facilitazioni per i trattamenti retributivi e per l'attribuzione delle qualifiche, nel caso di avvio di nuove iniziative imprenditoriali in forma cooperativa; ma ha rinviato la facoltà di stabilire particolari condizioni e modalità di attuazione del piano di avviamento, agli accordi collettivi. Anche in questo caso, insomma, lo sforzo è quello di consentire lo sviluppo di nuove cooperative, senza incidere sui diritti dei lavoratori se non nei modi specificamente previsti da appositi accordi collettivi tra le associazioni nazionali del movimento cooperativo e le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

Su altri aspetti particolari non sembra il caso di soffermarsi, in questa sede. Va, comunque, registrato l'intervento finalmente risolutivo [del] legislatore in una materia delicata e controversa, con scelte, al limite, anche coraggiose.

Capisco che in alcuni dei primi commenti, in cui pur si riconosce la portata fortemente innovativa del provvedimento, possano essere evidenziate alcune perplessità e riferite alcune insoddisfazioni, manifestate sia da parte delle organizzazioni sindacali che da parte di alcuni settori del movimento cooperativo. Ma era difficile che una legge di questo rilievo potesse soddisfare tutte le attese; e del resto sarà l'esperienza pratica a dirci se alcuni problemi meritino ancora approfondimento o maggiore attenzione ovvero se una corretta soluzione possa reperirsi in sede interpretativa, tenendo conto della volontà e degli intenti del legislatore, quali risultano – con sufficiente chiarezza – dal contesto complessivo del provvedimento.

I critici più accaniti potranno convenire, del resto, quanto meno sul fatto che la legge avrebbe potuto essere assai più ambigua e insoddisfacente, visti i contrasti che ne avevano contraddistinto l'iter e vista anche l'entità della posta in gioco e la delicatezza e complessità delle questioni da risolvere. Non è la consolazione di chi dice che tutto sommato poteva andar peggio, ma il realismo di chi conosce il complessivo contesto politico-sociale in cui la legge è nata e ritiene che, tutto sommato ci sia solo da dolersi che uguale coraggio il legislatore non abbia saputo dimostrare per altre situazioni non meno delicate come quella dei cosiddetti lavori "atipici" o, se si preferisce, dei collaboratori non occasionali.

Riflessioni conclusive

A questo punto, si dovrebbe concludere. Ma dubito che sia possibile trarre conclusioni valide e soddisfacenti, dall'analisi di una situazione così complessa ed in fase di continua evoluzione.

Preferisco dunque, concludere con una domanda che pongo a me stesso ed alla quale cercherò di dare una prima, sommaria risposta.

A fronte di un quadro che sta diventando sempre più complesso, per la compresenza di una serie di attività diverse fra loro (tant'è che si parla ormai di "lavori") e spesso assai diversamente disciplinate, è possibile immaginare una ricomposizione del mondo del lavoro, nel suo complesso, da un lato, e della disciplina giuridica dall'altro?

Ritengo che si tratti di un obiettivo da perseguire, con perseveranza, con coraggio ma anche con cautela, proprio perché si tratta di un mondo in movimento e in trasformazione, nel quale ogni proposito di inquadrare *ante tempus* una realtà così dinamica rischia di trasformarsi in una pericolosa ingessatura.

I giuristi del lavoro stanno ragionando da tempo attorno a varie ipotesi, fra cui quella relativa alla costruzione di una fattispecie "lavoro senza aggettivi" o quella, come in Francia, consistente nella definizione di un contratto di "attività".

Finora, bisogna riconoscerlo, i tentativi sono stati importanti sul piano della riflessione, ma non hanno consentito di raggiungere soluzioni appaganti. Probabilmente sarà così per un notevole lasso di tempo, proprio perché mentre noi riflettiamo, il mondo del lavoro e il mondo produttivo cambiano anche radicalmente sotto i nostri occhi, con processi in buona parte inarrestabili, anche se l'obiettivo più ragionevole e logico deve essere quello di cercare almeno di governarli.

Ho già detto che un livellamento delle tutele al basso è da ritenere inaccettabile. Per questo, sono preoccupato quando sento con nonchalance parlare di obsolescenza dello Statuto e della necessità di superarlo con un'altra Carta dei diritti. Temo infatti che queste operazioni possano condurre a un esito non condivisibile, quale quello di rimettersi alle regole del mercato, liberando le forze imprenditoriali dalle presunte rigidità e dai presunti pericoli che ne impedirebbero la crescita, e nel contempo riducendo il livello delle garanzie solo ai più rilevanti diritti di cittadinanza.

A mio giudizio, lo Statuto ha ancora una sua piena validità, perché continua a fornire risposte adeguate a una serie di problemi che tuttora esistono; e se c'è da puntare su qualche cambiamento, ciò deve riguardare soprattutto le zone in cui si sono fatti sentire di più i cambiamenti e le innovazioni (ad esempio, c'è da pensare all'art. 4, così inadeguato a cogliere tutte le novità telematiche e le innovazioni tecnologiche più avanzate).

Ma ritengo che il problema principale e più urgente sia quello di attribuire garanzie e tutele anche a chi non ne dispone affatto, perché questa è la condizione

essenziale perché possa parlarsi della rottura di quella separazione e di quel distacco fra diversi tipi di lavoratori su cui tanti continuano a dissertare.

Poi, bisognerà riflettere anche sul come adeguare tutele e garanzie, per tutti, alle nuove realtà socio-economiche e ai processi di globalizzazione, senza compiere passi indietro, ma anzi rendendole più efficaci attraverso un maggior dinamismo ed una maggiore e più evidente articolazione. L'eliminazione delle barriere geografiche e delle distanze rischia, infatti, di vanificare i nostri sistemi tradizionali di tutela, se non si riesce ad adeguarli alle necessità, ed a integrarli, magari ricorrendo a una certa dose di fantasia e di capacità costruttiva. D'altronde, bisognerà valutare anche se la dimensione nazionale resti ancora sufficiente per cogliere la complessità dei fenomeni e cercare di risolverli o se non si debba far leva anche su altri strumenti come l'introduzione delle clausole sociali nei trattati internazionali, come la contrattazione collettiva almeno a livello europeo, come l'introduzione di clausole che in qualche modo restringano i poteri delle multi-nazionali e le costringano a tener conto, in modo adeguato, anche delle discipline esistenti nei vari Paesi.

Bisognerà riflettere anche sul come far fronte alle domande che vengono dal mondo del lavoro ed alla insistente rivendicazione di nuovi diritti. Le situazioni soggettive emergenti anche nei rapporti di lavoro, spesso attinenti a diritti contrassegnati da elementi di novità, richiedono tutele di tipo più esteso e flessibile, nonché tecniche più avanzate, idonee soprattutto a cogliere non tanto gli aspetti statici quanto quelli dinamici della persona nel lavoro.

Insomma si tratta di individuare tecniche di intervento anche di carattere preventivo, capaci di paralizzare ogni attentato alla personalità di chi lavora, senza limitare la capacità di autodeterminazione e di autorealizzazione di ciascuno ed anzi favorendo al massimo lo sviluppo delle persone.

Infine, bisognerà individuare le soluzioni più convincenti per consentire un rafforzamento della dimensione collettiva. È inutile che molti provvedimenti rinviino alla contrattazione collettiva se poi questa, in concreto, incontra delle difficoltà molto serie proprio nei settori più "difficili" e nuovi, sia perché ci sono problemi gravi di rappresentanza (si pensi al problema dei collaboratori non occasionali), sia perché i criteri di rappresentatività finora seguiti sono entrati in crisi e non si è ancora riusciti a fornirne dei nuovi con una valida legge sulla rappresentanza sindacale.

Ho la ferma convinzione che bisogna reagire da un lato al mito di un legislatore che risolve tutti i problemi e interviene su tutto, e dall'altro al mito del rafforzamento dell'autonomia contrattuale individuale, quasi che fossero scomparse dalla scena le disuguaglianze economiche e le condizioni di subalternità che hanno sempre afflitto la parte più estesa del mondo del lavoro. All'interno dei due estremi, è indispensabile un rafforzamento della capacità contrattuale collettiva e dunque della capacità di rappresentanza effettiva dell'associazionismo sindacale.

È per tutte queste ragioni che penso alla ricomposizione del mondo del lavoro e delle discipline giuridiche dei vari settori di attività lavorativa come ad un obiettivo da perseguire, anche se in tempi non brevi e comunque attraverso la soluzione di una serie di questioni, delle quali ho potuto evidenziare soltanto una minima parte.

Tutto questo comporta, per i giuristi del lavoro, un compito immane perché non si tratta di avanzare sulle macerie di un diritto ormai superato, ma piuttosto di portare ancora avanti tutto ciò che è stato costruito in tanti anni, innovando ove occorra, progettando soluzioni di tipo diverso rispetto a quelle tradizionali ma sempre nella direzione che ha giustificato la nascita e giustifica tuttora l'esistenza di questa fondamentale branca del diritto: vale a dire l'affermazione e la difesa dei valori del lavoro, in tutte le sue esplicazioni ed in tutte le forme possibili; sempre tenendo ben presente che l'esigenza fondamentale non è quella di conservare l'esistente ma piuttosto quella di fare in modo che le trasformazioni economico-sociali non si risolvano in un danno irreversibile per la libertà, la dignità e la sicurezza (nel senso più esteso) delle persone che lavorano.

2. ATTI ISTITUZIONALI

Disegno di legge n. 2049 del 29 gennaio 1997 - Norme di tutela dei lavori «atipici»

SENATO DELLA REPUBBLICA
XIII LEGISLATURA

DISEGNO DI LEGGE N. 2049

d'iniziativa dei senatori SMURAGLIA, DE LUCA Michele, PELELLA, GRUOSSO, PILONI, LARIZZA, TAPPARO, ARLACCHI, BATTAFARANO e GUERZONI

COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 29 GENNAIO 1997

Norme di tutela dei lavori «atipici»

ONOREVOLI SENATORI. — È ormai assolutamente pacifico che gli schemi tradizionali del rapporto di lavoro subordinato, da un lato e di quello di lavoro autonomo, dall'altro, non esauriscono più la complessa tipologia dei «lavori» e soprattutto di quelli che vengono prestati in forma continuativa e che — pur in assenza di una vera e propria inserzione nell'azienda — sono soggetti comunque a varie forme di coordinazione.

Alcuni di questi lavori costituiscono, in realtà, il tentativo di eludere disposizioni vigenti in materia di lavoro subordinato e quindi è ovvio che la disciplina da applicare, ove se ne accerti la reale natura, è quella già prevista dalla normativa vigente.

Non è di questi, dunque, che si occupa il disegno di legge, che invece tiene conto del fatto che — al di là di queste ipotesi di lavoro «irregolare» — ve ne sono molte altre che esulano effettivamente dagli schemi tipici dei contratti sopra richiamati.

Si tratta della vastissima categoria dei lavori che definiamo come «atipici», pur sapendo che tale definizione, tutt'altro che pacifica, è e resta — comunque — riassuntiva e di mero comodo.

Infatti, è noto che nell'ambito comunitario, a questa definizione corrisponde una tipologia tutto sommato definita e assai ristretta, mentre il settore si va arricchendo continuamente di nuove esperienze e di nuove realtà. Talora

questi rapporti sono imposti dalla stessa natura della prestazione richiesta; altre volte, essi hanno un'origine volontaria, nel senso che alcuni prestatori di queste attività le cercano proprio perché non aspirano a lavori stabili, continuativi e sottoposti a particolari e penetranti regimi; in altri casi invece, concorrono fattori diversi, fra i quali l'interesse dell'impresa, la novità dello schema, che stenta – di per sé – a inserirsi nella tipologia tradizionale, la convenienza, quasi sempre del tutto unilaterale. Un'elencazione casistica sarebbe impossibile, anche perché di volta in volta le singole fattispecie possono adattarsi a schemi diversi, non esclusi quelli tradizionali, a seconda di come il rapporto si instaura nel concreto, indipendentemente dalla sua qualificazione formale. Occorre però prendere atto del fatto che ormai queste ipotesi sono molto diffuse (recenti ricerche valutano intorno ai due milioni il numero dei lavoratori interessati) e talora prevalgono numericamente e quantitativamente rispetto alla tipologia classica.

E dunque, non solo il fenomeno va conosciuto, ma occorre – prima ancora di tentare di definirlo e «incasellarlo» formalmente – evitare che si risolva in una forma diffusa di precariato, nel quale, al prestatore, non competono né diritti né garanzie.

Il problema riguarda, in genere, soprattutto i giovani, che sono i più interessati da questo segmento del mercato del lavoro; ma anche le donne, sia quelle che cercano una prima occupazione, sia quelle che cercano di rientrare nel mercato del lavoro dopo esserne state escluse o dopo aver svolto lavoro casalingo, sono coinvolte fortemente in questo processo di «modernizzazione», che può presentare anche alcuni vantaggi, ma non può restare esente da una concreta disciplina.

In realtà, l'unico dato realmente unificante di tutte queste complesse tipologie di «lavori» è la pressoché assoluta mancanza di tutela. Con il presente disegno di legge, si cerca di cogliere soprattutto l'esigenza di fondo che a questo dato si collega.

Nella consapevolezza che il problema, nel suo complesso, ha bisogno ancora di approfondimento, di riflessione e di conoscenza, si evita una definizione che potrebbe essere rischiosa, indicando peraltro – senza cedere a schematismi formali – quella vasta area di attività che è compresa tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo, non coincide né con l'uno né con l'altro e spesso è trattata come lavoro autonomo *tout court*.

A questa area di «lavori» si cerca di garantire una tutela minima, consistente anzitutto nell'applicazione di alcune norme attinenti alla libertà e dignità di chi presta lavoro, di alcune disposizioni antidiscriminatorie e delle disposizioni vigenti in materia di sicurezza e di igiene. Per tutte queste discipline, si manifesta, ovviamente, già nell'articolo 1, il limite della compatibilità con la natura del rapporto. Il che è ovvio, ché altrimenti si correrebbe il rischio di far precipitare anche le tipologie più accettabili nell'ambito del sommerso.

Si prevedono poi alcune regole di fondo, circa la forma scritta del contratto e il suo contenuto essenziale, fornendo indicazioni circa l'entità del compenso, i poteri di controllo, le modalità del recesso, la previsione di durata minima, in ogni caso in cui ciò non sia reso impossibile dalla stessa natura della prestazione richiesta, e l'obbligo di preavviso; mentre si rinvia alla contrattazione collettiva ogni determinazione circa le cause di legittima sospensione del rapporto.

Si prevede poi un diritto di preferenza, dopo la risoluzione del rapporto, qualora il committente intenda stipulare altri contratti dello stesso tipo, per coloro che non abbiano demeritato. Tenendo conto del fatto che i trattamenti di fine rapporto sono ormai previsti anche per rapporti assai diversi da quelli di lavoro subordinato, si prevede altresì la corresponsione di un'indennità finale, con alcuni limiti, sempre collegata alla natura del rapporto ed alla necessità di escludere qualunque tipo di rigidità eccessiva.

Per la disciplina previdenziale e per quella fiscale si fa riferimento alla normativa attinente a tipologie in qualche modo vicine a quelle considerate, prevedendo peraltro, in via regolamentare, gli opportuni adattamenti, nonché una disciplina organica dei «ricongiungimenti» e delle ipotesi (probabilmente frequenti) in cui non sia raggiungibile un minimo contributivo.

Per la tutela della maternità, per la quale si configurano ostacoli evidenti ad applicare una disciplina più rigorosa, si cerca di delineare un sistema che garantisca un adeguato trattamento economico, come già previsto per le lavoratrici autonome e le libere professioniste, ma anche qui con gli opportuni adattamenti alle peculiarità del rapporto.

Si riconoscono alcuni diritti di natura sindacale e comunque associativa, rinviando alla contrattazione collettiva la determinazione di misure più penetranti e la definizione di forme nuove di rappresentanza. Si è ritenuto opportuno, invece, prevedere fin d'ora il diritto alla partecipazione alle assemblee, anche al fine di evitare «l'isolamento» di questo tipo di lavoratori.

Una parte importante del disegno di legge è dedicata alla lotta contro le elusioni delle disposizioni della legge, alle sanzioni contro rapporti fittizi o simulati, che in realtà nascondono un rapporto di lavoro subordinato. Vi è infine, una norma di favore per i committenti che decidano di far emergere dal sommerso lavori qualificati come atipici, ma in realtà semplicemente irregolari o in frode alla legge.

In questo modo, alla previsione di sanzioni per gli inosservanti (sempre di natura civilistica o amministrativa), si cerca di accompagnare anche forme di incoraggiamento e incentivazione, peraltro già in certo modo delineate anche nell'intesa per il lavoro del 24 settembre 1996, a favore di quanti intendano spontaneamente regolarizzare situazioni non corrispondenti alla effettiva natura del rapporto.

È facile rendersi conto che quella che si propone è una disciplina ancora sommaria e certamente incompleta, volta più che altro a individuare alcune forme

elementari di tutela, alcune imprescindibili garanzie, senza recare nocumento alle ragioni di flessibilità produttiva che spesso sono alla base dei lavori atipici e che vanno seriamente considerate, quando sono oggettive e reali, cercando di evitare ogni forma di flessibilità non regolata ed ogni tendenza alla precarizzazione dei rapporti.

In questo senso, si tratta di un disegno di legge «aperto» ai contributi di studiosi ed operatori, ma anche agli apporti ed ai suggerimenti di quanti stanno sperimentando sul campo i nuovi lavori.

Da ciò la relativa «timidezza» del disegno di legge; il quale, però, potrà arricchirsi lungo il cammino, per arrivare – sperabilmente – ad un assetto sufficiente e tale da contemperare i vari interessi in gioco.

Va conclusivamente rilevato che una disciplina come quella di cui al disegno di legge non può che avere carattere sperimentale. Infatti, si è ben consapevoli anche dei rischi che questa operazione potrebbe comportare, ivi compreso quello di una più aleatoria e incerta distinzione fra lavoro atipico e lavoro subordinato e magari una qualche tendenza a far rifluire nel primo schema anche tipologie che invece dovrebbero appartenere al secondo.

È dunque evidente la ragione per la quale si prevede una verifica dopo il primo biennio di applicazione, con raccolta di dati da parte del Ministro del lavoro e della previdenza sociale e conseguente relazione al Parlamento. Ciò dovrebbe consentire di indicare la via di eventuali adeguamenti, ove suggeriti o imposti dall'esperienza, nonché – all'occorrenza – di procedere ad una ridefinizione del lavoro subordinato, accompagnandolo a forme di presunzione di sussistenza, ove occorra.

La speranza è, tuttavia, che di questo non vi sia bisogno e che un concetto realistico di flessibilità «regolata» e «tutelata» possa gradualmente affermarsi anche nell'esperienza fattuale, superando progressivamente ogni resistenza e trovando nell'autonomia collettiva quelle soluzioni che una legge – necessariamente astratta – può soltanto favorire mediante interventi di sostegno.

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1.

1. Ai contratti che implicano una prestazione lavorativa, con carattere di continuità e in qualsiasi forma coordinata rispetto alla complessiva attività produttiva non riconducibile nè alla tipologia del lavoro nè a quella del lavoro autonomo, si applicano le seguenti disposizioni:

- a)* gli articoli 1, 5, 8, 14 e 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300;
- b)* la legge 9 dicembre 1977, n. 903, e la legge 10 aprile 1991, n. 125;
- c)* le disposizioni in materia di sicurezza e igiene del lavoro previste dal decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni, nonché dalla direttiva 91/383/CEE del Consiglio, del 25 giugno 1991, in quanto compatibili con la natura del rapporto.

Art. 2.

1. I contratti di cui all'articolo 1 devono essere stipulati in forma scritta e devono indicare:

- a)* l'oggetto della prestazione;
- b)* i criteri di determinazione del corrispettivo, che in ogni caso deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro, e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva del settore o della categoria affine, ovvero ai compensi medi in uso per lo stesso ramo di attività;
- c)* i poteri di controllo del committente;
- d)* la facoltà del prestatore di lavoro di farsi sostituire da persona resa nota al committente o di lavorare in coppia, previa notifica al committente, dando peraltro luogo ad un unico rapporto;
- e)* la durata minima del contratto, in ogni caso non inferiore a sei mesi, salvo che per i rapporti destinati ontologicamente a concludersi in un periodo di tempo inferiore;
- f)* la previsione di un congruo periodo di preavviso per il recesso, nonché l'indicazione dei motivi che possono giustificare la risoluzione del rapporto;
- g)* il rinvio alla contrattazione collettiva per la definizione delle modalità, forme e termini di legittima sospensione del rapporto, in caso di malattia o infortunio.

Art. 3.

1. Alla risoluzione del rapporto, qualora il committente intenda procedere alla stipulazione di un contratto di tipo analogo, per lo stesso tipo di lavoro,

spetta al prestatore di cui all'articolo 1, che non abbia subito fondate contestazioni circa la prestazione e per il quale non sia stato anticipato, per ragioni giustificate ed obiettive, il termine minimo garantito del rapporto, il diritto di preferenza rispetto ad altri aspiranti.

2. All'atto della cessazione del rapporto è dovuta al prestatore una indennità pari al 10 per cento dei compensi complessivamente percepiti. L'indennità non è dovuta:

- a) nel caso di stipulazione di un ulteriore contratto, o di prosecuzione del precedente, a seguito dell'esercizio del diritto di prelazione di cui al comma 1;
- b) nel caso di recesso da parte del prestatore senza giustificate ragioni;
- c) nel caso di recesso da parte del committente per ragioni giustificate e obiettive, tali da non consentire, in nessun caso, la prosecuzione del rapporto.

Art. 4.

1. Il regime fiscale applicabile ai rapporti di cui all'articolo 1 è quello previsto dalla lettera a) del comma 2 dell'articolo 49 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917.

Art. 5.

1. Tutti coloro che svolgono le prestazioni di cui agli articoli da 1 a 4 sono iscritti alla gestione speciale di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335. Il Governo emana, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un regolamento attuativo, in armonia con i criteri generali della citata legge n. 335 del 1995 e dei decreti del Ministro del lavoro e della previdenza sociale 2 maggio 1996 numeri 281 e 282, al fine di realizzare una disciplina organica della materia, sì da consentire un equo rapporto anche con l'ente o cassa cui il soggetto sia già iscritto e disciplinare in modo adeguato la ricomposizione delle posizioni assicurative frazionate, evitando o riducendo, per quanto possibile, oneri finanziari aggiuntivi a carico dell'interessato. Il regolamento dovrà inoltre prevedere i trattamenti o gli eventuali rimborsi dovuti all'interessato, qualora non siano raggiunti, né raggiungibili, per ragioni obiettive, i minimi contributivi previsti per le prestazioni e i trattamenti previdenziali.

Art. 6.

1. Competono ai prestatori di lavoro di cui all'articolo 1:

- a) il diritto di organizzarsi in associazioni di categoria o di settore o di ramo di attività;

b) il diritto di aderire ad organizzazioni sindacali di settore o di categoria, nonché ogni altro diritto sindacale compatibile con la particolare struttura del rapporto;

c) il diritto di aderire ad organizzazioni o associazioni anche intercategoriale, conferendo ad esse specifici poteri di rappresentanza;

d) il diritto a ricevere le informazioni previste dalla contrattazione collettiva;

e) il diritto a partecipare alle assemblee indette dalle rappresentanze sindacali aziendali, all'interno delle unità produttive delle aziende.

2. Ulteriori forme di rappresentanza e di esercizio delle attività sindacali potranno essere individuate in sede di contrattazione collettiva.

Art. 7.

1. Il Governo è delegato ad emanare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge e previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, una disciplina, in via regolamentare, del trattamento economico di maternità, commisurata alla particolare natura dei rapporti di cui alla presente legge. Tale trattamento deve comunque essere di misura non inferiore a quella prevista dall'articolo 4 della legge 29 dicembre 1987, n. 546, per la qualifica impiegatizia; lo stesso regolamento disporrà per quanto attiene alla copertura degli oneri, che in nessun caso devono gravare sulla lavoratrice interessata.

Art. 8.

1. Le disposizioni di cui agli articoli 1, 2, 3 e 4 si applicano anche alle prestazioni di elevata professionalità o di particolare specializzazione che si svolgono in forma continuativa e in condizioni di autonomia, nei soli limiti del rispetto del programma generale predisposto dal committente, con connotati eminentemente personali, nonché a quelle che si svolgono in luoghi o centri diversi dalla struttura aziendale, con utilizzo di tecnologie informatiche e di apparecchiature telematiche.

Art. 9.

1. Il controllo sull'osservanza delle norme della presente legge compete agli organismi dell'Ispettorato del lavoro competenti per territorio. L'inosservanza delle disposizioni di cui all'articolo 2 è punita con una sanzione pecuniaria di importo non inferiore, nel minimo, al doppio della totalità dei compensi corrisposti al lavoratore fino al momento dell'accertamento e, nel massimo, al quadruplo di tale importo. Con decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, da emanarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definiti il procedimento e gli organi competenti ad applicare le sanzioni.

Art. 10.

1. Qualora venga accertato dagli organi competenti che il rapporto costituito ai sensi degli articoli 1 e 2 è in realtà di lavoro subordinato, esso si converte automaticamente in rapporto a tempo indeterminato, con tutti gli effetti conseguenti e con la perdita, da parte del committente, di ogni beneficio, sgravio o agevolazione di cui egli si trovi a godere all'atto dell'accertamento, con le modalità e nei termini di cui all'articolo 36, commi terzo e quarto, della legge 20 maggio 1970, n. 300. Si applica, inoltre, la sanzione prevista dall'articolo 9.

Art. 11.

1. Qualora il committente, che ha in atto rapporti qualificati formalmente come appartenenti alla tipologia di cui alla presente legge, decida spontaneamente di farli rientrare nello schema di cui all'articolo 2094 del codice civile, il rapporto verrà considerato come nuova assunzione, con le modalità e nelle forme di cui alla contrattazione collettiva, a tutti gli effetti, compresi eventuali benefici, sgravi o incentivi, nella misura vigente all'atto dell'attuazione degli accordi.

Art. 12.

1. Le controversie relative ai contratti di cui agli articoli 1 e 8 rientrano nella competenza funzionale del pretore del lavoro; per il procedimento, si applicano le disposizioni di cui agli articoli 409 e seguenti del codice di procedura civile.

Art. 13.

1. Trascorsi due anni dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, riferisce, entro novanta giorni, alle competenti Commissioni parlamentari del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, sull'attuazione della legge stessa, sulla sua concreta efficacia e sugli effetti prodotti, sulla base dei dati e delle informazioni preventivamente acquisite dagli organi di vigilanza.

Disegno di legge n. 3157 del 19 marzo 1998 - Modifiche alla legge 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina delle cooperative sociali), per favorire il lavoro carcerario

SENATO DELLA REPUBBLICA
XIII LEGISLATURA

DISEGNO DI LEGGE N. 3157

d'iniziativa dei senatori SMURAGLIA, FUMAGALLI CARULLI e MANCONI

COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 19 MARZO 1998

Modifiche alla legge 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina delle cooperative sociali), per favorire il lavoro carcerario

ONOREVOLI SENATORI. – Secondo dati resi noti di recente dal Ministero di grazia e giustizia, il numero dei detenuti lavoratori nelle carceri italiane, anziché aumentare, è diminuito, passando dal 22,25 per cento al 21,57 per cento (insomma, lavorano solo 10.222 detenuti su una popolazione carceraria complessiva di 47.386 unità).

Le ragioni di questa diminuzione sono molteplici: da un lato, la limitatezza dei fondi disponibili per lavorazioni all'interno dei circuiti carcerari ed alle dipendenze degli Istituti di pena; dall'altro la mancanza di interesse da parte delle imprese a svolgere attività produttive o di servizi all'interno degli istituti; dall'altro ancora, la mancanza di incentivazioni efficaci per le imprese che danno lavoro a detenuti che possono lavorare all'esterno.

Inutile dire quanto un simile fenomeno sia da considerare negativo, ad ogni effetto, ma soprattutto ai fini della realizzazione di quella finalità rieducativa che è espressamente consacrata nell'articolo 27, terzo comma, della Carta costituzionale.

Più volte il problema è stato affrontato, in varie sedi ed anche in vari disegni di legge, presentati sia al Senato che alla Camera. Ma la maggiore attenzione è

stata in genere dedicata, anche nel considerare quelle pur lodevoli iniziative, agli aspetti penitenziari, al lavoro collegato all'esecuzione, alla pena o all'attesa di giudizio. Un problema, cioè, quasi più di giustizia che non di attività lavorativa.

In realtà, il lavoro di chi è ristretto nella propria libertà dovrebbe essere considerato, prima di ogni altra cosa, come un lavoro in senso stretto. Lo stato di detenzione dovrebbe essere considerato, più che altro, sotto il profilo dei limiti che esso pone alla prestazione lavorativa, o per le caratteristiche peculiari della condizione complessiva della persona che lavora.

La finalità del presente disegno di legge, di netta impronta lavoristica, è quella di favorire il lavoro di chi è ristretto nella propria libertà, incentivando l'offerta di lavoro, e favorendo, quindi, le possibilità concrete di aumento delle opportunità di lavoro, nelle varie forme in cui esso può essere prestato.

Le possibilità offerte dalle cooperative sociali sono già notevoli; ma esse incontrano un limite, in concreto, proprio per il fatto che nell'articolo 4 della legge 8 novembre 1991, n. 381, tra le persone «svantaggiate» sono inserite solo alcune posizioni soggettive, in definitiva marginali rispetto all'ampia platea di coloro che, ristretti nella libertà, aspirano giustamente a prestare lavoro, all'interno o all'esterno del carcere, a seconda delle condizioni cui individualmente sono sottoposti. La modifica che si propone consentirebbe di allargare alquanto la platea degli interessati e dunque di realizzare una notevole estensione delle agevolazioni previste.

Ma non si intende fermarsi a questo. Sembra infatti opportuno rispondere al fenomeno di cui si è detto all'inizio, estendendo le agevolazioni anche alle imprese private e pubbliche che organizzano attività produttive o di servizi all'interno degli istituti e prevedendo la possibilità di sgravi fiscali per le imprese che assumono detenuti «all'esterno» per periodi non meramente occasionali o per chi si accolla l'onere di svolgere attività formative.

Il rinvio ad un decreto per le specifiche modalità delle incentivazioni è necessitato dall'esigenza di individuare la necessaria copertura finanziaria e di contemperare le esigenze lavorative con quelle attinenti all'organizzazione dell'attività degli istituti penitenziari ed alla stessa esecuzione della pena.

In ogni caso, si confida nella sollecita approvazione del disegno di legge, sia perché esso assumerebbe il significato di un segnale altamente positivo, sia perché risponderebbe ad attese che vengono da gran parte della popolazione carceraria, sia infine perché potrebbe aprire la strada, in concreto, per una migliore considerazione del lavoro, anche in funzione rieducativa e formativa ed agli stessi fini di un possibile reinserimento.

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1.

1. Nell'articolo 4, comma 1, della legge 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina delle cooperative sociali), che definisce le «persone svantaggiate», all'espressione: «i condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione previste dagli articoli 47, 47-bis, 47-ter e 48, della legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificati dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663» è sostituita la seguente: «le persone detenute o internate negli istituti penitenziari».

Art. 2.

1. Le agevolazioni previste dall'articolo 4, comma 3, della legge 8 novembre 1991, n. 381, sono estese anche alle aziende pubbliche o private che organizzino attività produttive o di servizi, all'interno degli istituti penitenziari, impiegando persone detenute o internate, limitatamente ai contributi dovuti per questi soggetti. Nelle convenzioni con l'amministrazione penitenziaria dovrà essere definito anche il trattamento retributivo, in misura non inferiore a quanto previsto dalla normativa vigente per il lavoro carcerario.

Art. 3.

1. Sgravi fiscali possono essere concessi alle imprese che assumono lavoratori detenuti per un periodo di tempo non inferiore ai trenta giorni o che si assumono l'onere di svolgere attività formative nei confronti dei detenuti. Le modalità e l'entità degli sgravi saranno determinate con decreto emesso di concerto dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, dal Ministro di grazia e giustizia e dal Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento.

CARLO SMURAGLIA

Scritti, discorsi e atti istituzionali

VOLUME VIII

I DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA CHE LAVORA

In questo volume pubblichiamo una serie di saggi, discorsi e atti istituzionali dedicati alla tutela dei diritti della persona che lavora. Sono i diritti fondamentali della persona, inderogabili e in parte anche indisponibili a costituire il filo rosso del pensiero di Carlo Smuraglia, sia nei saggi, più risalenti dove l'Autore dà corpo a una vera e propria dottrina dei diritti della persona che lavora, sia in quelli più recenti, di aggiornamento e adeguamento dei diritti al progresso tecnico e alle mutate condizioni di lavoro dell'ultimo periodo. Accompagnano gli scritti sia i disegni di legge presentati da Carlo Smuraglia volti ad assicurare il rispetto della dignità della persona che lavora, come quelli in materia di molestie sessuali, di tutela dei lavori atipici e di promozione del lavoro dei detenuti, sia l'indagine conoscitiva sull'attuazione della legge n. 125/1991 in materia di parità tra uomo-donna nel lavoro.

ISBN 979-12-5510-415-5 (print)
ISBN 979-12-5510-416-2 (PDF)
ISBN 979-12-5510-417-9 (EPUB)
DOI 10.54103/milanoup.311